

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: 115,00 € (más gastos de envío)

Precio del fascículo suelto: 36,00 € (más gastos de envío)

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA Y 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 LXII, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 2009

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2009

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

IN MEMORIAM

Manuel Amorós Guardiola

En los primeros días de junio de este año ha fallecido en Madrid, donde vivía, Manuel Amorós, Catedrático de Derecho civil, Registrador de la Propiedad y figura eximia de las letras jurídicas de nuestro país, tras una larga y penosa enfermedad como suelen decir las crónicas, aunque en este caso ello sea la verdad rigurosa. Ha fallecido tras una larga y penosísima enfermedad que le obligó a someterse a varias difíciles operaciones quirúrgicas. Sobrelevó todo ello valientemente armado, sin duda ninguna, con lo que en el catecismo se conocen como virtudes teologales. La enfermedad y sus secuelas no le impidieron continuar dedicándose al estudio de las materias jurídicas en las que había sobresalido siempre y resultaba envidiable verle preparar sus intervenciones en cursos y seminarios.

Se había formado Amorós en el magisterio de Federico de Castro con el que convivió en la universidad durante muchos años, terminando por ser adjunto suyo. Siempre fue, es indiscutible, uno de los discípulos más fieles al pensamiento del maestro.

Obtuvo relativamente muy joven la plaza de Registrador de la Propiedad y comenzó de esta suerte una especie de camino dual con una doble especialización. Por una parte le interesó siempre lo que se puede llamar Derecho registral y sus fundamentos, dedicando muchas horas, mucho tiempo y muchos esfuerzos a conocer más detenidamente y profundizar en la jurisprudencia de la DGRN que bajo su nombre todavía continúa publicándose en las revistas especializadas.

Su otra vocación era la universitaria y profesoral en la que lució. En el año 1972 obtuvo una plaza de profesor agregado en la Universidad de Valladolid y pasó poco tiempo después a desempeñarla en la Universidad Autónoma de Madrid en la que ya había prestado sus servicios. Amorós fue siempre un universitario especialmente pulcro y cuidadoso en todas las cosas que hacía, enormemente preocupado por la exactitud del lenguaje. Tras su paso por la Facul-

tad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, a la que nunca abandonó, se encargó de los cursos de Derecho registral que organizaba el Colegio de Registradores de la Propiedad y alguna otra institución parecida. Ha sido durante muchos años Consejero de nuestra revista en la que ha publicado entre otros los siguientes trabajos:

Arrendamiento de local de negocio posterior a la hipoteca (Comentario a la Sentencia del TS de 4 de mayo de 1961).

La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe (1972).

Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro (1983).

Me gustaría no cerrar esta nota sin mencionar su amor por los libros y la infatigable tarea que tuvo que acometer para empezar a formar la biblioteca de Derecho privado de la Universidad Autónoma de Madrid porque al final el derecho está en los libros y, por consiguiente, a los libros tenemos que acudir y a los libros tenemos que volver.

Durante muchos años después es seguro que seguirá siendo inevitablemente recordado por los que vuelvan a estudiar los temas que él estudió o simplemente dejó esbozados.

Luis Díez-Picazo

Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental

LUIS DÍEZ-PICAZO

1. Me propongo, en las páginas que a continuación se insertan, esbozar alguna reflexión sobre la disposición contenida en el artículo 1.270 CC en torno a la figura del llamado «dolo incidental» y al deber de indemnización de daños y perjuicios que el precepto legal citado contiene. Para calibrar si la regla objeto de nuestro comentario representa algo normal o anormal dentro de nuestro ordenamiento jurídico quizás sea prudente comenzar nuestras reflexiones abordando el problema del ejercicio de las acciones derivadas del dolo *in contrahendo*.

Es ésta una cuestión que la STS de 18 de enero de 2007 asegura que se plantea allí por primera vez en nuestra jurisprudencia. El demandante era una sociedad llamada Infoleasing, Sociedad de Arrendamiento Financiero, S.A. que había sido declarada en suspensión de pagos el 17 de enero de 1992. En el expediente se incluyó como acreedor preferente con derecho de abstención a tal sociedad por un crédito del que era titular frente a otra sociedad llamada Juguetes Feber. La sociedad de leasing cedió este crédito por su importe nominal a Comercial Roiffer, que tenía contraída una deuda con Juguetes Feber, aportó el crédito mencionado y lo compensó con su deuda en marzo de 1993. Por otra parte, Comercial Roiffer por las mismas fechas vendió a Creatividad y Diseño, S.A. una nave industrial que tenía arrendada a Juguetes Feber. Como consecuencia de ello se produjo una descapitalización de las sociedades demandadas todas ellas enlazadas entre sí y gobernadas por los mismos administradores.

La sociedad de *leasing* presentó demanda contra las tres sociedades mencionadas y contra los administradores, pidiendo que se declarara que la cesión del crédito había sido realizada en fraude de sus derechos y con dolo. De ello eran responsables las personas

jurídicas y físicas demandadas y se pedía la condena de todos los demandados a abonarle, solidariamente, la mencionada cantidad. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid consideró que, en efecto, existía un entramado urdido por los demandados para perjudicar el crédito del demandante, pero que no se había declarado nulidad alguna, por lo que revocó la sentencia del juzgado y desestimó la demanda. El recurso de casación lo propuso la sociedad de *leasing* y el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo.

En lo que nos importa dice así la sentencia:

Se plantea aquí, por primera vez en la jurisprudencia, una cuestión que se había presentado en la doctrina hace poco más de medio siglo, que es el ejercicio de acciones derivadas del dolo. Sobre si cabe, primero, la acción de anulación de contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios (acumulación de las acciones), segundo, la acción de anulación, sin reclamación de indemnización (una sola acción) y, tercero, la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, sin ejercitarse la acción de anulación (una sola acción, es el caso presente). La respuesta debe ser afirmativa, tanto porque no hay norma que excluya cualquiera de las tres posibilidades, como porque sí hay una norma aplicable a un caso similar de ineficacia, que es la resolución que contempla el artículo 1.124 del Código Civil, que admite como perfectamente compatibles y, al tiempo, independientes, la acción de resolución y la de resarcimiento, que pueden ser ejercitadas conjunta o independientemente, sin que la posibilidad de ineffectuabilidad excluya la indemnización, ni viceversa, ni la acumulación. En el presente caso, no se ha pedido la nulidad de negocio jurídico alguno, sino se ha ejercitado la acción de indemnización de daños y perjuicios por una actuación dolosa de los demandados y tales perjuicios son la falta de posibilidad de cobro de aquel crédito que fue cedido con sus intereses.

No es fácil saber si es verdad o no que lo anotado es la primera sentencia del Tribunal Supremo en que el tribunal afronta el problema de las acciones derivadas del dolo civil. La misma sentencia alude, sin embargo, a tratamientos doctrinales de esta materia, que en general, son bastante antiguos y se refiere, sin duda, al primero de ellos que se encuentra en el libro de Alfonso de Cossío *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pp. 125 y 365. En el último de los lugares citados se planteaba Cossío la cuestión relativa que el código que admite el derecho de resarcimiento en el dolo incidental lo considera también procedente en los casos de anulación fundada en el dolo o, lo que es lo mismo, si una y otra acción, es decir, la de anulación y la de resarcimiento son o no compatibles. En principio, decía Cossío, siendo las maniobras y artificios dolo-

sos un delito civil, la comisión del mismo ha de ser fuente de daños y perjuicios, y ello lo mismo si lo reputamos como una variante del dolo contractual, que si lo situamos en el campo extracontractual. No hay –añadía– ningún precepto del código que excluya esta acción y estamos obligados a admitirla como procedente. La glosa de la cuestión puede, sin embargo, complicarse porque si el interesado que puede ejercitar la acción de nulidad del contrato, no lo hace, puede entenderse que no considera el contrato como algo perjudicial para sus intereses, lo que excluiría toda posibilidad de indemnización. Y, a la inversa, si la nulidad se declara, puede entenderse que con esta declaración han quedado salvados los perjuicios que el impugnante podría sufrir. Este planteamiento llevaba a Cossío a hacerse como preguntas decisivas las siguientes: si la acción de resarcimiento y la de anulación son acciones independientes, de manera que cualquiera de ellas puede ejercitarse a elección del perjudicado o si son por el contrario acciones dependientes una de otra y subordinada la de resarcimiento a la de anulación de modo que sólo ejercitada ésta puede cumulativamente ejercitarse la segunda; o si, finalmente, están vinculadas en forma alternativa.

Señalaba Cossío que si no se reconociese la posibilidad de exigir el resarcimiento con independencia de la anulación, carecerían de sentido todas las complejas cuestiones suscitadas por la existencia del dolo en los contratos, ya que sería suficiente la aplicación de la doctrina del error. Tampoco es válido –decía– el argumento de que anulado el contrato, quedan superados los posibles perjuicios, porque esto que podrá ocurrir en muchas ocasiones, no ocurre en todas. Además, aunque si así fuera y no procediera la indemnización, ello sería por falta de uno de los presupuestos indemnizatorios, que es el daño.

Para Cossío hay que distinguir entre los daños producidos por el contrato celebrado por dolo y los daños causados por la anulación o ineficacia del mismo. Si se solicitan los primeros, los daños causados por el contrato, no se puede luego pretender la impugnación, aunque a la inversa si se solicitan los primeros, cabe luego la impugnación. Por ello entendía que el contenido de la responsabilidad era distinto en un caso y en el otro. En el primer caso se extiende al llamado interés contractual positivo mientras que en el segundo únicamente abarca el interés contractual negativo. En este sentido, añadía el autor citado que la persona que reclama el interés contractual positivo en un contrato viciado por dolo no puede pretender una indemnización que equivalga a todas las ganancias que le prometían las maniobras dolosas, porque si opta por la anulación

puede pedir (interés negativo) los daños y perjuicios que le cause por la ineficacia del contrato.

La línea abierta por Alfonso Cossío fue algún tiempo después seguida por L. Rojo Ajuria (*El dolo en los contratos*, Madrid, 1994, p. 118). L. Rojo distinguía entre lo que llamaba la «norma de validez» y la «norma de responsabilidad». La ilicitud de la conducta del dolo vicio, dice nuestro autor, supone que las consecuencias jurídicas del acto no tienen por qué agotarse en los efectos legales de lo que se consideran como vicios del consentimiento. En cuanto acto ilícito, el dolo genera responsabilidad y por tanto el deber de reparar el daño causado. Esta distinción entre «norma de validez» y «norma de responsabilidad» se encuentra generalizada en el Derecho comparado y no puede seriamente discutirse. Se trata de dos normas que, aunque compatibles, en su aplicación tienen finalidades distintas. Obviamente, el daño no es el mismo en el caso de anulación que en el caso de mantenimiento del contrato. No se puede negar que existan ciertas afinidades o similitudes más bien aparentes. Pero, a juicio de L. Rojo lo que no se puede decir es que la nulidad o anulación, al prometer la restitución de las prestaciones o imponerla, sea una medida de resarcimiento encajable en sentido amplio en la norma de responsabilidad.

No queda claro en el pensamiento del autor al que nos estamos refiriendo si la llamada norma de responsabilidad encaja o no en los supuestos de la llamada responsabilidad extracontractual, lo que podría presentar justificación en aquellos casos en que el contrato resultara anulado por la aplicación de la regla de validez.

2. En los últimos años han aparecido algunas sentencias en las cuales se aplica –o se utiliza– el tópico que emplea el artículo 1.270.2.º del Código Civil que habla de «dolo incidental» como algo distinto de «dolo grave» llamado también a veces «dolo causante» o «dolo determinante». Convendrá, como hemos hecho en otras ocasiones, comenzar examinando tales sentencias para saber en qué punto puede plantearse un problema de interpretación.

A) La primera de las sentencias es la de 30 de junio de 2000. En ella el litigio había surgido entre una entidad llamada Samsonite y la Dirección General del Patrimonio del Estado. Esta última entidad había transmitido a la primera de ellas la totalidad de las acciones de una tercera entidad denominada Industrias Tauro que había sido expropiada en la llamada expropiación de Rumasa. Industrias Tauro tenía unos locales en una determinada zona de Madrid, pero, al parecer, cuando se produjo la transmisión de las acciones faltaba la licencia municipal de apertura de los locales. La demanda la promovió Samsonite pidiendo que se condenara al

Estado español a resarcirle, en los términos consignados en el contrato celebrado entre ambos los gastos, daños o pérdidas sufridos como consecuencia de la inexactitud e incumplimiento de los términos, manifestaciones y garantías establecidas en el citado contrato, de las cuales había una parte correspondiente a principal, otra a gastos directos por honorarios y costos por obras de acondicionamiento y adaptación de las instalaciones a la ordenación urbanística que habían sido satisfechas por la actora, y una última que correspondía a la pérdida de valor del suelo destinado a fines no productivos.

Aunque el abogado del Estado se opuso a la demanda, el Juzgado de Primera Instancia de Madrid dictó sentencia estimando aquella parcialmente y condenando al Estado demandado a pagar a la actora el importe de los derechos municipales de otorgamiento de la licencia de apertura de la industria de marroquinería denominada Industrias Tauro, así como los gastos de acondicionamiento del edificio sobre las bases expresadas en uno de los fundamentos de la resolución y con referencia a la legalidad vigente al respecto en 1965 ó 1966. Posteriormente la Audiencia Provincial de Madrid estimó en parte el recurso de apelación de Samsonite y desestimó el recurso de apelación del Abogado del Estado. Así condenó al Estado a abonar a la actora el valor de las obras necesarias para obtener la licencia de apertura de las Industrias Tauro, incluidos los honorarios de los profesionales y el valor de las tasas municipales y administrativas correspondientes para obtener dicha licencia de apertura, referido todo ello a la fecha de 12 de abril de 1989 y sobre las bases determinadas en el fundamento de derecho tercero de esta resolución. Interpuso recurso de casación el Estado demandado y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

La sentencia del Tribunal Supremo aclara que las Industrias Tauro carecían de la licencia de apertura que el contrato había establecido como existente, pues la que en su día se había solicitado no se obtuvo y el expediente municipal tuvo que ser archivado. Ello justifica el juicio de la sentencia, en el sentido de que lo que denominó «incumplimiento» y «sus efectos económicos» determina el deber de abonar las reparaciones patrimoniales para las obras de adaptación exigidas para obtener la licencia. Y esto –se añade– es una acción «*ex contractu*» ya que –continúa diciendo la sentencia– al no contarse con la licencia disputada las sanciones activas podrían llegar a privar a la compradora de la posibilidad de ejercer y desarrollar la industria que adquirió en el inmueble afectado. Respecto

de los motivos del recurso en concreto el Tribunal Supremo dijo lo siguiente:

a) Que no era aplicable el saneamiento por vicios ocultos del artículo 1.484 CC porque este artículo se proyecta sobre la cosa enajenada y garantiza que no adolece de defectos o imperfecciones desconocidas por el comprador, mientras que en el caso concreto se trataba de una licencia administrativa.

b) Que en el caso concreto había sido además objeto de una especial estipulación lo que hacía aplicables los artículos 1.101 y 1.124 CC.

c) Tampoco se constata que existiera infracción de los artículos 7, 1.259 y 1.269 CC lo que se dedicaba a combatir la declaración de la Sala sentenciadora de que se había dado ausencia de buena fe por parte del Estado en la contratación de referencia. Para la sentencia recurrida el Estado, que ya era propietario por la vía expropiatoria de las Industrias Tauro, debía tener conocimiento de la situación urbanística o al menos contaba con todos los medios aptos para tener cabal y perfecta noticia de ello.

Para la sentencia, además, la conducta censurable del Estado no se agotaba en haber obrado sin la necesaria buena fe. La misma sentencia recordada había constatado que concurría dolo, lo que estaba apoyado en el *factum* demostrado para decretar que la transgresión se produjo voluntariamente y con plena conciencia de la antijuridicidad del acto al ocultar deliberadamente la denegación de la referida licencia y ofrecer a la parte compradora unas garantías y unas seguridades que al ser maliciosamente inexistentes resultaron sustraídas y –dice la sentencia– «autorizan» a contemplar el *dolo incidental* que obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados conforme al artículo 1.270 CC.

d) Por último la sentencia contempla el daño indemnizable y su extinción, señalando, en primer lugar, que, de acuerdo con el artículo 1.270 CC, se trata de un resarcimiento pleno de los daños y perjuicios que resulten conocidos y provengan de la falta de cumplimiento. Concuerda así el 1.270 con el artículo 1.107 y obliga a indemnizar el costo de las obras precisas para conseguir la licencia, lo que obliga sólo a excluir a aquellas obras que, aunque conste su realización, no responden a dicho objetivo.

No resulta fácil formar una opinión sólida en torno a la corrección con que se utilizan los conceptos jurídicos en esta sentencia. A primera vista se puede entender que la ocultación de falta de una licencia de apertura del local determinante de una defectuosa información, puede por esta razón ser constitutivo de dolo, que no fue determinante y que, por ello, sólo fue incidental. Sin embargo, no

está bien explicada la razón por la cual la obtención de la licencia constituye una obligación contractual y, por consiguiente, la *ratio decidendi* parece haber sido la inobservancia de una obligación específicamente pactada o deducida según buena fe, pues tampoco resulta clara la razón por la cual el comprador de las acciones de Industrias Tauro adquirió, junto con las acciones que compraba, el derecho a la utilización de los locales y de los demás objetos que forman parte del patrimonio de la sociedad a menos que existiera alguna específica cláusula contractual al respecto. Finalmente, tampoco se sabe la razón por la cual la indemnización de que habla el artículo 1.270 es una indemnización integral, ni, respecto de ella, cuáles son los parámetros para la fijación del daño indemnizable.

B) La segunda de las sentencias que proporciona la base de datos que mantiene el Consejo General del Poder Judicial es una Sentencia (núm. 176/2006) de 14 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real. El pleito se había tratado entre una sociedad llamada Blue Millenium, S.L. frente a dos personas llamadas Armando e Inmaculada. Blue Millenium, S.L. era titular de períodos turísticos integrados por siete noches en el sistema flotante llamado «Club Estela Dorada» y se había reservado el dominio y posesión del derecho de uso del turno turístico hasta el total del pago convenido. Blue Millenium, S.L. cedió a los demandados el derecho de uso sobre un turno turístico en el sistema flotante en cualquiera de los complejos integrantes del «Club Estela Dorada» con la posibilidad de cambiarlo por otro dentro de una bolsa de intercambios. La sentencia de primera instancia había declarado nulo el contrato celebrado entre las partes. Parece que la nulidad se había acordado por error y frente a esa afirmación se alzó el recurso de apelación de la representación de Blue Millenium, S.L.

Como punto de partida la sentencia señala que no parecía existir inconveniente en entender que no se había transmitido ni adquirido un derecho real, sino un derecho personal de uso y disfrute dado que tampoco se había fijado un denominado turno de disfrute.

Por otra parte, la sentencia reitera que el error invalidante ha de ser esencial e invencible, criterio este último que no concurría en el caso debatido por cuanto podía haber sido desvirtuado por el uso de la diligencia normal. Sigue diciendo la sentencia que el dolo había de ser grave y no quedar presumido y que el hecho de haber utilizado premios y obsequios como métodos vinculados a la oferta o promoción no era contrario a la ley.

A todo ello se añadía que los actores en el pleito no habían hecho uso del derecho de desistimiento que la ley les reconocía.

Finalmente parece que la sentencia se decantó por la falta de una completa información que era garantía del cedente o transmítente y en este sentido se señala que el problema no era tanto de configuración jurídica como de garantizar el efectivo disfrute del derecho, debiéndose destacar en este sentido que la inconcreción del objeto era incompatible con el debido disfrute del derecho.

C) La siguiente sentencia a la que hay que aludir es la sentencia número 147/2007, de 29 de marzo, de la Audiencia Provincial de La Coruña. La demandante, María Rosario, trabajaba como relaciones públicas de una empresa de Vigo llamada Vediga, S.A. y mantenía relaciones comerciales con la entidad Banco Pastor, S.A. Estas relaciones se acabaron convirtiendo en una estrecha relación con el director y el subdirector de dicho Banco, quienes sabiendo que la mayor ilusión de María Rosario era montar una tienda de ropa y trabajar con las grandes marcas del mundo de la moda, la convencieron para que hiciese realidad su sueño, a pesar de que les repitió hasta la saciedad que no tenía dinero para ello. Parece que fueron directamente el director y el subdirector quienes trataron de iniciar el negocio que después fue de la actora. Según la sentencia, el Banco le dio a la señora demandante cheques con los que hacer determinados pagos, pagando la entidad demandada el derecho de traspaso del local de negocio con que dar comienzo a la actividad empresarial. Todo ello permitió también que la actora hiciera algunos viajes al extranjero para determinar los productos con los que quería trabajar.

Algunos meses después la entidad bancaria llamó a la actora y la asustó diciéndole que las cosas no estaban saliendo como ellos pensaban por lo que la convencieron para que firmara una escritura de préstamo con garantía hipotecaria. La garantía se constituyó sobre determinados bienes de María Rosario y otros que eran de Magdalena con la que la primera de ellas se había asociado. La actora firmó la escritura fundada en la gran confianza y profesionalidad del Banco sin haberla leído y sin que nadie se la hubiera leído.

Pasado algún tiempo el Banco procedió al ejercicio de las acciones hipotecarias y, finalmente, a la adjudicación de los bienes hipotecados. La demandada pedía una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la utilización de un dolo incidental *in contrahendo*.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de La Coruña entendió que el comportamiento del Banco Pastor en el *iter* negocial se enmarcaba dentro de lo que la doctrina ha conocido como «dolo incidental» que se traduce en una conducta presidida por la

mala fe con el empleo de pequeños artificios o juegos de palabras para llevar al otro interviniente a otorgar un crédito en condiciones muy diferentes de las realmente queridas. En este caso, el Banco amparándose en el deseo de la actora de montar una tienda de ropa le ofreció el capital necesario y seguramente con el aval del propio negocio en marcha, aunque después obtuviera una garantía hipotecaria suficiente que le asegurase el cobro de las cantidades adelantadas y le permitiera obtener un beneficio. Para ello –decía la sentencia del Juzgado– confeccionó una minuta de escritura de préstamo hipotecario que le permitió alcanzar sus «oscuros propósitos» sin facilitar copia alguna del documento, por lo que no existió igualdad en las posiciones de las partes y por el contrario una de ellas impuso sus propias condiciones. A la sentencia le parecía evidente que los responsables del Banco no tenían otro interés que el de comprometer el patrimonio de la actora y el de su socia. Se produjo así un engaño intencionado por lo que se le había hecho creer a la actora que el Banco apoyaba su iniciativa de manera desinteresada y gratuita.

La sentencia reconoció igualmente que los daños eran los derivados de los procedimientos judiciales, los derivados de unas diligencias penales, la pérdida del negocio, la pérdida de la vivienda familiar y la pérdida de un préstamo concedido por la Junta de Galicia, el embargo de la vivienda de su madre y un trastorno siquiátrico que la actora había experimentado. La sentencia, sin embargo, no estimó plenamente la demanda y hubo de ser objeto de un recurso de apelación promovido por la propia demandante.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sin embargo, desestimó el recurso y mantuvo en su integridad la sentencia recurrida. La Sentencia dice que no había ninguna prueba que acreditara la concurrencia del dolo incidental que llevara a la actora a suscribir los contratos de garantía hipotecaria. Tampoco existía ninguna prueba, ni siquiera indiciaria, dice la sentencia, que acreditara que el Banco hubiera facilitado el dinero a la actora para abonar el derecho de traspaso, los viajes para la compra de géneros y la remodelación del local y del mobiliario. Se dice asimismo que tampoco se encuentra acreditado que la actora apelante no hubiera tenido conocimiento del contenido de las escrituras de préstamo, afirmación –dice la sentencia– que está en contradicción con las obligaciones tanto del notario como del corredor de comercio.

3. La distinción entre un dolo grave o determinante o causante (*causam dans*) y un dolo puramente incidental goza de una muy extensa tradición y se encuentra ampliamente recogida en los códigos civiles. En el nuestro, el artículo 1.270 dice que «para que el

dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave» y que «el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios». Se trata de una norma que, como hemos dicho, se halla ampliamente difundida en los códigos de corte decimonónico. Aparece, finalmente, en el artículo 1.440 del Código Civil italiano de 1942. El artículo 1.439 decía que el dolo es causa de anulación del contrato cuando las maniobras insidiosas han sido tales que, sin ellas, la otra parte no habría contratado. Por eso, el artículo 1.440 añade que si las maniobras no han sido tales que determinen el consentimiento, el contrato es válido aunque sin ellas hubiese sido concluido en forma diversa a cómo lo fue, pero el contratante de mala fe responde de los daños. Luzzatto había señalado, comentando el texto contenido en el Digesto 4, 3, 1, 2 que es dolo todo comportamiento dirigido a inducir o a mantener a otros en error, de manera que se realice una manifestación de voluntad que, si se hubiera tenido un conocimiento del verdadero estado de cosas, no se hubiera realizado o se hubiera realizado en condiciones diversas. Sobre esta base los comentaristas habían distinguido una situación relativamente distinta entre un dolo determinante (*causam dans*) y un dolo incidental (*dolus incidens*), según que el negocio no hubiera sido concluido si no hubiera intervenido el dolo o que hubiese sido concluido igualmente pero en diferentes condiciones. De manera que, en el primero de los casos se concede a la parte lesionada la posibilidad de obtener mediante los remedios procesales oportunos la anulación del negocio y de las consecuencias de éste, mientras que en el segundo caso el dañado tiene sólo una acción dirigida al resarcimiento del daño y a obtener la justa ejecución del negocio. Y Bellomo señaló que el primero de los textos conocidos que se refirió a la distinción de la que nos estamos ocupando era de Búlgaro en una *Summula de dolo*.

El dolo, señala el autor antes citado, podía *causam dare* a un contrato de derecho estricto o a un contrato de buena fe. En el primer caso, se concedía a quien se había comportado con dolo la *actio ex contractu*, pero a la parte que había sufrido los daños que provocaron el dolo se le concedía la excepción de dolo. Es verdad que con ello no se consideraba nulo el negocio pero sí se impedían sus efectos. En el segundo caso, en cambio, el contrato caía *ipso iure* y de él no nacía ninguna acción.

Junto con las ideas expuestas aparecen otras en que se exige que el dolo que después se llamará determinante recaiga sobre un elemento del contrato que deba considerarse como esencial, mientras que el dolo incidental recae sobre elementos que no revisten aquella trascendencia. Lo dice expresamente Funaioli.

Según este autor, la distinción no se produce porque se trate de dos figuras distintas de dolo sobre el que recaen las consecuencias del engaño, que es necesario para la anulabilidad, sino que el dolo determinante de la voluntad recaiga sobre un elemento o circunstancia esencial o que en cambio el objeto del dolo sea una circunstancia no esencial o secundaria.

El problema que con este tipo de consideraciones se suscita, es que cabe una doble forma de ver las cosas, pues de acuerdo con una visión que puede llamarse objetiva lo decisivo es la estructura negocial y los elementos de la misma que han quedado viciados por el dolo, mientras que en otro caso se está aludiendo a la real o hipotética influencia de las maniobras que hayan ejercido sobre la voluntad del contratante y sobre la formación de la voluntad de ésta.

4. En términos generales, puede coincidirse con la doctrina mayoritaria en cuanto a la conceptuación del dolo incidental. Ante todo, hay que decir que el dolo incidental es dolo y que, por consiguiente, hay un conjunto de maquinaciones insidiosas tendentes a producir en el otro contratante una situación de engaño. La diferencia entre dolo eventual y dolo incidental es que el primero no presenta la gravedad suficiente para impedir la formación de una correcta voluntad negocial. De esta suerte, el contratante que ha contratado movido por una maquinación dolosa constitutiva de dolo causante tiene siempre en su mano la posibilidad de anular el contrato. En el dolo incidental tal circunstancia no se da: el contratante que ha sufrido el dolo tiene que asumir con el contrato tal como lo celebró y cumplirlo sin disponer de ninguna acción de anulación.

La doctrina entiende que en el dolo incidental el contratante movido por el dolo, que no puede decir que no haya tenido voluntad contractual, puede, sin embargo, alegar que si no hubiera surgido el dolo (dolo incidental) hubiera ciertamente celebrado el contrato, pero lo hubiera hecho en unas condiciones completamente distintas.

En este punto, aparece ya el primero de los puntos que parecen, cuando menos, sorprendentes, pues un contrato no se califica sólo por su *nomen iuris*, las cosas o servicios sobre los que se contrate, sino por todas las circunstancias que le prestan su significación y le dotan de unidad. Por ello, no resulta fácil decir que en el caso del dolo incidental el contratante movido por el dolo, que hubiera celebrado el contrato, lo hubiera celebrado en condiciones distintas, pues esto es tanto como decir que hubiera celebrado *otro contrato*.

Por otra parte, la puesta en marcha de la doctrina generalmente aceptada significa que hay una desviación entre la voluntad contractual movida por el dolo incidental y el contrato que llegó a celebrarse, lo cual significa establecer una comparación hipotética entre una realidad y un *desideratum*. Habrá, por consiguiente, que dejar establecido, ya que saberlo será probablemente imposible, de qué manera esa desviación ha supuesto para el contratante un mayor o menor costo o un mayor o menor beneficio contractual.

Esto último es lo que probablemente se encuentra en la médula del artículo 1.270 CC cuando éste habla de indemnización de los daños sufridos por el contratante que ha sufrido el dolo incidental. Tiene razón A. Morales cuando ha señalado que en el caso del artículo citado no se trata de decidir si estamos en presencia de un interés positivo o de un interés negativo, sino de compensar lo que antes hemos llamado mayor costo o menor costo o beneficio.

La norma parece fundada en reglas que *prima facie* cabe considerar como reglas de justicia. Si ha sufrido el dolo, que no sufra también el perjuicio derivado del dolo. El problema es, sin embargo, saber en qué medida los conceptos aludidos pueden calificarse «daño». Inicialmente podemos entender que experimenta un daño quien sufre un detrimento caracterizado por la desaparición de un valor patrimonial valioso o aquel a quien se le impone efectuar una salida de valores patrimoniales para cumplir. En el caso concreto, sólo puede hablarse de daño en la medida en que exista un modelo contractual equitativo en que el intercambio se realiza justamente, probablemente porque no se puede hablar de plena libertad contractual y no nos encontramos en presencia de contratos cuya justicia deriva de haber sido limpia y lisamente aceptada. Presupone en este sentido el artículo 1.269 CC un esquema abstracto de justicia contractual y un daño producido por la desviación.

Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal»

(Ideas para la construcción de una teoría sobre
la finalidad del concurso de acreedores)

IGNACIO TIRADO MARTÍ*

Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El Derecho concursal es una rama del Ordenamiento jurídico de naturaleza compleja, predominantemente privada aunque con matices de Derecho público, cuya existencia resulta materialmente irrelevante si se considera aisladamente. En este sentido, se trata de un Derecho esencialmente funcional, que sólo existe para cumplir la finalidad de solucionar los conflictos que surgen por la colisión de todas las restantes ramas del Ordenamiento jurídico que se produce en caso de insolvencia del deudor. El fin propio del Derecho concursal se concreta en el concepto jurídico indeterminado tipificado en la Ley como «interés concursal». La finalidad del sistema de solución de la crisis económica de una persona consiste en realizar, en la práctica, la máxima satisfacción de los intereses subjetivos involucrados según establece ese concepto jurídico indeterminado. En este trabajo se intenta arrojar luz sobre el contenido del concepto (qué es, qué intereses subjetivos comprende, en qué orden) y su alcance interpretativo (como criterio de interpretación de normas concursales «oscuras») y funcional (en qué medida y de qué modo vincula y condiciona la actividad de los protagonistas del procedimiento).

* En memoria del profesor Aníbal Sánchez Andrés. Desde la pena imborrable que me produce su ausencia, con el temor por el futuro de una Universidad sin su presencia, en agradecimiento profundo por cada minuto de los diez años compartidos.

PALABRAS CLAVE

Insolvencia, interés del concurso, órganos del concurso, acreedores, deudor concursado, terceros, interpretación jurídica.

ABSTRACT

Insolvency Law is a part of the Legal System that is specially complex and polyhedral. It is predominantly of private nature, but has got a public economic side that cannot be ignored. This branch of the Law does not make any sense on its own: it features a strong functional nature, and it only exists in order to solve the conflicts arisen when an individual becomes insolvent and defaults generally in the market. Insolvency Law provides a solution to the collision of the different branches of the Law, each of which try to protect their own interest, ignoring the rest, something that may only happen when the counterparty is insolvent. The main aim of the Spanish insolvency procedure is embodied in a complex concept legally labelled as «insolvency interest». The entire system will pursue the fullest realization possible of the subjective interests included –by strict order– in the said concept. This paper tries to cast some light on the concept (what the «insolvency interest» is, who is involved in it, how those involved rank), to establish its reach when it comes to interpreting the unclear or contradictory sections of the Law and aims at defining how and to what extent the parties in the procedure are bound by the said objective.

KEY WORDS

Insolvency, insolvency interest, organs of the insolvency procedure, creditors, insolvent debtor, stakeholders, legal interpretation.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. 1.1 *Los problemas que crea la insolvencia del deudor.* 1.2 *La naturaleza conflictual de los problemas.* 1.3 *Tipificación vs abstracción de la finalidad del procedimiento concursal.* –II. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LA DEFINICIÓN DEL INTERÉS CONCURSAL. 2.1 *Presupuesto metodológico: el funcionalismo y la naturaleza del concurso.* 2.2 *La relevancia interpretativa.* 2.2.1 *La «función reactiva» y su relevancia interpretativa.* 2.2.2 *Los instrumentos de la «función reactiva».* 2.2.3 *Los límites interpretativos (remisión).* 2.3 *La relevancia funcional.* 2.3.1 *El «interés del concurso» y el comportamiento de los «órganos funcionales».* 2.3.2 *El «interés del concurso» y los participantes no funcionales.* –III. LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO «INTERÉS DEL CONCURSO». 3.1 *Consideraciones introductorias.* 3.2 *La diferencia entre el objetivo funcional y los objetivos abstractos.* 3.3 *La construcción del concepto.* 3.3.1 *La definición de la finalidad del concurso: la experiencia del Derecho comparado.* 3.3.2 *Precisión previa: el «interés del concurso» como concepto subjetivo.*

tivo. 3.3.2.1 La naturaleza subjetiva del concepto. 3.3.2.2 El «interés del concurso» y las distintas fases del procedimiento. 3.3.3 Los acreedores y su consideración en el «interés concursal». 3.3.3.1 La satisfacción de los acreedores como finalidad genérica. 3.3.3.2 La necesidad de concreción: los conflictos entre acreedores (remisión). 3.3.4 El «interés concursal» y el tratamiento de intereses distintos al interés de los acreedores. 3.3.4.1 Otros intereses subjetivos protegidos. 3.3.4.2 La protección del interés público. 3.3.5 La realización del «interés concursal»: la jerarquización entre los intereses incluidos en el concepto. 3.3.5.1 El riesgo y los conflictos entre «grupos» de interesados. 3.3.5.2 Los criterios para la solución de conflictos: distinción preliminar. 3.3.5.3 La «jerarquía piramidal» para solucionar los conflictos intersubjetivos. 3.3.5.4 El conflicto entre los intereses subjetivos y el interés público.–IV CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1 Los problemas que crea la insolvencia del deudor

La insolvencia es una realidad de naturaleza económica con gran trascendencia jurídica. Cuando una persona (física o jurídica) no puede atender sus obligaciones a medida que vencen se genera una situación que causa problemas que trascienden al deudor y se extienden a sus acreedores y a terceros (los acreedores de sus acreedores, los trabajadores, y muchos otros posibles interesados –*stakeholders*–). En el marco de la realidad jurídico-económica externa (paradigmáticamente en el mercado, aunque no solo), los particulares tienen, en última instancia, el patrimonio del deudor para obtener la satisfacción de lo debido (sea como resultado de relaciones contractuales, legales o, en fin, incidentales –responsabilidad extracontractual–). Cuando el patrimonio es –o va a ser pronto e inevitablemente– insuficiente para satisfacer todas las pretensiones, surge un conflicto de interés entre –como mínimo– todas las personas que han tenido alguna relación jurídico-patrimonial con el insolvente.

La insolvencia es una realidad que podría definirse de «excepcionalidad institucionalizada» o, si se prefiere, de «patología necesaria». La imposibilidad de cumplir de modo generalizado aquello a lo que un particular se ha comprometido es algo excepcional y patológico: es excepcional porque, en situaciones de normalidad macroeconómica, ocurre en una minoría de los casos

(es el último eslabón de las relaciones patrimoniales, al menos para las personas jurídicas); es patológico porque presupone el mal funcionamiento de algún sujeto y porque pone de manifiesto una disfunción en el sistema que hace insuficientes los mecanismos de tutela de intereses subjetivos diseñados por las distintas ramas del Derecho¹. Pero se trata de una patología excepcional que se produce de modo necesario como válvula de escape del sistema de mercado (por definición, imperfecto). En un mercado competitivo, algunos combinan peor los factores de producción que otros y, por lo tanto, ha de existir un sistema que, bien expulse ordenadamente a estas personas, con lo que se reasignarían los recursos de forma eficiente, bien les ofrezca solución a través de una reorganización que maximice el valor del activo. Además, la realidad práctica revela que la insolvencia no es siempre un simple problema de mala utilización de los recursos (es decir, usando un lenguaje más común, la insolvencia no siempre ocurre por equivocaciones del insolvente, por su incapacidad o por su mala suerte); en muchas ocasiones, antes o después de la aparición de la crisis se producen comportamientos antijurídicos que merecen el reproche legal.

Conflictos entre intereses subjetivos, mala asignación de recursos y comportamientos reprobables. Esos son, en esencia, los problemas que surgen en la insolvencia del deudor en el tráfico.

1.2 La naturaleza conflictual de los problemas

Los problemas mencionados afectan normalmente a una colectividad y no están aislados entre sí. Más bien al contrario, se trata de problemas que se superponen y entran directamente en *conflicto*: desde el punto de vista subjetivo, satisfacer a unos sujetos implica perjudicar a otros (cuanto más se pague a una clase de acreedores, menos quedará para la otra); en otras ocasiones, la reorganización de los factores de producción puede beneficiar igualmente a algunos interesados en perjuicio de otros (si se mantiene la estructura empresarial en marcha para evitar la pérdida de puestos de trabajo

¹ La insolvencia es una situación que en la gran mayoría de los casos presupone –al menos en el plano teórico– un fallo de mercado y un fallo del sistema jurídico. En un mercado perfecto, en el que existe suficiente información, las expectativas se amoldan racionalmente a la realidad y, por tanto, nunca se habría concedido un exceso de crédito a un sujeto en dificultades. El problema se habría detectado a tiempo y nunca se hubiese llegado a un impago generalizado. Desde el punto de vista jurídico, la entrada en concurso de una sociedad –protagonistas principales del mercado– implica que han fallado los mecanismos societarios pre-concursales: el control del mercado a través de la publicidad de la contabilidad, el deber de reducción de capital, el deber de disolución, etc.

se puede estar beneficiando a los trabajadores a costa de los acreedores en general o del deudor o de sus accionistas); y, en fin, la sanción de determinados comportamientos podría cerrar la puerta a salidas patrimonialmente más ventajosas (se primaría el «orden público» sobre los intereses privados de los afectados por la insolvencia, por ejemplo, si se inhabilita a un administrador cuya permanencia en la empresa «reestructurada» podría incrementar el valor objetivo de ese activo, debido al alto nivel subjetivo del fondo de comercio de la empresa). Por todo ello, es necesario «jerarquizar». Un Derecho cuya única finalidad es solucionar los conflictos de intereses debe, necesariamente, hacer eso: solucionarlos, lo cual implica tomar partido².

1.3 Tipificación vs abstracción de la finalidad del procedimiento concursal

1. La solución a los conflictos y el establecimiento de una jerarquía clara sólo puede realizarse a través del Ordenamiento jurídico, creando un Derecho de la insolvencia que tenga carácter *imperativo*.

A. Tal y como nos han enseñado los analistas económicos del Derecho, en caso de insolvencia de un deudor en el mercado se generan problemas de destrucción de valor y se crea un problema de «acción colectiva»³. Ambas situaciones sólo pueden paliarse con la creación de un Derecho imperativo. La existencia de un concurso *imperativo* para los acreedores facilita la maximización del valor del patrimonio del deudor y, por lo tanto, permite reducir el daño que finalmente sufrirán los acreedores. Los remedios generales de tutela del crédito consiguen la satisfacción de los acreedores a través de la realización individualizada de los distintos elementos del activo del deudor. Sin embargo, en

² Que la labor del Derecho concursal es la solución de concursos ha sido expresada con gran rotundidad por la doctrina alemana. Así, en referencia a los deberes del administrador concursal alemán (*Insolvenzverwalter*) señalan Fritz BAUR y Rolf STÜRNER: «[L]a característica principal de la actividad del órgano de administración es la constante colisión de intereses», *vid.* BAUR-STÜRNER, *Insolvenzrecht*, 3.^a ed., Heidelberg (C. F. Müller) 1991, pp. 130-131. La visión del Derecho concursal como una normativa que debe «tomar partido» entre los perjudicados por la insolvencia ha sido defendida por algunos autores de gran relevancia: en Estados Unidos, *vid.*, por todos, WARREN E., *Business Bankruptcy*, Washington D. C. (Federal Judicial Center) 1993, *passim*; en el Reino Unido, abandera esta posición GOODE, R. M., *Principles of Corporate Insolvency Law*, London (Thomson) 2006, 3.^a ed., pp. 40 ss.; para este planteamiento en Derecho español, *vid.* GARRIDO GARCÍA, J. M., *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid (CER) 1999.

³ *Vid.*, por todos, el pionero trabajo de JACKSON, T., *The logic and limits of Bankruptcy Law*, Cambridge (Harvard University Press) 1986, *passim*, del que se extrae esta resumida exposición del modelo económico.

muchas ocasiones –en la mayoría cuando existe una empresa– el valor del activo en su conjunto es muy superior al valor de la estricta suma de los elementos que lo componen. Una empresa en funcionamiento «captura» elementos de gran valor que se perderían en caso de paralización de la actividad y venta desgregada de los componentes. La existencia de un procedimiento concursal imperativo evita que el activo se troceé y pierda valor. Sin el carácter necesario del procedimiento no podría conseguirse una finalidad eficiente porque cada acreedor se comportaría –y así es razonable que ocurra– de modo «egoísta», es decir, preocupándose por su interés y por el de ningún otro.

B. Esta situación ha sido explicada de manera gráfica por la doctrina estadounidense acudiendo a la «teoría de juegos». La situación que existe entre el patrimonio de un deudor insolvente y sus acreedores es similar a la descrita en el juego del «caladero común». En este juego (que ha sido explicado con varios ejemplos distintos), hay un lago y un grupo de pescadores; si todos los pescadores capturan todos los peces que puedan el año 1 se esquilmará el caladero y, el año 2, nadie podrá pescar. Sin embargo, si los pescadores limitan sus capturas, los peces se reproducirán y, el año siguiente podrán volver a pescar, y así año tras año hasta que el caladero se agote definitivamente. La primera actitud (cada pescador pesca cuanto puede) proporcionaría a cada uno una cantidad mucho menor que si hubiese limitado sus capturas. Los acreedores, informados de esta situación, podrían ponerse de acuerdo para no capturar más que lo debido. Sin embargo, se trata de un acuerdo muy difícil de alcanzar (con terminología económica, tiene muy altos «costes de transacción»), pues los pescadores no se conocen entre sí, saben que compiten entre ellos (cuanto más pesque uno, menos pescan los demás) y nadie les asegura que el otro va a respetar ese pacto; de hecho, el comportamiento racional de cada pescador sería pescar todo lo posible, pues su situación es equiparable a la de los prisioneros en otro conocido ejemplo de la teoría de juegos: el «dilema del prisionero». Este segundo juego explica que el comportamiento natural de los pescadores del caladero común será actuar en su propio interés (*free riders*)⁴.

C. Sólo una norma legal imperativa podría obligarles a limitar las capturas y, de ese modo, obtener la solución más beneficiosa para la colectividad. Ahora imaginemos que esa Ley es el Derecho de la insolvencia, cambiemos el lago por el patrimonio del concursado (masa activa), a los pescadores por acreedores y la limitación

⁴ El «dilema del prisionero» es un juego con dos participantes en el que sólo existe una posible solución. Dos delincuentes, que han cometido ambos dos delitos de muy distinta gravedad, son encerrados y aislados. Como no existen pruebas suficientes para condenarles sin un testimonio que incrimine al otro se les ofrecen reducciones de pena si colaboran. El juego asume que a cada delincuente le es indiferente el destino del otro (como ocurrirá en muchas ocasiones entre los acreedores, que en la mayoría de los casos ni se conocen) y que no pueden ponerse de acuerdo (pues si ambos guardan silencio sólo se les condenaría por el delito menor). Este modelo demuestra que la única estrategia racional de cada prisionero (de cada acreedor) es acusar al otro para, de ese modo, maximizar su propio interés. Sobre ambos juegos, *vid.* BAIRD/GERTNER/PICKER, *Game theory and the law*, Cambridge (Harvard University Press) 1994, pp. 31 ss.

de las capturas por la paralización de acciones ejecutivas contra el patrimonio concursal. Con un concurso legalmente imperativo para todos los acreedores se consigue maximizar el activo y, con ello, se consigue que los acreedores acaben «capturando» el mayor valor del patrimonio insolvente.

2. El Derecho concursal es, pues, un instrumento jurídico imperativo que persigue únicamente la obtención de un fin: la solución de la crisis económica. Es un campo jurídico *estrictamente instrumental*. Mientras el Derecho civil, el laboral o el tributario responden a una serie de concepciones concretas y pretenden tutelar unos intereses determinados (fomento o protección del tráfico, protección del trabajador, incremento de la recaudación, etc.), el Derecho concursal, que opera en caso de insolvencia patrimonial, parte de la imposibilidad de una completa tutela de los intereses que persigue cada una de las demás ramas del Derecho, y se fija como objetivo precisamente la reducción del daño que sufren todos aquellos que recibían la protección en el Derecho civil, en el laboral o en el tributario. Estamos ante una rama jurídica cuya propia existencia se explica sólo para conseguir una finalidad consistente en «arreglar» el problema existente por unos intereses en conflicto, cada cual protegido por su propio Derecho.

Se trata de una rama jurídica con poca independencia, con escaso sentido en sí misma, en soledad. Es cierto que, si no se renuncia a ver el Derecho como una unidad, lo mismo ocurre con todas las disciplinas jurídicas; pero la soledad le sienta especialmente mal al Derecho de la crisis económica. El Derecho concursal no hace sino distribuir «intereses» regulados y tutelados por otras ramas jurídicas, cuyo tratamiento resulta, tras la crisis, inadecuado en ellas. La regulación de la crisis empresarial intenta dar solución a la falta de idoneidad de los restantes conjuntos normativos que forman cada uno en sí un sistema pensado para las situaciones de normalidad, no, precisamente, para los fallos de sus instituciones. La crisis económica pone en contacto los intereses de todos ellos, de manera que cada regulación parcial colisiona con las demás⁵.

⁵ Estas afirmaciones siguen siendo válidas aunque se defienda, como hacen los partidarios del análisis económico del Derecho, que la única actuación del sistema concursal en materia de resolución de conflictos consiste en respetar lo que las partes habían pactado fuera del concurso (*vid. JACKSON, T., The logic and limits of Bankruptcy Law*, pp. 7 ss.). En realidad, esta visión del Ordenamiento concursal va más allá y afirma que debe respetarse no sólo lo que se había pactado, sino también lo que las partes «habrían pactado» –*creditors' bargain*–, lo cual ya es mucho más discutible. De todos modos, la «filosofía» del Derecho concursal, en términos abstractos, no es el objeto de este trabajo, como se justifica más adelante (*vid. infra. § 3.2*).

3. La creación de un Derecho imperativo e instrumental que persiga una finalidad concreta –y nada más– exige la predeterminación de dicha finalidad⁶. Esto se puede hacer de distintos modos. En algunos Ordenamientos concursales de Derecho extranjero se ha optado por realizar una definición específica, detallada y jerarquizada de la finalidad del procedimiento. Ese ha sido el caso en Derecho alemán y, más recientemente, en la importante modificación acontecida en el Derecho inglés con la aprobación de la *Enterprise Act 2002*. En el extremo opuesto, otros países, como Italia, han obviado toda definición de objetivos y toda referencia a una finalidad concreta, si bien las «preferencias» subjetivas del texto legal pueden desgranarse directamente del análisis de puntos concretos del articulado. Una tercera posibilidad, a medio camino entre las dos anteriores, ha sido la escogida por el Derecho concursal español. En la Ley 22/2003, concursal, se ha optado por evitar una definición⁷, incluyéndose, en su lugar, un concepto jurídico indeterminado denominado «interés del concurso»⁸. Es decir, se reconoce implícitamente la existencia de una finalidad, pero no se define expresamente. En este trabajo consideramos que la finalidad puede inferirse de los datos que ofrece el texto legislativo y la exposición de motivos.

En realidad, no resulta claro qué método es más correcto. Ciertamente, la definición, precisa, jerarquizada, de los complejos fines del procedimiento concursal tiene un claro efecto de incremento de la seguridad jurídica y constituye un poderoso instrumento interpretativo. Ahora bien, no deja de ser *cierto* que esta solución puede traer consigo rigideces.

⁶ No basta con afirmar que se busca la solución de la «crisis económica». Ese es un objetivo demasiado general, especialmente en un caso como éste, en el que todos los interesados están en constante conflicto interno. Es necesario concretar, descender al detalle.

⁷ El silencio es una opción que puede interpretarse como un reconocimiento mudo de la complejidad de problemas abordados en el procedimiento de insolvencia o, por el contrario, como una muestra de la falta de reflexión del hacedor legal sobre el objetivo perseguido: es obvio qué se pretende y, por tanto, no hace falta señalarlo expresamente. Fuese cual fuese el motivo, es indudable que la falta de predeterminación dota de un cierto grado de flexibilidad al concurso.

⁸ Se habla de «interés del concurso» en la Exposición de Motivos (IV) y en los artículos 42, 61, 62, 165 y 215; o en plural, de «intereses del concurso» o «intereses del procedimiento» en los puntos III y VII de la Exposición de Motivos y en los artículos 43, 54, 148 o 149. Algun autor que se ha ocupado de la cuestión identifica y separa las expresiones reseñadas, por una parte, y la expresión «intereses concurrentes», por otra; estaríamos, según esta opinión, ante expresiones que encerrarían significados distintos (así, *vid. GONZÁLEZ BILBAO, E.*, «Identificación de los intereses concurrentes y del interés del concurso en la nueva Ley Concursal», en *RDBB* núm. 683, 2004, pp. 1351 ss., también publicado en *AA.VV., Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2004, t. I, pp. 294 ss.). Sin embargo, no compartimos esta opinión. No encontramos en la Ley ninguna razón para entender que esas expresiones encierran conceptos distintos. Se trata, a nuestro modo de ver, de sinónimos, todos referidos al complejo –y conflictivo– fin que persigue el Derecho concursal.

A. Un primer problema podría radicar en el propio contenido de la norma que define los intereses subjetivos y públicos en que se concreta la finalidad del Derecho concursal. Ha de tratarse de un precepto de gran claridad. Una redacción ambigua o, directamente, oscura, podría volverse en contra de la propia finalidad del precepto, con un poder distorsionador enorme⁹. En segundo lugar, la «tipificación» específica, con «nombres y apellidos», de la finalidad del concurso, puede llevar a excesos interpretativos¹⁰. Por último, este método trae consigo todos los problemas de la fijación de valores, que puede cambiar en el tiempo. Si esto ocurre, no hay adaptación interpretativa posible: es necesaria una nueva reforma legislativa¹¹.

B. La alternativa (consistente en no definir la finalidad del procedimiento) priva al sistema concursal de las virtudes del otro modelo. La incertidumbre sobre quién debe ser protegido con prioridad dificulta la solución de los conflictos de intereses, tan presentes en todo concurso, a la vez que priva al juez y a las partes de un elemento interpretativo de gran valor. La perdida de seguridad jurídica

⁹ Como se señalará más adelante, la reforma inglesa es un auténtico paradigma de redacción enrevesada e intrincada. Sólo el pragmatismo que preside su sistema jurídico, la atenta consideración de los casos y el alto nivel de sus jueces y, en fin, el importante esfuerzo de la doctrina han conseguido dar una explicación coherente al precepto definidor de los objetivos del procedimiento de *Administration* (al respecto, *vid.*, por todos, MOKAL, R. «*Administrative Receivership and Administration-An Analysis*», en *Current Legal Problems*, 2004, pp. 355 ss.; y ARMOUR, J./MOKAL, R., «*Reforming the Governance of Corporate Rescue: The Enterprise Act 2002*», en *Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2005, pp. 28 ss.).

¹⁰ Un buen ejemplo es el ocurrido entre la doctrina alemana que comentaba la derogada *Konkursordnung*. Así, un autor del prestigio de Friedrich WEBER elaboró una teoría de la nulidad absoluta de las actuaciones de la administración concursal contrarias al fin tipificado del concurso, basándose, precisamente, en que la inclusión de los objetivos en un precepto concreto convertía el acto que lo contradijese en nulo por vulnerar una norma imperativa [*vid.* WEBER, F., en JAEGER, E., *Konkursordnung Kommentar*, Berlin (WdG) 6-7.^a ed., §§ 133-134, Anm. 50.3 y §§ 207-208, Anm. 58]. En realidad, el profesor de Heidelberg matizó la aplicación estricta de la nulidad, señalando que no todo acto que finalmente resultase dañino para los intereses del concurso era «contrario» al «fin» y, por tanto, nulo. El autor distingüía entre facultades de disposición (*Verfügungsbefugnis*) y obligaciones (*Pflichtbindung*), es decir, entre «poder» (*Können*) y «deber» (*Dürfen*). Aunque el administrador concursal pueda llevar a cabo un acto de disposición de manera válida, bajo determinadas circunstancias no debe si quiere actuar sin contravenir una obligación. Para el autor, en fin, aparte de las actuaciones «contrarias» a la finalidad existen otras que simplemente infringen una obligación y sus efectos no alcanzan más allá de la esfera interna del procedimiento (responsabilidad).

¹¹ Esta puede ser, en realidad, una objeción más aparente que real. Es cierto que el papel del Derecho concursal dependerá mucho del sistema económico imperante. Piénsese, por ejemplo, en los vientos intervencionistas que soplaban cuando se elaboró el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, algunas de cuyas soluciones serían inaceptables para la mayoría hoy en día (sobre la racionalidad y el alcance de este texto prelegislativo, *vid.* GONDRA, J. M., «Reflexiones en torno a la funcionalidad del sistema concursal proyectado», en AA.VV., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Madrid, Rev. Fac. Der. Univ. Compl., 1985, pp. 145 ss.). Sin embargo, no es menos cierto que, en la historia del Derecho concursal, han existido siempre una serie de constantes inmutables que, en todo momento, han formado parte de los objetivos del procedimiento concursal de la época. Paradigmáticamente, nos referimos, claro está, a los acreedores del deudor común (*vid.* ROJO, A., «Notas para la reforma de la legislación concursal», *RDM* núm. 138, 1975, pp. 509 ss.).

dica en este sector puede tener consecuencias importantes. Si el concurso aspira a ser el instrumento de solución de la crisis empresarial, los participantes en el mercado han de poder conocer bien su propia posición en caso de apertura de un procedimiento de insolvencia, pues solo de ese modo pueden calcular *ex ante* los riesgos de su inversión y adoptar medidas racionales al respecto. En este mismo sentido, la fijación de los beneficiados por el procedimiento tenderá a reducir la litigiosidad, algo ciertamente conveniente en un proceso de por sí largo y complejo.

C. Probablemente, no haya un método mejor que otro. La seguridad jurídica es un objetivo que debe perseguir toda legislación concursal, pero cómo lo consiga tiene menor importancia. Sería más peligrosa una definición oscura o confusa de la finalidad del concurso que la ausencia de pronunciamiento. Lo relevante es que la jerarquía de valoraciones, la «función» que debe cumplir todo concurso resulte evidente a todos los actores en el mercado, desde una perspectiva *retosp ex ante ectiva*, y que sea clara para las partes y el entramado institucional, una vez en marcha el procedimiento. Esto puede conseguirse tanto con una definición, como a través de la enunciación de una serie de principios en la Exposición de Motivos o derivarse claramente del articulado legal¹².

II. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LA DEFINICIÓN DEL INTERÉS CONCURSAL

Si el Derecho concursal es una rama del Derecho privado creada únicamente para perseguir una finalidad consistente en solucionar los conflictos de las restantes ramas jurídicas (privadas o públicas), esa finalidad debe impregnar la interpretación de sus preceptos y guiar la actividad de los órganos del procedimiento. Esto exige, como presupuesto, la determinación de la metodología interpretativa que se debe seguir en el Derecho concursal; tras lo cual resulta imprescindible delimitar con un mínimo detalle cuáles son los márgenes interpretativos y especificar cómo afecta el fin al comportamiento de la administración concursal y del juez.

¹² Los factores que influyen a la hora de valorar el mejor sistema en un Ordenamiento jurídico dependerán de las fortalezas y debilidades del Ordenamiento concreto. Se trata de optimizar una ecuación que tiene como variables principales (y opuestas) el buen hacer del legislador, por un lado, y el nivel técnico de aquellos que han de aplicar el Derecho, por el otro: ante una judicatura poco preparada, mejor una buena definición; cuando los jueces tienen un buen nivel técnico y están especializados, el riesgo de que haya una excesiva rigidez y errores del legislador aconsejan, probablemente, la no tipificación del fin del concurso.

2.1 Presupuesto metodológico: el funcionalismo y la naturaleza del concurso

El instrumento metodológico más apropiado para acercarse al estudio de esta rama jurídica es aquél que centra la mirada en los *argumentos teleológicos*, en las finalidades que se persiguen con el objeto analizado¹³. La creación legislativa responde a un fin y, más ampliamente, este fin representa una valoración previa por parte del legislador de los intereses que pretende proteger. En la economía, los intereses se encuentran en estrecha interconexión y, por tanto, la protección de unos suele comportar la preferencia sobre otros. Al decidirse a favor de uno u otro de los intereses en conflicto, el autor de la norma está buscando la realización práctica de unos *valores*. Desentrañar estos extremos es el primer paso para el análisis de una institución. El segundo, sin embargo, debe quedar al lado de la *realidad*, esto es, de cómo se comportan en la práctica las instituciones creadas.

Todo conjunto normativo persigue una finalidad. La finalidad del Ordenamiento económico es el aumento del bienestar social a través del desarrollo de la economía. En el contexto actual, ese objetivo se realiza a través del mercado. Se crean una serie de instituciones jurídicas que facilitan las relaciones de intercambio (contratos, sociedades, etc.). Estas instituciones cumplen, en primer lugar, una *función promocional*¹⁴: a través de una regulación adecuada, las normas persiguen el objetivo del aumento del bienestar social poniendo a disposición de los particulares los instrumentos necesarios. Pero estas instituciones, al insertarse en la realidad, adquieren una vida independiente. Su uso por los particulares en persecución de un interés propio crea conflictos que surgen, directamente, de las propias instituciones¹⁵. Por eso, el legislador se ve obligado a prever una regulación que solucione ese choque de intereses, en función del objetivo buscado por la regulación origina-

¹³ En la actualidad, en buena medida, los conceptos jurídicos se explican a través de la «función» que tienen. *Vid.* LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 473, donde cita el concepto de negocio jurídico de FLUME como deudor de un enfoque funcional.

¹⁴ *Vid.* BOBBIO, «Sulla funzione promozionale del Diritto», en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1969, pp. 1313 ss. (donde establece el concepto de «ley incentivo», p. 1326), CATANIA, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1976, pp. 83 ss.

¹⁵ El análisis de las consecuencias económicas que surgen de las instituciones privadas constituye un enfoque funcional en su más puro sentido. *Vid.* JAHR, «Funktionsanalyse von Rechtsfiguren als Grundlage einer Begegnung von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft», en *Schriftung des Vereins für Socialpolitik*, núm. 33, 1964, pp. 14 ss., especialmente en p. 16.

ria¹⁶. Esta segunda función de las normas se ha bautizado como *función reactiva*¹⁷. Es, precisamente, en esta función, donde se encuadra el Derecho concursal. Este conjunto normativo cumple básicamente la función reactiva general del sistema económico legal. Su papel es solucionar los conflictos de intereses que surgen de la patología del sistema económico.

Esta función de resolución de conflictos implica coherencia con el tipo de sistema económico que se tiene. Sin embargo, al ser el punto de encuentro de distintas disciplinas jurídicas, la coherencia no puede confundirse con rigidez. Es, precisamente, la propia consideración del Derecho concursal como «instrumento reactivo» del sistema económico de mercado lo que permite alterar el normal reparto de intereses existente en el ámbito económico. La función «reactiva» del Derecho mercantil es solucionar los conflictos creados por sus propias instituciones y lo mismo ocurre con el Derecho societario, según el ejemplo propuesto. Sin embargo, el Derecho concursal es *en sí la «reacción» del mercado. Su existencia se debe, por tanto, a la plasmación de los valores del legislador en lo concerniente a los intereses que entran en conflicto ante la patología del sistema económico.*

2.2 La relevancia interpretativa

2.2.1 LA «FUNCIÓN REACTIVA» Y SU RELEVANCIA INTERPRETATIVA

El «interés del concurso» es un concepto jurídico complejo en el que se engloban, ordenados, todos los intereses subjetivos implicados en la insolvencia del deudor en el tráfico. Como se ha señalado, la consecución del «interés concursal» es la finalidad de la Ley Concursal. La Ley Concursal es una normativa instrumental que cumple una función exclusivamente «reactiva». Pues bien, esta

¹⁶ Aunque esto no siempre se consigue. Si, por ejemplo, para el fomento de la economía se crea un Derecho societario, la regulación de los conflictos de intereses surgidos en su seno –accionistas minoritarios contra mayoritarios– debe tener en cuenta el objetivo inicial del legislador y realizar una elección del «interesado preferido» en función del efecto que tal elección vaya a tener en la promoción de la economía. Si se actúa de manera contraria, el resultado será el desuso de la institución y el fracaso, a largo plazo, del objetivo inicial. Con esto no se quiere negar la posibilidad de atender a intereses diversos; pero esto se debe realizar fuera del conjunto normativo en concreto. No debe confundirse lo afirmado con un análisis exclusivamente economicista, pues éste se contentará con afirmar como única finalidad de las normas la reducción de costes y la más eficiente realización de los derechos subjetivos individuales. Aquí se defiende, simplemente, la coherencia del sistema jurídico. El legislador puede alterar los valores perseguidos por el sistema en cualquier momento.

¹⁷ Probablemente porque centra su análisis en la general teoría normativa, denomina este hecho *funzione repressiva* del Derecho CATANIA, *Argomenti*, pp. 91 ss.

naturaleza confiere especial relevancia interpretativa a la finalidad perseguida.

Toda regulación persigue siempre un fin. Sin embargo, en algunas normas –en la mayoría– el legislador persigue objetivos de carácter «general» (*rectius*, «promocional»). Como ejemplos, la Ley de sociedades anónimas o la Ley del contrato de agencia persiguen ambas el más eficiente desarrollo de la actividad en el mercado, poniendo instrumentos de actuación externa, una, y fomentando la colaboración y la distribución empresarial, la otra. En ambos casos, la finalidad es tan general que tiene una relevancia interpretativa limitada. Sin embargo, en el caso de Derechos esencialmente «reactivos», como el Derecho concursal (o el Derecho de los consumidores), la finalidad es necesariamente más concreta; la virtualidad teleológica de la normativa tiene «nombre y apellidos»: en nuestros ejemplos, la protección del consumidor o la solución de los conflictos ante la crisis empresarial. La naturaleza correctora de estas regulaciones exige la predeterminación de los intereses subjetivos que se quieren tutelar. Esto es aún más acusado en el supuesto del Derecho concursal, por dos motivos: por el carácter conflictual y por el carácter estrictamente instrumental de la normativa, ambos estrechamente ligados. La insolvencia crea un conflicto. El conflicto compele al legislador a crear una Ley que establezca los criterios para resolver el conflicto. El conflicto obliga a la Ley a concretar, pues el conflicto presupone la existencia de sujetos con intereses contrapuestos, y resolverlo implica distribuir entre ellos aquello que ambos pretenden. La solución del problema como *única* finalidad de la Ley conlleva la necesaria interpretación de cada precepto conforme a la finalidad.

2.2.2 LOS INSTRUMENTOS DE LA «FUNCIÓN REACTIVA»

La subordinación interpretativa a la función que presenta el Derecho concursal debe entenderse en un sentido sistemático. La lectura de la Ley Concursal no puede hacerse de modo aislado; es especialmente importante que la interpretación de cada precepto se conecte con otros, que, a su vez, responden a la finalidad de solucionar la crisis a través de la tutela del «interés concursal». La Ley Concursal está llena de instrumentos. Los instrumentos podrían dividirse en «instrumentos primarios» y en «instrumentos secundarios», ambos dirigidos a la consecución del objetivo final (la realización práctica del «interés del concurso»)¹⁸. «Instrumentos pri-

¹⁸ La diferencia entre los instrumentos primarios y secundarios radica en el grado de «instrumentalidad». Los instrumentos primarios son herramientas en sentido puro: no tienen

marios» serían tanto las posibilidades de actuación como la estructura procesal del concurso de acreedores. Todos estos instrumentos primarios tienen una finalidad mediata propia («los instrumentos secundarios», que también podrían denominarse «objetivos intermedios»). Con ello se crea una red de fines dentro del concurso que necesariamente desemboca en la consecución del fin principal (la tutela del «interés del concurso»). El papel que juega el fin principal respecto de los instrumentos primarios y secundarios es doble: sirve como criterio de comportamiento (enfoque prospectivo) y como elemento de interpretación (análisis retrospectivo).

1. El primer grupo de «instrumentos primarios» (el que se encuentra en la base) es el relativo a las *facultades de actuación* en el seno del concurso. Por ejemplo, las posibilidades de continuar con la actividad empresarial (art. 44 LC), la supervisión de la actuación administrativa del deudor intervenido (art. 40.1 LC) o la realización de un expediente de regulación de empleo (art. 64 LC). En todos estos casos, los artículos que los regulan crean instrumentos que tienen como finalidad mediata conseguir una *maximización del valor de la masa activa* (*instrumento secundario u objetivo intermedio*). Se continúa –en principio– con la actividad porque, de ese modo, se mantiene la empresa en sentido objetivo, que normalmente valdrá más que los elementos aisladamente considerados; lo mismo ocurre con el régimen de administración del patrimonio: en la mayor parte de los casos –o así se pretende que sea– se deja en manos del deudor porque ello es más eficiente (los directivos conocen el negocio, tienen incentivos para solicitar el concurso con premura, etc.), y los administradores concursales sólo negarán autorizaciones cuando la actuación propuesta vaya en contra del «interés concursal». El mismo razonamiento es válido para el expediente de regulación de empleo, que se posibilita incluso antes de la emisión del informe si, con ello, se favorece la tutela de los intereses subjetivos incluidos en el concepto de «interés concursal».

Sin duda, un primer objetivo (intermedio) que han de perseguir los administradores del concurso, que constituye un *prius* respecto de los siguientes, consiste en la *maximización de la masa activa*. El órgano tiene el deber de ejercitar sus competencias de administración del patrimonio de manera que se obtenga el *máximo valor de la masa activa concursal*¹⁹. Esta conclusión se deduce de declara-

otro valor en sí mismo considerados que servir para la mejor consecución de los instrumentos secundarios. Así, por ejemplo, cuando el legislador establece la continuación de la actividad o crea los mecanismos de administración directa o de control por parte de los administradores concursales, lo hace únicamente para conseguir un mayor valor de la masa activa.

¹⁹ En este primer punto coinciden todas las teorías explicativas de los procedimientos concursales. Es, por ejemplo, el objetivo declarado del modelo de *creditors' bargain*: la

ciones dispersas en varios preceptos de la Ley Concursal: artículos 35.1, 43.1, 44.3, 61.2, 68-70, 71, etc. LC²⁰. En todos ellos se establecen deberes de diligencia en la actuación de los administradores, se les conceden instrumentos para engrosar la masa y se les dan instrucciones para la obtención del mayor rendimiento al patrimonio. El órgano debe, pues, llevar a cabo una administración –y usar los instrumentos primarios– de modo que se procure no sólo la conservación estricta del patrimonio, en el sentido de mantenimiento del valor de los elementos que lo integran, sino también la maximización del valor de la masa a través de aquellas actuaciones que puedan incrementar su rendimiento económico.

2. El otro grupo de «instrumentos primarios» a que hemos hecho referencia se encuentra en el *diseño procesal de la Ley*. Como ejemplo valga la distribución en fases. El procedimiento se divide en distintas fases, cada una de las cuales persigue su propio objetivo (instrumento primario que busca su objetivo intermedio –a su vez, un instrumento secundario de la finalidad principal–): la fijación de todos los datos del concurso, –la fase común; el acuerdo entre deudor y acreedores, la fase de convenio–; y la consecución del mayor valor posible del activo, en la fase de liquidación. En este caso estamos ante una «apriorización» del legislador sobre los modos más adecuados para conseguir la finalidad del procedimiento. Sobre la división en fases y la «función reactiva» del Derecho concursal es necesario hacer dos apreciaciones: en primer lugar, no sólo existe una finalidad intermedia en cada una de ellas, sino que éstas están coordinadas entre sí; en segundo lugar (y enlazado con lo anterior), estamos ante finalidades intermedias «objetivas», es decir, ajenas a los intereses subjetivos involucrados en el concurso: no se persigue el convenio en sí mismo considerado, sino en tanto con ello se tutele mejor el interés del concurso (que es un concepto subjetivo).

En efecto, y siguiendo el orden de las precisiones anteriores, la primera y necesaria fase del concurso se denomina legalmente «fase común» (art. 21.2 LC). Se trata de una fase meramente instrumental, en la que se realizan todos los trámites procesales y se reúne toda la información para que posteriormente, en las fases decisorias, pueda llegarse a la mejor solución del concurso. Es,

maximización del *common pool* (vid., por todos, JACKSON, T., *The logic*, pp. 10 ss.) y uno de los fundamentales para las posiciones críticas con este tipo de análisis (Vid. WARREN, E., «Bankruptcy policymaking in an imperfect world», *Mich. L. Rev.*, núm. 92, 1993, pp. 336 ss., especialmente 344 ss.).

²⁰ Igual que ocurría en el sistema derogado. El artículo 1073 del Código de 1829 atribuía a los síndicos la administración de todos los bienes y pertenencias de la concurso a uso de buen comerciante, la recaudación y cobranza de los créditos de la masa, el pago de gastos necesarios para su conservación y beneficio, la defensa de todos los derechos de la concurso, etc.; pero no era éste el único precepto: (arts. 1014, 1017, 1218 LEC 1881, etc.)

pues, un «instrumento del instrumento». Esto tiene una considerable importancia en lo que aquí concierne y explica muchas de sus previsiones normativas: en la fase común no deben realizarse actuaciones que *prejuzguen* una solución al concurso²¹. Es decir, y aplicado al órgano de administración, durante la fase común los administradores del concurso, en su vertiente activa, han de realizar todas las actuaciones necesarias para una mejor decisión de los interesados (acreedores y deudor); y, en la pasiva, han de abstenerse de ejecutar aquello que dificulte o impida la posterior consecución de un convenio o de la liquidación²².

Aplicando este mismo razonamiento, en la fase de convenio los administradores realizarán las labores instrumentales legalmente encomendadas para permitir una más correcta decisión sobre las propuestas presentadas²³, pero, además, no podrán adoptar ninguna que impida o dificulte la liquidación. La condición de última posibilidad temporal de la fase de liquidación la convierte, precisamente, en un elemento decisivo a la hora de delimitar la actuación de los órganos durante todo el proceso. En efecto, la liquidación puede que nunca acontezca, pero la sola posibilidad es suficiente para negar aquellas actuaciones que puedan impedirla²⁴. Así, por ejemplo, con independencia de la fase en que se encuentre el concurso, en principio no parece que los administradores concursales puedan concluir un contrato de arrendamiento de *larga duración* si, con ello, comprometen un bien de la masa y, por tanto, dificultan la liquidación del patrimonio concursal (porque una legislación

²¹ Un buen ejemplo de la importancia que la Ley concede a la necesidad de no abortar prematuramente una solución determinada se refleja en el tratamiento de las garantías sobre bienes afectos a la actividad empresarial (art. 56 LC). Éstos no se pueden ejecutar hasta que se apruebe un convenio o transcurra un año desde la declaración de concurso. Además, la administración concursal puede cancelar el crédito con cargo a la masa si mantener el bien en el patrimonio concursal conviene al concurso. Estas reglas, importadas de la Ordenanza alemana de 1994, expresan claramente la jerarquización de intereses de la Ley: se limitan los derechos del acreedor garantizado en beneficio de los restantes acreedores (y del deudor). Al posponer la ejecución, se favorece la continuidad pero, sobre todo, se protege el valor de la masa, al permitir que la empresa siga en funcionamiento (no puede suspenderse la ejecución si el bien no está afecto a la actividad) y su posible enajenación global. A cambio, el acreedor con garantía sólo sufre una restricción temporal.

²² Esto explicaría por qué los administradores concursales han de solicitar autorización al juez para realizar actos de disposición de la masa activa durante las fases común y de convenio.

²³ Esto no debe entenderse como una labor de «fomento del convenio». La tarea de los administradores es puramente técnica, aséptica, consistente en poner sobre la mesa todos los elementos de juicio posibles para que las partes decidan. Y si las circunstancias desaconsejan el convenio, así deberán ponerlo de manifiesto. El convenio es, insistimos, un mero instrumento.

²⁴ Como se aprecia, curiosamente la solución que parecía catalogarse como «último recurso» en la Exposición de Motivos acaba convirtiéndose en omnipresente por el propio diseño legal.

de arrendamientos protecciónista con el arrendatario impida su desahucio)²⁵.

La Ley Concursal configura un procedimiento unitario, en el que caben tanto la reestructuración de la empresa como la liquidación. El convenio y la liquidación son excluyentes: no puede liquidarse por convenio y en la liquidación conduce irremediablemente a la realización del activo. Pues bien, a nuestro modo de ver, se trata de dos instrumentos para la consecución del «interés concursal» que se sitúan en un igual nivel de preferencia legal²⁶. Aunque la Exposición de Motivos de la Ley señale su predilección por la solución pactada, se trata de una declaración de intenciones que posteriormente sólo se traduce en el articulado en el aspecto temporal: la Ley crea un *iter* procedimental en el que, salvo determinadas circunstancias, se pasa de una fase común instrumental al convenio; al que, en su caso, seguirá la liquidación. Pero ahí termina la preferencia, como demuestra el hecho de que el propio deudor pueda impedir el convenio desde el principio o que los acreedores, principales protegidos por el «interés concursal», puedan rechazar el acuerdo si no beneficia a sus intereses²⁷.

²⁵ Estas limitaciones son propias de todo procedimiento concursal con fin liquidativo. Así, por ejemplo, uno los asuntos que más estudio ha merecido para la doctrina italiana que se ha ocupado del *fallimento* es la posibilidad de que el *curatore* concluya contratos de arrendamiento de duración superior a los nueve años. La mayoría opta por negar tal posibilidad por dificultar la liquidación del patrimonio del insolvente. *Vid.*, entre otros, SEMIANI BIGNARDI, F., «Esercizio del riscatto da parte del curatore fallimentare», en *Scritti giuridici* (1953-1965), Padova, Cedam, 1968, pp. 86 ss., esp. en p. 93; CASELLI, G., «Organí del fallimento», en *Scialoja-Branca, Commentario alla Legge fallimentare*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1977, p. 160; y, sobre todo, RIVOLTA, C., *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 35 ss., *passim*. La doctrina italiana niega también, por los mismos motivos, la facultad del órgano administrativo de otorgar derechos de opción sobre bienes de la masa: *vid.* RIVOLTA, C., *L'affitto e la vendita*, p. 24.

En todo caso, salvo en supuestos muy evidentes, la limitación de las facultades de administración de los administradores concursales quedará en un ámbito interno. El órgano de administración deberá responder ante los acreedores y el deudor por la infracción de los límites instrumentales del concurso, pero no parece fácil que esta circunstancia afecte al tercero a través de la ineficacia del acto.

Y respecto de la responsabilidad, habrá de concurrir el daño y la culpa. Sólo habrá daño cuando se haya lesionado el «interés del concurso», algo que no debe confundirse con la contradicción con la finalidad de la fase concreta. Sólo habrá culpa cuando resulte evidente a un administrador concursal medio que el acto concreto contradice los objetivos de la fase concreta o dificulta la siguiente. Así, por ejemplo, difícilmente se podría condenar a los miembros del órgano que han comprometido el uso y disfrute de un bien con un tercero cuando parecía muy probable que se alcanzase un convenio de continuación con los acreedores (convenio que no tenía ese bien como elemento esencial, claro).

²⁶ *Vid.*, ya antes, ROJO-BELTRÁN, «Comentario previo al Título V» en Rojo-Beltrán, *ComLC*, p. 1850.

²⁷ Con claridad meridiana señalan los profesores ROJO Y BELTRÁN: «[L]a Ley Concursal prevé dos únicas y alternativas soluciones al concurso de acreedores: el convenio [...] y la liquidación [...]. La finalidad de estas dos soluciones es la misma: una vez determinado el activo y el pasivo concursales durante la fase común, tanto el convenio como la liquidación tienen como fin la satisfacción de los acreedores, conforme a la clasificación legal» (*vid.* ROJO-BELTRÁN, «Comentario previo al Título V» en Rojo-Beltrán, *ComLC*, p. 1850).

2.2.3 LOS LÍMITES INTERPRETATIVOS (REMISIÓN)

En la parte final de este trabajo se ponen algunos supuestos paradigmáticos en los que una interpretación sistemático-teleológico permite la superación de la literalidad (*vid. infra. § III*). Naturalmente, la relevancia interpretativa de la función en la Ley Concursal debe siempre entenderse dentro de los límites de la normalidad en la interpretación jurídica. La naturaleza de la Ley Concursal hace que los argumentos teleológicos y sistemáticos tengan un gran peso en la interpretación de sus preceptos, pero no estamos ante un supuesto de «excepcionalidad metodológica». El «interés concursal» sólo será relevante cuando una interpretación literal y el criterio de «conexión de sentido» no ofrezcan una solución incontrovertible. Del mismo modo que el legislador define cómo han de solucionarse los conflictos creados por la insolvencia, que implica definir unos «valores», también puede –consciente o inconscientemente– separarse en un punto concreto de las líneas generales que él mismo ha definido. Frente a esos supuestos, no cabe –si se quiere alcanzar la coherencia sistemática, o, como decía Larenz, si se pretenden evitar las «contradicciones de valoración»– más que cambiar la Ley²⁸.

Un ejemplo de las posibilidades y de los límites interpretativos del «interés concursal» se encuentra en el artículo 134, sin duda uno de los más desafortunados de la Ley Concursal. En este precepto se afirma que los acreedores subordinados «*quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Queda a salvo su facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos*». Se trata de un precepto que, si se interpreta literalmente en toda su extensión, en muchos casos (en todos los que haya una importante cantidad de créditos subordinados) impedirá la aprobación de un convenio, por mucho que ello hubiese sido posible y objetivamente favorable para los acreedores jerárquicamente superiores.

p. 1849). En este mismo sentido, *vid. GONDRA, J. M.*, «Convenio y reorganización en la nueva Ley concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, t. IV, p. 4596.

²⁸ En la interpretación de la legislación concursal son plenamente aplicables las reflexiones del profesor alemán: «*Al posible sentido literal y al contexto corresponde, según esto, sobre todo una función delimitadora. Dentro de los límites de este modo conseguidos, son con frecuencia posibles aún varias interpretaciones. Entonces son decisivos sobre todo los criterios teleológicos*» (*vid. LARENZ, K.*, *Metodología*, p. 343).

La comprensión de cuál es la finalidad del concurso y la naturaleza de finalidad puramente instrumental –o, si se prefiere, mediata– del convenio nos permite una interpretación de la norma lo más coherente (*rectius*, teleológico-sistémica) posible. En efecto, el artículo 134 (los acreedores subordinados cobrarán lo mismo que los ordinarios en el convenio, aunque más tarde) se contrapone con el artículo 158 (no se pagará a los subordinados hasta que no se haya pagado íntegramente a los ordinarios). En el primer caso, parece que los acreedores tendrán que sacrificar parte del activo para el pago de los subordinados; en el segundo, no. Una interpretación literal crearía un clarísimo –e insoslayable– efecto disuasorio sobre la aprobación de convenios concursales y contradiría la expresa preferencia legal por el convenio sobre la liquidación. La norma debe ser reducida teleológicamente. Intentemos explicar la razón que subyace a su inclusión e interpretémosla de modo acorde con el «interés del concurso», para lo cual debemos desglosar las posibles situaciones.

En este momento –y a los efectos de este debate– es suficiente con afirmar que la Ley tiene como objetivo primordial la satisfacción de los acreedores a través de un estricto orden jerárquico. Entre las distintas categorías, los últimos en cobrar deben ser los acreedores subordinados. Pero los acreedores subordinados son aún acreedores que se encuentran por encima de los socios de la compañía, que son acreedores residuales. Así pues, la norma que estamos interpretando contradice la finalidad del procedimiento cuando pone en conflicto a los acreedores subordinados con los acreedores ordinarios, jerárquicamente superiores, pero no si se observa el conflicto hacia debajo: entre ellos y la sociedad concursada o sus socios. El artículo 134, que regula la extensión subjetiva del convenio, parte –como no puede ser de otro modo– de la continuación de la actividad de la concursada. Por ello, es lógico que prevea una regla del estilo. Si no lo hiciese estaría poniendo en mejor situación a los accionistas que a los acreedores subordinados: pagados los acreedores ordinarios con la quita pactada, en el momento pactado, sin una norma similar al 134 los acreedores subordinados verían su crédito extinguido y, en consecuencia, los accionistas, que seguirían con la propiedad de una compañía en funcionamiento y descargada de deudas, habrían «expropiado» los derechos subjetivos patrimoniales a unos acreedores postergados respecto a terceros, no respecto a ellos. Como consecuencia, el 134 debe ser interpretado de modo que se asegure la coherencia interpretativa con el sistema de reparto en liquidación (art. 158 LC); es decir, que el pago de los subordinados no prejuzgue el superior derecho de los quirografarios (ni *ex ante*, en el momento de aprobar el convenio, ni *ex post*, durante o tras su ejecución), pero que les permita cobrar antes que dejar el remanente a la sociedad concursada.

El problema práctico no se plantea cuando el pago a los acreedores previsto en el convenio deba realizarse con lo obtenido por la continuación de la actividad. En este caso, los acreedores ordinarios no tendrán que asumir *ex ante* una quita mayor para satisfacer –posteriormente– a los subordinados. Transcurrido el plazo de la

espera pactada, y satisfechos los créditos en la cuantía prevista, empezará el pago de los subordinados con los fondos futuros que sigan entrando por el ejercicio de la actividad empresarial. Si estos deviniesen insuficientes, el sistema de incumplimiento del convenio no afectaría a los ordinarios por mor del artículo 162 de la Ley Concursal²⁹.

Más complicado resulta interpretar el precepto cuando la satisfacción de los créditos no se supedita al buen fin de la actividad empresarial, sino que existe un plan de pagos (es decir, existe previsiblemente suficiente activo para realizar los pagos pactados o un tercero lo garantiza). En este caso, el margen de maniobra de la Ley es escaso. Ningún problema debería representar que, por ejemplo, el garante del plan de pagos limitara su garantía a la satisfacción de los ordinarios según el convenio. Aunque resulta más dudoso, entendemos que sería igualmente aceptable un plan de pagos calculado sobre la totalidad del patrimonio, que dejase el pago futuro de los acreedores subordinados a una realidad patrimonial sometida a un mayor grado de riesgo, como, por ejemplo, la continuación de la actividad empresarial (de modo que se convertiría este supuesto en el visto en el párrafo anterior)³⁰.

2.3 La relevancia funcional

2.3.1 EL «INTERÉS DEL CONCURSO» Y EL COMPORTAMIENTO DE LOS «ÓRGANOS FUNCIONALES»

La consecución del «interés concursal» no sólo debe servir para guiar la interpretación de la Ley, sino que debe servir de criterio de actuación de los órganos «funcionales» del concurso. Por órganos funcionales debe entenderse aquellos órganos a los que la Ley dota

²⁹ El precepto señala: «Si a la liquidación hubiese precedido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumirán legítimos los pagos realizados en él, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores». Este artículo debe ser interpretado en el sentido de asegurar la finalidad propuesta en el texto: la salvaguarda de los pagos realizados a los acreedores ordinarios en cumplimiento del convenio.

³⁰ Se han propuesto otras alternativas más «creativas» para soslayar los graves inconvenientes de una interpretación literal del artículo 134. Así, por ejemplo, véase el penetrante análisis del prof. VATTEROLI («Le soluzioni concordatarie della crisi nell'ordinamento spagnolo», en *Diritto della Banca e del Mercato Finanziario*, 2007, II, pp. 26 ss.), donde el autor propone la utilización de las clases de acreedores en el convenio para atribuir a los acreedores subordinados las quitas y las esperas propias de la clase de ordinarios menos beneficiada.

Por último, el margen interpretativo es aún mucho menor para el supuesto de conversión de acciones. En este caso, el 134 supone una barrera infranqueable, y constituye un desincentivo para la aprobación de este tipo de acuerdos concordatarios por parte de los acreedores ordinarios. El margen se reduce a, por ejemplo, aceptar un convenio con capitalización de créditos en los que se crearan dos clases de acciones (siendo privilegiadas las propias de los ordinarios y no privilegiadas las que asuman los subordinados).

de competencias (en el sentido procesal, uno, en el sentido administrativo del término, los dos) para la plasmación en la realidad práctica de los valores que, al solucionar los conflictos, está tutelando el Derecho Concursal, y son el juez y la administración concursal. Ni el órgano judicial ni el órgano administrativo defienden otros intereses –ni en distinto orden– a aquellos que la Ley incluye en el seno del «interés concursal»³¹. El mandato imperativo es legal y es común a ambos. La finalidad del procedimiento concursal ha de ser el concepto que guíe las decisiones del Juez y de la Administración concursal. Desde un punto de vista interno, a la hora de adoptar una decisión, el razonamiento jurídico del Juez o del órgano de administración ha de ser el mismo: ¿la adopción y ejecución de la decisión concreta deja en mejor posición a los intereses incluidos en el «interés concursal» que si no se ejecutase? En caso afirmativo, deberá adoptarse; si la respuesta es negativa, deberá abandonarse y considerar una actuación alternativa.

Naturalmente, la defensa del «interés concursal» no puede tomarse como un valor absoluto. La finalidad del procedimiento es un criterio ante la adopción de decisiones de administración que, por su naturaleza, normalmente encierran un mínimo grado de discrecionalidad y de incertidumbre. Sin embargo, el «interés concursal» es irrelevante cuando se produce un conflicto entre los intereses incluidos en el concepto y los intereses tutelados por la legalidad en general. Esta situación se da en la mayor parte de las actuaciones judiciales; pero se da también cuando la administración concursal ocupa una posición «semi-jurisdiccional». Esto se ve con claridad en la formación de la lista de acreedores. En primer lugar, la Administración concursal debe incluir aquellos créditos que se justifiquen conforme a un criterio técnico independiente. En ningún caso su objetivo debe ser reducir en lo posible el pasivo de la concursada, ni su labor consiste en tutelar los derechos de los acreedores ya incluidos oponiéndose a los que pueden serlo (y ostentan una pretensión razonable). Tampoco, por seguir con el ejemplo, debe enfrentarse la administración concursal a la alegación de una prenda (y, por tanto, de un privilegio) por mucho que ello perjudique el derecho de los acreedores ordinarios. En otras palabras, la tutela del «interés concursal» parte de un presupuesto: los intereses que se incluyen en su seno lo son por derecho propio

³¹ Esto incluye a todos los miembros del órgano de administración del concurso, incluido –lógicamente– el acreedor. El Administrador concursal acreedor, desde el momento en que acepta el cargo, se quita el sombrero de acreedor y se pone el sombrero institucional de órgano que persigue, de modo técnico e independiente, el «interés del concurso». Una actuación consciente que beneficie a su derecho (o a los derechos de sus iguales) en contra del «interés del concurso» sería causa de separación y podría dar lugar a responsabilidad.

(en el caso de los ejemplos, esto quiere decir que la admisión de la prenda de un acreedor no sólo respeta la legalidad –concursal y general–, sino que también implica la tutela de la finalidad del concurso, pues ese acreedor cuyo privilegio se reconoce forma parte inseparable del «interés concursal»). Los administradores concursales procuran el respeto estricto de la legalidad. No son implicados directos ni representan los intereses de nadie, es decir, no han de defender una posición concreta como haría un abogado, el directorio de una empresa o el acreedor que intenta conseguir una calificación que es más que discutible que merezca³².

2.3.2 EL «INTERÉS DEL CONCURSO» Y LOS PARTICIPANTES NO FUNCIONALES

En este punto se puede trazar una raya que divide al Juez y a la Administración concursal, por un lado, y a los sujetos privados, por el otro. Los acreedores que ven su crédito reconocido pasan a integrar la masa pasiva del concurso, y su actuación concursal puede darse a través de actuaciones individuales (personándose en una Sección y aportando información, adhiriéndose a un convenio, negociando con los órganos o el deudor, etc.) o colectivas (junta de acreedores). Éstos son libres en todo momento para procurar su propio interés sin tener que velar por el de ningún otro interesado³³. La participación «imperativa» en el concurso de acreedores es, en sí, una respuesta excepcional a una situación excepcional del mercado. La Ley suspende los métodos de tutela ordinaria de los créditos y los sustituye por la participación en un procedimiento en el que los acreedores tienen las posibilidades de maniobra restringidas. El «sacrificio» de los acreedores en aras de la «colectividad» termina ahí: ningún acreedor tiene deberes de comportamiento frente a ningún otro participante o frente a ningún tercero. Es más, aunque con algún titubeo (por ejemplo, al exigir la aprobación judicial del convenio aprobado en Junta), la Ley Concursal parte de que los acre-

³² Esta es una muestra de la parte jurídico-pública que tiene la naturaleza de un órgano que se inserta en un procedimiento, que ocupa un «oficio» y que persigue un interés que, pese a ser privado, ha sido elevado legalmente a la categoría de «interés público». Al respecto, en mayor detalle, *vid. TIRADO, I., Los Administradores concursales*, Madrid (Civitas) 2005, pp. 67 ss.

³³ La actuación «egoísta» de los acreedores en búsqueda de su propia satisfacción es la única que se les puede exigir. En este punto no nos parecen correctas las consideraciones en torno a una supuesta «conciencia del estado de insolvencia» para con los demás y, menos aún, sobre la virtualidad de ésta para influir en la toma de decisiones, DE KOROBKIN, «Rehabilitating values: a jurisprudence of Bankruptcy», *Colom. L. Rev.*, 1993, p. 777. Contra esta idea se han manifestado muchos; *vid.*, por todos, RASMUSSEN, «Debtor's choice: a menu approach to corporate Bankruptcy», *Tex. L. Rev.*, núm. 71, 1992, pp. 51 ss., especialmente pp. 90 ss.

dores se van a comportar procurando exclusivamente su propio beneficio personal y que la suma que arroje ese beneficio individual será elevada a la categoría de interés defendido por la Ley. Esta situación no es más que la trasposición coherente de los principios del libre mercado en el seno del procedimiento concursal³⁴.

Igual que ocurre con los acreedores, el deudor puede procurar exclusivamente su propio interés. Ahora bien, su situación es distinta a la situación de los acreedores en dos puntos: en primer lugar, las actuaciones del deudor en su propio y exclusivo interés no tendrán, en ocasiones, ninguna eficacia, ya que siempre que entren en colisión con los intereses de los acreedores cederán ante éstos³⁵; en segundo lugar, la Ley Concursal limita la capacidad de acción del deudor al imponerle determinados deberes de conducta que no puede ignorar sin sanción (por ejemplo, el genérico deber de colaboración *ex art. 42 LC*).

III. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE «INTERÉS DEL CONCURSO»

3.1 Consideraciones introductorias

Como se señaló en la introducción, la Ley Concursal ha reconocido expresamente la existencia de una finalidad que debe procurarse en el procedimiento, pero sin definirla. Se señala que el concurso tiene un «interés», pero ese «interés concursal», que vincula y cuya realización práctica ha de perseguirse por el juez, no es llenado de contenido concreto. Corresponde al intérprete (y es el objetivo de este trabajo) llenar el hueco normativo. Para ello se utilizarán todos los datos jurídicamente relevantes de que disponemos. Estos datos son los siguientes: en primer lugar, los preceptos

³⁴ El razonamiento es sencillo: el Derecho concursal es una «válvula» de salida del mercado y un instrumento para la corrección de los fallos de funcionamiento del mercado; precisamente por eso, la regulación del concurso ha de respetar, en la medida de lo posible, las normas de funcionamiento normal del mercado. Del mismo modo que cada agente en el mercado puede actuar libremente y disponer de su propio derecho como mejor le convenga, lo mismo puede y debe reflejarse en el concurso.

³⁵ El deudor, en realidad, puede procurar libremente su propio interés, pero los efectos quedarán limitados según el tipo de actuación. Si el deudor ejerce una de las facultades «concursales» que le permite la Ley, su discrecionalidad es ilimitada: puede impugnar el inventario o la lista de acreedores, recurrir las resoluciones judiciales que no le convengan, proponer convenio, etc. Si, por el contrario, el deudor ejerce facultades que pueden tener trascendencia patrimonial, la eficacia de la actuación estará condicionada a la autorización de la administración concursal, pues, al actuar patrimonialmente, no está disponiendo de valor propio, sino del valor de terceros (los acreedores, en cuyo interés se debe administrar la masa en concurso). Es decir, al menos sobre el papel, la eficacia patrimonial de las actuaciones del deudor quedará limitada a aquellas en las que «su interés» coincida con el interés de los acreedores.

de la Ley, que constituyen la fuente principal que nos permite abstractraer el complejo nudo de intereses que se jerarquizan en el seno del procedimiento; en segundo lugar, la Exposición de Motivos, y, en tercer lugar, los contextos legislativo y socioeconómico, pues no puede –ni debe– olvidarse que la Ley 22/2003 regula la insolvencia de una persona que actúa en una economía de mercado.

3.2 La diferencia entre el objetivo funcional y los «objetivos abstractos»

La doctrina que ha analizado el Derecho concursal se ha detenido en detalle a analizar la justificación de la disciplina. Como mecanismo de mercado que es, el concurso de acreedores ha estado durante décadas bajo el atento estudio de los analistas económicos del Derecho, cuya concepción ha tenido gran influencia incluso en el ámbito legislativo³⁶. A diferencia de otras ramas del Ordenamiento, en las que el análisis doctrinal se ha centrado en el Derecho positivo, el debate entre distintas visiones del Derecho de la insolvencia ha puesto su atención en los fines, creando una suerte de «filosofía del Derecho concursal»³⁷.

El debate se originó entre la doctrina norteamericana en torno al *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*. Los dos polos opuestos, detrás de cuyas posiciones teóricas, hay una serie de valores y creencias de tipo social, económico y político³⁸, son los seguidores del *Creditor's bargain model*³⁹, por una parte, y del *Loss allocation model*⁴⁰, por la otra. El primero de los modelos, basado en un análisis microeconó-

³⁶ Así, por ejemplo, la reforma concursal alemana fue influida por las ideas de Thomas JACKSON, principal exponente de esta escuela en el ámbito concursal, a través de la labor prelegislativa de Manfred BALZ, alumno suyo en Harvard y divulgador de las ideas del profesor americano en Europa *vid.* BALZ «Die Logik und Grenzen des Insolvenzrechts», *ZIP* (1988) pp. 1438 ss. o IDEM, «Market conformity of insolvency proceedings: policy issues of the German Insolvency Law», *Brook. J. Int. L.*, núm. 1 (1997) pp. 168 ss.].

³⁷ Esta expresión es de Roy GOODE, que fue uno de los introductores del debate sobre la función del Derecho concursal en el Reino Unido (*vid.* GOODE, R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, pp. 39 ss.).

³⁸ Un estudio sobre la relación entre ambas teorías, los valores subyacentes y sobre el alto nivel de ideologización presente en las mismas puede leerse en RUSCH, «Bankruptcy reorganization jurisprudence: matters of belief, faith and hope-stepping into the fourth dimension», *Mont. L. Rev.*, núm. 55, 1994, pp. 10 ss.

³⁹ Sobre esta concepción, inserta en la escuela doctrinal del análisis económico del Derecho, *vid.*, entre muchos, los clásicos de Jackson y Baird: JACKSON, T., «Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements and the Creditors' Bargain», *Yale L J*, núm. 91, 1982, pp. 857 ss., BAIRD, D., «Loss Distribution, Forum Shopping, and Bankruptcy: A Reply to Warren», *Chi. L. Rev.*, núm. 54, 1987, pp. 815 ss., IDEM, «The Uneasy Case for Corporate Reorganization», *J. Legal Stud.*, núm. 15, 1986, pp. 127 ss.

⁴⁰ Como principales defensores de esta visión del Derecho concursal, *vid.*, también entre muchos, KOROKIN, «Rehabilitating values: a jurisprudence of Bankruptcy», *Colum. L. Rev.*, núm. 91, 1991, pp. 717 ss.; WARREN, E., «Bankruptcy policy», *U. Chi. L. Rev.*, núm. 54, 1987, pp. 775 ss.; CARLSON, «Bankruptcy theory and creditor's bargain», *U. Cin. L. Rev.*, núm. 61,

mico clásico, considera que la única función del Derecho concursal debe ser la representación mimética dentro del procedimiento de los acuerdos que el deudor y los acreedores alcanzaron fuera, operando en un mercado libre. Los conflictos entre el deudor y sus acreedores o entre los propios acreedores deben resolverse como se pactó fuera del procedimiento (a través, por ejemplo, del establecimiento de garantías o de subordinaciones convencionales) y, si nada se pactó —y aquí radica el punto más controvertido— el conflicto debe resolverse según se supone que las partes habrían decidido conforme a criterios de eficiencia si hubiesen previsto el problema (es lo que se denomina la «negociación hipotética»: *hypothetical bargain*). Es decir, se realiza un análisis *ex post*, conforme a criterios de eficiencia, sobre lo que las partes «habrían querido».

Frente a esta visión del Derecho concursal, la segunda de las «escuelas» de pensamiento toma como punto de partida una posición menos axiomática y, por lo general, está más alejado de los modelos puramente abstractos. Pese a partir de algunos presupuestos comunes (por ejemplo, y sobre todo, la idea de que la mejor distribución de los recursos es la que se deriva de la libre actividad de los sujetos en el mercado), esconde valores distintos, diferente finalidad y distinta perspectiva en el enfoque del problema: ante la situación de insolvencia, la mirada no se centra exclusivamente en la maximización del valor de que va a ser distribuido entre los acreedores, sino que, partiendo de la realidad del fracaso empresarial, se busca la manera de repartir las pérdidas del modo más justo, tomando en consideración distintas variables e intereses. En la insolvencia de un empresario no sólo están implicados los acreedores, sino que existe una pluralidad de intereses afectados que no se pueden ignorar. El Derecho concursal es, por lo tanto, un procedimiento legal dirigido a distribuir los recursos insuficientes entre todos aquellos afectados por la situación. Para ello, hay que diseñar un sistema que responda de manera flexible a la crisis económica, intentando coherenciar —no ordenar jerárquicamente— los valores y los intereses de todas las partes afectadas.

Las finalidades que existen detrás de estas distintas posiciones doctrinales constituyen «objetivos abstractos». Son argumentos de «política legislativa» y sus destinatarios naturales no son los jueces, sino los legisladores⁴¹. Son modelos teóricos que aportan inte-

1992, pp. 453 ss.; o BOWERS, «Groping and coping in the shadow of Murphy's Law: Bankruptcy theory and elementary economics of failure», *Mich. L. Rev.*, núm. 88, 1990, pp. 2097 ss.

⁴¹ Estos modelos —sobre todo el primero de ellos— realizan consideraciones normativas, que sirven para criticar una legislación concreta, y, en este contexto, resulta de gran utilidad. Puede igualmente reconocérsele una cierta eficacia interpretativa, en tanto la indeterminación de la Ley permite que consideraciones tan generales sean utilizadas para resolver un problema concreto de interpretación. Pero se trata de reflexiones realizadas con carácter abstracto y basadas en modelos económicos que no discriminan críticamente entre las distintas circunstancias de los mercados; es decir, son normalmente demasiado genéricas para basar interpretaciones de preceptos concretos. Por mucho que una solución —según Pareto o Kaldor y Hicks— sea más eficiente, el tenor literal de la Ley o la voluntad concreta del legislador son barreras insalvables aunque contradigan los postulados del modelo teórico. Su campo de acción natural está en las consideraciones de *lege ferenda*.

resantes instrumentos de análisis, pero no tienen ninguna conexión con la Ley. En otras palabras, pueden ser entendidos como instrumentos metodológicos, pero no como finalidades concretas que permitan la interpretación de una normativa concreta. Si no fuera así, podría decirse que la finalidad concursal de todos los Derechos concursales del mundo es la misma; y, por tanto, totalmente independiente del legislador, al que se vería negado el poder de dictar leyes que regularan la insolvencia de un deudor en el mercado.

El «interés concursal» es una finalidad concreta, basada en datos normativos del Derecho español. Con independencia del juicio valorativo que mereza la Ley Concursal, es incontrovertible que ésta existe y es y debe ser aplicada en toda su extensión (es decir, según su finalidad). No es éste un trabajo dirigido al legislador, sino al intérprete legal. El método funcionalista aquí propuesto es, en buena medida, el contrario a un análisis abstracto con soluciones para todos los supuestos, en todo lugar: el funcionalismo aquí propuesto no sólo se mantiene estrictamente dentro de los límites interpretativos generales, sino que persigue, precisamente, el máximo respeto a la finalidad de la Ley; de una Ley concreta.

Ahora bien, esto no quiere decir que no existan puntos de contacto material con los modelos «abstractos» y con las aproximaciones «filosóficas». La inexistencia de una definición concreta del fin del procedimiento concursal hace que deba necesariamente partirse de un contexto jurídico y socioeconómico para delimitarlo. El Derecho concursal español se enmarca en una economía de mercado, en la que el respeto a la autonomía de la voluntad y a los pactos de las partes es un presupuesto de funcionamiento. En este punto, la coincidencia de nuestro enfoque con las propuestas de los teóricos estadounidenses es total.

3.3 La construcción del concepto

3.3.1 LA DEFINICIÓN DE LA FINALIDAD DEL CONCURSO: LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO

A diferencia de la Ley Concursal, la legislación de otros países de nuestro entorno jurídico-económico ha tipificado expresamente el objetivo de su sistema concursal. En el caso alemán, paradigmático por ser el primero en incluir una fijación expresa de objetivos, se ha optado por realizar una definición genérica, al principio de la Ley. Tanto el carácter general del texto como la situación sistemática del artículo en que se recoge confieren a la definición del objetivo una eficacia general, vinculante para todos los órganos del

concurso. Por el contrario, el Derecho inglés surgido tras la reforma de 2002 ha centrado la finalidad en la actividad del administrador concursal (el *administrator*): tras un periodo de información y análisis fáctico, el *insolvency practitioner* deberá decidir cuál es la finalidad que debe seguirse en el concurso concreto, según un catálogo legal de objetivos jerárquicamente ordenados. Toda la actuación del administrador, desde ese momento, deberá estar dirigida únicamente a conseguir el fin fijado.

En Alemania, tanto en el § 1 de la *Insolvenzordnung* como en el tan traído § 3 de la derogada Ordenanza de concursos de 1877 se determina «para qué sirve» el concurso⁴². La doctrina, de manera casi unánime, interpretaba e interpreta ambas declaraciones legales con una sola frase: «*la finalidad del concurso es la satisfacción de todos los acreedores de manera proporcional y en la mayor medida posible*»⁴³.

En Derecho inglés no existía una definición de la finalidad del concurso hasta la importante reforma operada por la *Enterprise Act 2002*⁴⁴. El *administrator* tiene que enunciar formalmente cuál es el objetivo del procedimiento, y está vinculado en su actuación por lo que establezca. Pero la *Insolvency Act* no deja libertad plena al *administrator*. En el importantísimo parágrafo 3 se establece una terna de posibilidades entre las que tiene que elegir el órgano; pero esas posibilidades tampoco son libres, sino que están jerarquizadas. Así, señala el precepto:

«3(1) *El administrador de la compañía debe ejercitar sus funciones con la finalidad de: a) “rescatar” la compañía como empresa en funcionamiento; b) conseguir un resultado mejor para los “acreedores en general” de la compañía de lo que sería razonablemente previsible si la compañía entrase en liquidación;*

⁴² Señalaba el § 3 de la derogada *Konkursordnung*: «[L]a masa –activa– del concurso sirve para la satisfacción de todos los acreedores personales que tengan frente al concurso un crédito de naturaleza patrimonial, anterior a la apertura del procedimiento de concurso». El § 1 de la vigente *Insolvenzordnung* señala que «[E]l procedimiento concursal sirve para satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor común a través de la liquidación y posterior reparto del patrimonio del deudor o, llegando a una solución distinta, a través de un convenio de insolvencia que incluya especialmente el mantenimiento de la empresa». En este último caso, la diversidad de soluciones resulta de la unificación de las antiguas *Konkursordnung*, *Vergleichsordnung* y *Gesamtvolstreckungsordnung* en un procedimiento unitario que, en su seno, contempla las posibles soluciones que cada uno de aquellos procedimientos preveían individual y excluyentemente. Sobre el importante § 1, *vid.*, por todos, SMID, S., *Insolvenzordnung Kommentar*, Stuttgart, Köln, Berlin, Kohlhammer, 2001, 2.^a ed., § 1, Anm. 1 ss.

⁴³ La frase se debe a Ernst JAEGER: «*Ziel des Konkursverfahrens ist die Gleichmäßige und möglichst weitgehende Befriedigung aller Konkursgläubiger*». JAEGER, E., *Konkursordnung, Einleitung*, Anm. 1. En parecidos, si no iguales, términos, se pronuncia expresamente la práctica totalidad de la doctrina. *Vid.*, por todos, JAUERING, O., *Zwangs-vollstreckungs-Und Konkursrechts*, München, Beck, 1987, § 38, Anm. 1, 1.

⁴⁴ Como ha señalado Roy GOODE, la reforma de 2002 ha «*revolucionado la Legislación*» en materia de reestructuración de empresas en dificultades (*vid.* GOODE, R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, p. 318). La Ley ha incluido un nuevo Capítulo IV dentro de la Parte III de la *Insolvency Act 1986*.

c) liquidar propiedad de la compañía para distribuir el resultado a uno o más acreedores privilegiados o con garantía. 3(2) El administrador de la compañía debe ejercitar sus funciones en el interés de los “acredores en general”. 3(3) El administrador debe ejercitar sus funciones con la finalidad especificada en el subpárrafo 1(a) (rescatar compañía en funcionamiento) a no ser que piense que: a) no es razonable que pueda alcanzarse ese objetivo en la práctica; b) el resultado del subparágrafo 1 (b) conseguiría un mejor resultado para los acreedores “en general”».

Pues bien, de este enmarañado precepto se entresacan las siguientes conclusiones: 1) existe un mandato general en el comportamiento del órgano, y es la máxima protección para los «acredores en general», es decir, que el *administrator*, a la hora de decidir, debe guiarse por aquello que, en abstracto, beneficiaría a los acreedores «como si fuesen un único acreedor»; 2) el apartado 1(b) es el preferido por la Ley, y hace referencia al «saneamiento de la empresa» (*Business rescue*), que será siempre elegido por encima de todas las demás opciones; 3) la alternativa favorita siempre que no se dé el «saneamiento de la empresa», es 1 (a), esto es, el «saneamiento del empresario» (*company rescue*). Concluyendo, pues: el Derecho inglés establece una jerarquía de objetivos que debe necesariamente seguirse por el administrador, según la cual éste adoptará todas las medidas necesarias para conseguir el mayor valor por la masa, transmitiéndola como un todo sin tener en cuenta que ello supone la posterior (e inmediata liquidación y extinción de la compañía). Una vez el *administrator* ha decidido el camino a seguir y ha delimitado el objetivo, sus competencias deben ceñirse a conseguir esa finalidad, y cualquier desvío culpable derivaría en su responsabilidad personal (debe recordarse que los *insolvency practitioners* tienen el deber de suscribir un costoso seguro de responsabilidad civil).

3.3.2 PRECISIÓN PREVIA: EL «INTERÉS DEL CONCURSO» COMO CONCEPTO SUBJETIVO

Antes de entrar en el análisis del contenido del concepto resulta necesario hacer una precisión importante: *el «interés del concurso» engloba, exclusivamente, intereses subjetivos*. Es decir, la finalidad del procedimiento concursal consiste en tutelar la esfera jurídica de personas determinadas, no en la plasmación práctica de vicisitudes de la empresa deudora.

Como se ha señalado al delimitar la eficacia interpretativa del «interés del concurso», el convenio o la liquidación, la continuidad de la empresa, su enajenación global, son únicamente instrumentos para la protección de la posición subjetiva de personas concretas, *nunca un fin en sí mismos*. De este modo, afirmar, por ejemplo, que la Ley patrocina preferentemente un convenio y que la continua-

ción es preferida sobre la liquidación no deben nunca tomarse como criterios absolutos.

La utilización de los instrumentos como fines encierra, en realidad, una preferencia de política legislativa clara. Si se predetermina el convenio de continuación como un fin en sí mismo, lo que se está haciendo es poner a determinadas personas (los trabajadores por sus créditos futuros, paradigmáticamente, aunque también a los socios) por encima de otras (los acreedores por créditos existentes) en el reparto de las pérdidas que siempre acarrea un concurso. La idea es clara: si se trata, primero, de continuar con la empresa aunque ello traiga consigo un pago a los acreedores menor al que recibirían de liquidarla, o si se acepta una oferta de adquisición por un precio menor al de otra oferta, porque con la primera propuesta mantiene más puestos de trabajo, en realidad se está *pagando a los trabajadores con «el dinero de los acreedores»*⁴⁵. La aproximación aquí defendida tiene implicaciones interpretativas directas (*vid. infra.* § 3.3.5).

3.3.3 LOS ACREDITORES Y SU CONSIDERACIÓN EN EL «INTERÉS CONCURSAL»

3.3.3.1 *La satisfacción de los acreedores como finalidad genérica*

En Derecho español, la finalidad esencial del concurso es la satisfacción *concursal* de los acreedores del deudor común⁴⁶. El deudor, en virtud del principio de responsabilidad universal, ha de satisfacer las deudas contraídas con sus bienes presentes y futuros

⁴⁵ Sea esto justo o no, no es tema del presente trabajo; ahora bien, el que realice afirmaciones como las que citábamos al iniciar este inciso debe ser consciente de lo que propugna. Este enfoque puede leerse en el trabajo de GONZÁLEZ BILBAO, E., «Identificación de los «intereses concurrentes» y del «interés del concurso» en la nueva Ley Concursal», pp. 294 ss., sobre todo 306 ss.

⁴⁶ *Vid.*, entre otros muchos, GONDRA, J. M., «Convenio y reorganización en la nueva Ley Concursal», p. 4596.

La satisfacción de los acreedores como objetivo del concurso es algo que ha ocurrido, desde los albores del Derecho concursal, en la mayoría de los Ordenamientos. *Vid.*, al respecto, ROJO, «Notas para la reforma», p. 515; es más, se puede afirmar de la práctica totalidad de las legislaciones concursales de los países de nuestro entorno y era ya algo presente en los estatutos de las ciudades-estado del medioevo italiano: *vid.* SANTARELLI, U., *Per un storia del fallimento nella Ettà Intermedia*, Padova, Cedam, 1962, pp. 3, 100 y, sobre todo, 322 ss. No se trata, sin embargo, de la única finalidad perseguida a lo largo de la historia. En ocasiones, el objetivo primordial era la salvación de la empresa y todo lo que a ella rodeaba: *vid.* RIESENFELD, «The evolution of modern Bankruptcy Law», *Minn. L. Rev.*, núm. 31, 1947, pp. 401 ss. En la teoría clásica, la liquidación de la empresa que había fracasado en el tráfico constituía algo saludable para el mercado; el procedimiento cumplía, así, una función de limpieza (*Reinigungsfunktion*). En el Derecho español vigente, sin embargo, y a falta de declaraciones expresas en tal sentido, los efectos macroeconómicos de la solución a las crisis se sitúan en segundo plano respecto de la satisfacción de los acreedores. Si se liquida, será porque convenga a unos acreedores ciertos de un deudor determinado, pero no porque con ello se depure el mercado de sujetos indeseables.

(arts. 1911 CC y 76 LC). Cuando entra en un estado de crisis económica general y no puede responder ante la pluralidad de sus acreedores se arbitra legalmente un proceso colectivo que constituye un mecanismo de reparto de pérdidas, desde la perspectiva de los titulares de créditos contra el insolvente, y un procedimiento pensado para la realización de su patrimonio, desde la posición del concursado. El concurso es, pues, un instrumento procesal diseñado para que se haga efectiva la «función de responsabilidad» del patrimonio de un deudor común (*Haftungsfunktion*), o, lo que es igual, el intento por satisfacer a los acreedores en la mayor medida posible. Es lo que se ha llamado autorizadamente la «función solutoria» del concurso de acreedores⁴⁷.

La Exposición de Motivos hace referencias expresas a la tutela de los acreedores como finalidad principal del concurso. Al analizar los cambios sistemáticos en el procedimiento, se señala que «[...] *La unidad del procedimiento [...] se consigue en virtud de la flexibilidad de que la Ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso*». Posteriormente, al exponer las líneas generales del convenio señala que «[...] *la Ley fomenta (el convenio) con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo*». De estas palabras tan sólo pueden extraerse dos ideas: 1) que la finalidad más importante del concurso es satisfacer a los acreedores; 2) que no es el único objetivo (pues habla de «finalidad esencial»)⁴⁸.

3.3.3.2 *La necesidad de concreción: los conflictos entre acreedores (remisión)*

Estas afirmaciones adolecen de insuficiente concreción para el presente análisis. Los acreedores son una pluralidad heterogénea que se sitúa en posiciones relativas distintas en el seno del procedimiento. La mayor satisfacción de un acreedor, incluso dentro del concurso, normalmente supondrá la menor satisfacción de los otros.

⁴⁷ *Vid.* Rojo, A., en Uría/Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, 2.^a ed., Madrid (Civitas) 2006, t. II, pp. 895 ss.

⁴⁸ En el Derecho derogado, la Exposición de Motivos del Código de Comercio añadía una finalidad: «[...] no debe olvidarse que la legislación de concursos tiene por principal objeto impedir que los comerciantes abusen de su crédito, que es el alma del comercio, y que comprometan irreflexivamente los capitales ajenos [...] Consecuente el Proyecto con la idea de castigar el fraude donde quiera que esté [...].» Hijo de su tiempo, el Código de 1885 muestra una gran preocupación por la sanción a un sujeto considerado como ignominioso por haber causado un daño a la sociedad. Esta orientación ha desaparecido como tal, lo que se demuestra por la subjetivización de las sanciones al deudor, que sólo acontecen ante comportamientos reprobables.

Pero, además, la regla inicialmente enunciada es insuficiente para cumplir su principal función: servir como instrumento interpretativo de la Ley Concursal y como criterio para que los órganos del concurso (y, paradigmáticamente, la administración concursal) resuelvan todos los conflictos que surjan en el seno del concurso. El órgano de administración despliega una actividad compleja, donde la gestión de un patrimonio empresarial y la gran cantidad de intereses que confluyen sobre la situación de crisis económica exigen una mayor precisión en los fines perseguidos. Es necesario desentrañar cómo deberá interpretarse la Ley y cómo deberán actuar los administradores concursales para satisfacer a esos acreedores; y será necesario precisar cómo se satisfará a esos acreedores.

El primer punto se aborda detalladamente en los apartados siguientes. Sin embargo es necesario realizar una precisión en este lugar: a la hora de analizar la posición jurídica de los acreedores y, por tanto, a la hora de establecer cuándo una actuación va en pos de su mayor satisfacción, debe tomarse en consideración *exclusivamente* su situación *como acreedores concursales*. Los órganos del concurso sólo procuran los intereses de los *acreedores en cuanto acreedores concursales*, es decir, aquellos intereses delimitados por la pretensión reconocida en el concurso⁴⁹. Los intereses individuales ajenos al concurso de cada uno de los titulares de créditos insinuados son indiferentes para la concursal. Así, por ejemplo, la administración concursal no está en ningún caso obligada a entrar en relaciones con un proveedor determinado porque ello beneficie a uno de los acreedores, por mucho que éste tenga la mayoría de los votos en la junta. La posición extraconcursal de los participantes en el procedimiento es ajena al «interés concursal».

El segundo punto está resuelto categóricamente por la Ley. La satisfacción final de los acreedores a través del reparto del dividendo se hará a través de una serie de criterios legalmente establecidos y que, en el Derecho español vigente, y en contra de lo que señalaba el § 3 de la *Konkursordnung* alemana, no toman como elemento central la satisfacción proporcional o *par condicio*⁵⁰. La Ley Concursal establece imperativamente una jerarquía a través de la clasificación de los créditos. Por todo ello, no puede afirmarse que la finalidad del concurso sea *la mayor satisfacción posible de los acreedores, sino la mayor satisfacción de algunos, en detrimento de otros, según un sistema de reparto legalmente establecido*.

⁴⁹ Para el Derecho italiano, expresamente, RIVOLTA, C., *L'esercizio*, pp. 123 ss.

⁵⁰ La aplicación de la *par condicio* queda reducida a los acreedores ordinarios y al seno de cada categoría en los acreedores privilegiados y en los subordinados. Respecto del principio de proporcionalidad, *vid.* GARRIDO, J. M., *Garantías reales, privilegios y par condicio*, pp. 97 ss.

3.3.4 EL «INTERÉS CONCURSAL» Y EL TRATAMIENTO DE INTERESES DISTINTOS AL INTERÉS DE LOS ACREDITADORES

La lectura de la Ley Concursal permite apreciar la existencia de otros sujetos protegidos y la persecución de otras finalidades ajenas a la satisfacción de personas concretas. A continuación exponemos, ordenadamente, los distintos supuestos.

3.3.4.1 *Otros intereses subjetivos protegidos*

1. No pueden dejarse completamente de lado los intereses del concursado, que es una de las partes del proceso. Como es bien sabido, el deudor común, con la apertura del procedimiento concursal no pierde la titularidad del patrimonio; se ve sometido a una prohibición de administrar y disponer y sufre una serie de efectos restrictivos en la esfera personal (deberes de colaboración, interdicciones, etc.), en beneficio del mejor desarrollo del concurso. Precisamente el hecho de no perder la titularidad de los bienes y derechos que forman la masa activa permite afirmar que le corresponde una legítima expectativa al remanente y, en su caso, a la continuación de la actividad empresarial una vez clausurado el procedimiento. Estos legítimos intereses, que en buena medida se articulan a través de una serie de facultades defensivas y de control en el seno del procedimiento (impugnaciones, presencia en ciertos trámites, legitimación paralela en el foro, capacidad de propuesta, etc.), deben también ser tenidos en consideración por los órganos del concurso en la medida en que forman también parte del «interés concursal». Puede afirmarse, pues, que *la finalidad concursal consiste en la mayor satisfacción de los acreedores según el orden legal y, subsidiariamente, y en la medida de lo posible, en la tutela de los intereses patrimoniales del deudor común*.

2. Existe otro grupo de interesados en el resultado del procedimiento, cuyos componentes presentan un contenido heterogéneo: los acreedores concursales a título individual, es decir, no como titulares de crédito reconocido en el concurso, por ejemplo, los trabajadores y el interés que normalmente tendrán en la conservación del puesto de trabajo (arts. 100.2, 148, 149, etc.); los empresarios dependientes, o, más ampliamente, un sector de actividad estratégico (art. 100.1, segundo inciso), etc. La inclusión de estos sujetos en el «interés concursal» es también posible, pero a un nivel muy reducido, pues bien ocupan un puesto residual en la jerarquía de intereses, bien se limitan a supuestos muy concretos.

3.3.4.2 La protección del interés público

La Ley Concursal incluye igualmente una serie de objetivos de «orden público»: la protección del tráfico, en general, y del mercado, en particular, cuando prevé la extinción de las personas jurídicas que hayan liquidado la totalidad de sus bienes, sin haber satisfecho con ello a todos los acreedores (art. 178.3 LC)⁵¹; y, sobre todo, la Ley persigue la defensa del interés público a través de la sanción de determinados comportamientos reprobables del deudor (arts. 167 ss., entre otros).

El Derecho concursal vigente ha eliminado el afán sancionador del sistema derogado, subordinándolo al interés de los acreedores y de los restantes interesados. Así, ya no impide el convenio cuando el deudor persona física haya observado un comportamiento merecedor de reproche, como hacía anteriormente el Código de comercio para los supuestos de quiebra fraudulenta. Aquella regulación proscribía taxativamente el acuerdo en estos supuestos, aunque éste hubiese sido muy favorable para los acreedores⁵². Pero quizás donde mejor se aprecie la voluntad de «sacrificio» del «interés público abstracto» (la sanción de posibles comportamientos reprobables y, por tanto, la protección del mercado) a favor del «interés público concreto» que representa el «interés concursal» se aprecie en el artículo 163.1-1.º de la Ley Concursal. En el mismo se establece que la pieza de calificación sólo se abrirá cuando el procedimiento concluya con la liquidación o con un convenio con quitas superiores a 1/3 o con esperas mayores de 3 años. Es decir, si un deudor ha causado un daño «pequeño» a sus acreedores, el Ordenamiento jurídico «mira hacia otro lado» y no abre la pieza destinada a depurar responsabilidades⁵³. Se trata de una norma destinada a adelantar el momento en que se abre el concurso y, con ello, conseguir una mayor satisfacción de los acreedores.

3.3.5 LA REALIZACIÓN DEL «INTERÉS CONCURSAL»: LA JERARQUIZACIÓN ENTRE LOS DISTINTOS INTERESES INCLUIDOS EN EL CONCEPTO

Se hace necesario establecer los criterios que deberán seguir los órganos del concurso para solucionar los *conflictos de intereses*

⁵¹ La finalidad es evitar que continúen en el tráfico, como si de un fantasma se tratase, aquellas personas jurídicas vacías de patrimonio que sólo pueden causar perjuicios al tráfico. Detrás de esta previsión legal quizás se encuentre, también, un cierto interés legislativo por completar la tarea de «purificación» del mercado.

⁵² Esta regla de la quiebra no debe confundirse con las prohibiciones legales a presentar convenio anticipado del concurso actual (art. 105 LC). Es cierto que no todo deudor puede acceder al trámite, pero no lo es menos que se trata, en buena medida, de un beneficio procesal, pues nada le impide repetir la propuesta en un convenio ordinario.

⁵³ Naturalmente, estas afirmaciones son sólo válidas para las actuaciones antijurídicas del ámbito civil. Las eventuales responsabilidades penales o tributarias son exigibles con total independencia del resultado final del concurso de acreedores.

que surjan entre los distintos sujetos implicados en la insolvencia. Como veremos, el criterio básico debe ser el de la *estricta jerarquía piramidal: el conflicto entre dos grupos de interesados* (acreedores de la masa frente a acreedores concursales; acreedores privilegiados frente a los demás acreedores; acreedores ordinarios frente a subordinados; ordinarios y subordinados frente a la deudora –*rectius*, frente a los socios–; etc.) *deberá solucionarse siempre a favor del que ocupa un lugar más alto en la pirámide jerárquica*. Ahora bien, esta regla es más fácil de enunciar que de llevar a la práctica, dadas las múltiples aristas del conflicto intersubjetivo inherente a todo concurso. Es necesario comenzar por tener en cuenta variables esenciales, como el riesgo, que matizan la aplicación estricta del método piramidal.

3.3.5.1 *El riesgo y los conflictos entre «grupos» de interesados*

1. Toda decisión que se adopte en el concurso y que encierre un mínimo grado de riesgo plantea el problema del conflicto entre interesados en todo su esplendor. Una sencilla pregunta clarifica esta afirmación: ¿debe realizarse una actuación con un 60% de probabilidades de éxito, sabiendo que, si sale bien, incrementa la masa activa en un 15% y, si fracasa, la reduce en igual porcentaje? Es evidente que la respuesta será distinta dependiendo de a quién se la formules (cuanto más alto en la jerarquía, más negativa será la actitud, y viceversa). Pues bien, esta disyuntiva es la que proponemos resolver en los epígrafes que siguen. Para ello comenzaremos por analizar la situación ante actuaciones de administración de la masa, para luego hacerlo a través de decisiones «estáticas» (por ejemplo, ofertas de compra de la empresa).

2. La solución a esta cuestión la planteamos, inicialmente, con una enunciación sencilla: *al adoptar decisiones de riesgo con la finalidad de incrementar la masa activa, los órganos del concurso han de actuar como un técnico que adopta decisiones técnicas sin trascendencia subjetiva*. Es decir, las diferencias jerárquicas entre distintos grupos de interesados *no debe trascender a la actividad del órgano de administración del concurso* (ni, *a fortiori*, en las decisiones del juez sobre aquéllas). La separación entre la mayor satisfacción de los acreedores y el provecho exclusivo de algunos se da sólo en la fase de reparto del dividendo, pero *en ningún caso debe ser tenida en cuenta por la administración concursal en el ejercicio activo de su función*. Es decir, sea cual sea el sistema final de reparto, el «interés concursal», al menos en lo que concierne a su virtualidad como mandato imperativo para los admi-

nistradores concursales, se concreta en la búsqueda de *la mayor satisfacción de los acreedores como unidad, sin distinciones* (como si «sólo hubiera un acreedor»).

En su comportamiento anterior al reparto, la administración concursal, aunque sea consciente de la existencia de preferencias entre acreedores, no puede en ningún momento actuar como si ello tuviese relevancia. Así, por ejemplo, el hecho de que los créditos de los trabajadores tengan un privilegio o que deba pagarse a los acreedores de la masa en prededucción no quiere decir que la administración concursal, en el desarrollo de la administración, deba tener presentes los intereses de estos en mayor medida.

3. Al establecerse un criterio escalonado de reparto, en el que unos cobrarán con anterioridad a otros, la posibilidad de que se dé un *conflicto de intereses* entre los distintos grupos de acreedores es alta. En la gran mayoría de los supuestos no habrá suficiente patrimonio para satisfacer íntegramente a todos los acreedores. Por ello aquellos acreedores que se encuentren entre los primeros en la escala de pago (los acreedores de la masa) o en la recepción del dividendo (los acreedores privilegiados, por ejemplo) tendrán mayor interés en una administración especialmente conservadora. Por el contrario, los titulares de créditos situados en lo más bajo del «escalafón» preferirán la adopción de políticas administrativas arriesgadas que aumenten su expectativa de cobrar algo. En el primer caso, los acreedores no tienen nada que ganar y, en el segundo, nada que perder. Este conflicto se da a todos los niveles, y a medida que la masa activa sea más pequeña en relación con la pasiva, se dará entre acreedores con la pretensión a mayor nivel en la escala de cobro.

Los posibles conflictos señalados suelen encuadrarse en dos grupos: en primer lugar, el que acontece entre acreedores concursales (simplificando, privilegiados contra ordinarios); en segundo, el que surja entre estos últimos y los acreedores de la masa.

En el primer supuesto, la aplicación de la regla antes enunciada lleva a la conclusión de que la administración concursal, a la hora de decidir si lleva o no a cabo determinada actuación, *deberá valorar el riesgo como si todos los acreedores fuesen a beneficiarse o a ser perjudicados por igual*. Habrá, pues, de aplicar un nivel de riesgo acorde con la situación, pero sin reducir ni aumentar el nivel medio exigible a los gestores concursales por el hecho de beneficiar a una o a otra clase de acreedores.

El segundo supuesto, a nuestro modo de ver, debe recibir idéntico resultado, aunque no pueden ignorarse sus especialidades. Se da cuando el concurso tiene un patrimonio tan –relativamente–

escaso que el *conflicto se plantea entre los acreedores concursales en mejor posición y los acreedores de la masa*. Puede argumentarse que una mayor protección de estos sujetos, o, traducido al supuesto en estudio, un especial cuidado a la hora de actuar por la administración concursal, asumiendo un nivel de riesgo menor que el normalmente exigido, acabará redundando en un beneficio para los acreedores concursales porque los sujetos del tráfico estarán dispuestos a contratar con el gestor de un deudor concursado en mejores condiciones (puesto que, se afirma, la onerosidad de las condiciones del negocio jurídico va en función del riesgo)⁵⁴. El argumento, de escaso peso, no parece suficiente para modificar el estándar de comportamiento de los administradores concursales⁵⁵. Cuando un sujeto contrata con la administración concursal sabe, porque ésta ha actuado *en su condición de órgano*, que la contraparte en el negocio jurídico está en situación de insolvencia. Si ello no le parece suficiente siempre puede exigir un derecho de garantía (algo que la administración concursal, con la concurrente anuencia –en su caso– del juez, estaría en perfectas condiciones de pactar si con ello se beneficia al «interés del concurso»). Y es que, en fin, el sujeto que se relaciona con la masa no tiene ningún motivo para esperar un comportamiento distinto al que podría esperar de cualquier otro sujeto en el tráfico: puede exigir que la contraparte no asuma riesgos que excedan el normal desarrollo de su actividad, nivel de riesgo que ha podido calcular él mismo con anterioridad⁵⁶.

⁵⁴ La razón última que subyace a esto es la propia esencia de las deudas de la masa. Éstas se cobran en prededucción porque se incurre en ellas precisamente en beneficio, siquiera mediato, de los acreedores concursales: v. BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, Zaragoza-Bolonia, *Studia Albornotiana*, 1986, pp. 51 ss., *passim*. El razonamiento es sencillo: si el riesgo se dejara recaer sobre los acreedores de la masa, nadie querría contratar con la administración concursal y, a la larga, saldrían perdiendo los acreedores del deudor concursado.

⁵⁵ De hecho, uno de los temas «clásicos» en la responsabilidad de los administradores versa sobre el posible deber de resarcimiento del órgano ante los acreedores de la masa por el impago de sus créditos (v., en detalle, TIRADO, I., *Los administradores concursales*, pp. 716 ss.). Es decir, en el fondo, la solución a este problema depende de la solución que se dé a la forma de actuar de los administradores y al nivel de riesgo que han de asumir.

⁵⁶ El problema se identifica con los «costes de agencia» generados por lo que la ciencia jurídico-económica –originariamente, al hilo del análisis de los seguros– ha denominado «riesgo moral» (o, de manera más imprecisa, «azar moral», *moral hazard*; al respecto, v. el origen del análisis en Ross, «*The economic theory of agency: the principal's problem*», en Am. Ec. Rev., núm. 63, 1973, pp. 134 ss.; en la literatura española, v., por todos, ARRUNADA, B., *Teoría contractual de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 141 y GARRIDO, J. M., *Garantías*, pp. 37 ss.). Se trata de un comportamiento «estratégico» del deudor en un negocio jurídico: éste, tras haber obtenido crédito en determinadas condiciones, con base en las cuales se ha determinado el nivel de riesgo y, consecuentemente, los tipos de interés de la operación, decide variar su comportamiento realizando actividades que incorporan un nivel de riesgo mucho mayor. Sin duda una de las maneras de reducir este «riesgo moral» pasaría por reconocer la existencia, para la administración concursal, de una obligación de actuar de manera especialmente conservadora. Pero, ciertamente, se trata de una posibilidad innecesaria y perniciosa. Los acreedores de la masa están suficientemente protegidos por el

Aceptar otra solución abocaría a la administración concursal a observar necesariamente un comportamiento excesivamente conservador, limitando artificialmente sus posibilidades de actuación y podría acabar por producir un perjuicio extraordinario a los acreedores concursales.

4. Los administradores han de observar una administración «conservativa» del patrimonio concursal, acomodando su actividad a unos niveles de riesgo reducidos. Los administradores concursales son un órgano «transitorio», como tantos otros órganos de administración que se hacen cargo de masas patrimoniales de destino. Esa transitoriedad y, sobre todo, ese destino, hacen que su actividad de administración patrimonial esté *predeterminada*. No es lo mismo la administración de una masa patrimonial *in bonis* que la administración de un patrimonio insolvente⁵⁷. En el caso de concurso, el órgano de administración administra un patrimonio empresarial en funcionamiento, con todas las especialidades que ello conlleva, y, además, se trata de la administración de un patrimonio destinado, en una momentánea situación de «congelación» (hasta que se decide su destino: convenio o liquidación), lo que, también, trae sus consecuencias. La administración concursal debe partir del riesgo propio de las circunstancias, es decir, de la situación concursal, en sentido amplio, y del tipo de concurso, más en concreto⁵⁸.

La conservación de un patrimonio empresarial no es igual que la conservación de un conjunto inconexo de bienes. La «conservación» de una masa patrimonial siempre implica la conservación del «valor». Como muy bien entiende la Ley, la primera medida para mantener el «valor» de una empresa es, salvo en casos excepcionales, mantenerla en funcionamiento. El funcionamiento de una empresa implica una gestión ordinaria, es decir, el mantenimiento de la misma actividad que se iba desarrollando. Pero, además de los ámbitos directamente «heredados», en la actividad empresarial surgen siempre «oportunidades de negocio». La valoración de una empresa, aunque tenga una duración limitada, se basa, fundamentalmente, en las perspectivas de futuros rendimientos, y esto no puede obviarse.

Esto se comprende mejor adoptando la perspectiva de los acreedores, que es, a fin de cuentas, la que aquí interesa. Cuando los acreedores concedieron crédito al deudor solvente, previsiblemente, lo hicieron adoptando una decisión racional. Los acreedores asumieron un riesgo que, en principio, ninguno

sistema de prededucción, las posibilidades de «autodefensa» que estaban en su mano a la hora de contratar con la administración concursal y, en fin, con el desarrollo de un nivel de riesgo normal por parte del órgano concursal.

⁵⁷ En un supuesto normal del primer tipo, los administradores llevarán a cabo su actividad con una perspectiva temporal indefinida y persiguiendo el fin asignado según las características de la masa que administran. Cuando este supuesto consiste en una actividad empresarial, se actúa con ánimo de lucro, normalmente con una perspectiva temporal indefinida, y se administran los factores de producción de acuerdo con las reglas del mercado. Esto implica tanto la realización de inversiones (aunque sean de mantenimiento) como el funcionamiento continuado para, así, captar activos que, en caso de paralización, se perderían. Por el contrario, por poner otros ejemplos de administraciones transitorias, el tutor del incapaz o el ejecutor testamentario llevarán a cabo una labor de administración estrictamente conservativa: administrarán para mantener el valor del patrimonio en tanto se recobra la capacidad o se distribuye la herencia.

⁵⁸ Así, en caso de concursado no empresario, el riesgo *debe ser algo inferior* al del no empresario *in bonis*; cuando hay una empresa en marcha, el riesgo debe ser inferior al del no empresario solvente, pero superior al que podría asumir un concurso no profesional o empresarial.

debería obligar a alterar. Piénsese, por ejemplo, en el caso que se pretende como «paradigmático» de concurso: el de una sociedad que tiene dificultades pero que puede sanar. En esos casos, la alteración del nivel de riesgo en la gestión patrimonial es una alteración de las condiciones inicialmente pactadas y, por tanto, ha de justificarse (*moral hazard*). En realidad ese «riesgo moral» se da para algunos acreedores y no para otros. Los acreedores que tengan una mejor posición de cobro (un privilegio, por ejemplo) esperan una actuación estrictamente conservadora, mientras que los restantes preferirían una actividad con un elevado nivel de riesgo. Ambas situaciones se radicalizan cuando mejor sea su situación, en el primer caso, o más postergada, en el segundo. *La solución no está con unos ni con otros*. Los mejor situados no pueden solicitar una actividad especialmente conservadora porque ya tienen su propia garantía. Los ordinarios no pueden esperar un alto riesgo, pero sí tienen derecho a que no se les modifique enteramente la situación objetiva sobre la que adoptaron la decisión de conceder crédito. Los acreedores ordinarios concedieron crédito a «una empresa», y, por tanto, pueden esperar legítimamente que el deudor siga desplegando, al menos mínimamente, la misma actividad que desarrollaba, pues el riesgo que asumió el prestamista se basaba en expectativas que se correspondían con un comportamiento esperado.

Como se ha señalado, los administradores han de intentar *maximizar* el valor del patrimonio concursal, para lo cual cuentan con posibilidades restringidas (dificultades en el acceso al crédito, situación informativa confusa, posible sector con problemas, etc.). Ante esta situación, la labor de maximización debe hacerse con un nivel de riesgo bajo, pero, a nuestro modo de ver, *baja tasa de riesgo no significa tasa nula*. Si se impide todo riesgo, es decir, si los administradores no pueden realizar nada que no sea la mera y automática suplantación de un bien por otro del mismo valor, o por otro que permita mantener el valor de uno de los bienes⁵⁹, estamos *disminuyendo el valor de la empresa, justo lo contrario que queríamos hacer*. A nuestro modo de ver, los administradores concursales no solo pueden comprar un inmueble que, con altas cotas de probabilidad, se va a revalorizar brevemente, o participar en una oportunidad de mercado de bajo riesgo, sino que *deben hacerlo* (de lo contrario incumplirían el deber de administración diligente de la masa). En muchas ocasiones, la pérdida de una oportunidad de negocio hace inviable el futuro de una empresa (por ejemplo, si se pierde una oportunidad especial de renovación de bienes de equipo, con la consecuencia de la obsolescencia de la empresa). En esos casos, la inactividad de los administradores dificultará en gran medida el convenio o, sobre todo, la liquidación por ramas de actividad. No haber querido invertir supone lo contrario de conservar. Dónde está la tasa de riesgo es algo que no puede determinarse con exactitud. *El concursado debe mantenerse en inversiones que tengan una tasa de riesgo baja, aunque el rendimiento esperado también lo sea*. Aun a riesgo de simplificar excesivamente, valdría decir que, al adoptar decisiones de inversión, los administradores han de optar por invertir en proyectos que tengan una probabilidad alta, aunque la ganancia esperada sea menor.

Esta interpretación se sustenta, en fin, en la propia literalidad de la Ley Concursal. El artículo 43 establece que, «[...] en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa se atenderá a su conservación *del modo más conveniente para los intereses del concurso*». Si la Ley

⁵⁹ Contra, sin embargo, MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 43», en Rojo-Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid (Civitas) 2004, t. I, p. 891.

persiguiese una estricta conservación, no se entiende la segunda parte de la frase. El precepto no se contenta con señalar que «se atenderá a su conservación»; al hacer referencia al «modo más conveniente para los intereses del concurso» se está dejando abierta la posibilidad de realizar aquello que, dentro del contexto propio de la insolvencia, convenga al concurso. Por esta puerta «entran» las posibilidades de inversión. De lo contrario ambos términos del precepto pueden ser contradictorios: puede que se dé una situación en la que «conservar», en sentido estricto, no sea «lo más conveniente» para el concurso. La conservación es el punto de partida; la conveniencia, la finalidad especial que permite salirse del «corsé» inicial de la actividad.

5. Las reflexiones de los números anteriores de este apartado aportan igualmente las claves para resolver los conflictos de intereses que se produzcan entre acreedores, cuando el riesgo en la toma de decisiones (en este caso de la administración concursal y, a través de la preceptiva autorización, del juez) no venga necesariamente referido de modo directo a la administración de la masa activa. En estos casos, tomando como presupuesto las perspectivas favorables de la operación escogida y la existencia de un nivel de riesgo bajo, la decisión ha de adoptarse, una vez más, «como si sólo hubiera un acreedor», con criterios estrictamente técnicos de maximización patrimonial⁶⁰. Un ejemplo resultará ilustrativo.

La sociedad A, dedicada a la fabricación de colchones, se encuentra en concurso de acreedores. Para simplificar el ejemplo asumimos que sólo hay dos tipos de acreedores: los acreedores con privilegio general, a los que se debe un total de 120.000 euros; y los acreedores ordinarios, cuyos créditos suman más de 300.000 euros. Para reducir aún más las variables suponemos que hay un solo administrador concursal (Ticio) y que el procedimiento se encuentra en fase de liquidación⁶¹. A Ticio se le han acercado dos compañías interesadas en la posible adquisición de la empresa insolvente. Las ofertas tienen las características siguientes:

— Operación 1: realizada por «X, S.A.», un importante distribuidor de muebles que considera la posibilidad de producir su propio material; se ofrece la entrega en efectivo de 100.000 euros;

⁶⁰ Como ya se señaló, la reforma de la legislación concursal británica impulsada por la *Enterprise Act 2002* establece el *insolvency practitioner* a cargo del procedimiento de *administration* ha de tomar las decisiones *«in the interest of the creditors as a whole»*. Esta expresión, que quiere decir que ha de decidirse «como si sólo hubiera un acreedor», supuso un cambio muy importante respecto al Derecho anterior, en el que el administrador era normalmente nombrado por un banco (el titular de una garantía general sobre el patrimonio *-floating charge-*) y sólo tenía deberes fiduciarios hacia el mismo. Antes de la reforma, pues, ante un conflicto entre el acreedor con garantía general y los demás acreedores, la decisión debía considerar únicamente el interés de aquél. La nueva normativa ha alterado esta situación –estos deberes de conducta de los órganos concursales– y se interpreta en el mismo sentido que el propuesto en el texto (al respecto, v. las consideraciones y ejemplos de ARMOUR, J./MOKAL, R., *«Reforming the governance of corporate control»*, pp. 28 ss.).

⁶¹ En esencia, el ejemplo sería igualmente válido para el supuesto de que el procedimiento se encontrase en la fase común o en la fase de convenio.

el oferente es un empresario de gran solvencia y conocida seriedad y, por tanto, la operación no tiene incertidumbre, aunque para ello debe realizarse con presteza.

— Operación 2: realizada por «Y, S.A.», un competidor agresivo que quiere aprovechar las sinergias de ambas producciones; Ticio calcula que podría llegar a conseguir hasta 180.000 euros de este oferente; la volatilidad del mercado en el momento de la posible operación y otra serie de circunstancias hacen que la operación no sea segura.

Aunque llevará unas cuantas semanas, pues «Y, S.A.» necesita hacer sus comprobaciones, Ticio calcula que hay un 65% de probabilidades de éxito en la negociación en la operación 1 (y, por tanto, de un 35% de fracaso). Ahora bien, si fracasa esta operación, es casi seguro que «X, S.A.» retirará su oferta, ya que ésta se produce ante la acumulación de un importante remanente de caja que, transcurrido el tiempo, se destinaría a otros usos. Si fracasan ambas operaciones, Ticio calcula que podría liquidar los bienes y derechos de la compañía por un máximo de 40.000 euros. ¿Qué debe hacer Ticio (y el Juez, ante la solicitud de autorización de aquél)? Analicemos los valores esperados de la operación, desde una perspectiva objetiva, primero, y desde una subjetiva (según los acreedores por clases), después. Para ello se deberán multiplicar las probabilidades de acaecimiento del suceso por el valor esperado del mismo.

— Desde una *perspectiva objetiva*, el valor esperado de la operación 2, teniendo en cuenta los réditos esperados y la incertidumbre, es el siguiente: [la probabilidad de que se cierre la operación 2 por el rendimiento esperado de la operación, más la probabilidad de que no ocurra multiplicada por el rendimiento esperado del fracaso en la operación] $0,65 \times 180.000 + 0,35 \times 40.000 = 131.000$ euros. Sin embargo, el valor de la operación 1, que no tiene incertidumbre, es de 100.000. Según esta perspectiva, pues, la administración concursal debería intentar cerrar la operación 2, aunque ello le supusiese arriesgar la pérdida de la opción 1 y tener que ir a una liquidación activo por activo y perder gran parte del valor de la masa, pues, analizado con una perspectiva técnica objetiva, una operación tiene un rendimiento esperado de 131.000 euros y otra sólo de 100.000.

— Si esta operación se analiza desde la *perspectiva subjetiva*, la cosa cambia. Bastará con estudiar la situación en que se encuentran los acreedores privilegiados ante la alternativa planteada. Para éstos, la operación 1 supone el pago seguro de 100.000 euros⁶². La operación 2, por el contrario, podría suponer la satisfacción completa de sus créditos, aunque con incertidumbre. Así, aplicando el método probabilístico anterior, los acreedores privilegiados

⁶² Pues, es evidente que a los acreedores ordinarios les conviene la operación 2, la que tiene riesgo, pues con la operación 1 el dinero obtenido con la transmisión de los activos iría íntegramente a parar a manos de los acreedores privilegiados.

giados tendrían, en la operación 2, el siguiente retorno esperado: $0,65 \times 120.000$ (pues es todo lo que se les debe) + $0,35 \times 40.000 = 92.000$ euros. En otras palabras, con la opción 1, los acreedores privilegiados tienen más posibilidades de satisfacer sus créditos en mayor medida que con la opción 2 (100.000 euros frente a 92.000 euros).

Pues bien, a nuestro modo de ver, la solución está en adoptar aquella decisión que maximice el valor de la masa, con independencia de los intereses subjetivos implicados. Ante el caso propuesto, la administración del concurso debería seguir las negociaciones para cerrar la segunda operación⁶³.

3.3.5.2 *La aplicación de los criterios para la solución de los conflictos: distinción preliminar*

Hay que diferenciar entre dos tipos de conflictos: los conflictos intersubjetivos (conflictos entre acreedores, entre acreedores y deudor, entre éstos y terceros) y los conflictos entre los interesados y el «interés público» (acreedores, deudor o terceros frente a la protección del mercado o la sanción de comportamientos reprobables). Como ya señalamos los primeros se solucionan aplicando una suerte de sencilla estructura piramidal, según la cual las distintas clases o grupos de interesados se ordenan jerárquicamente de modo estricto, de forma que todo conflicto concreto debe solventarse siempre en beneficio de aquel grupo que se encuentra en el estrato superior. Los segundos se solucionan siempre a favor del «interés público».

En este último punto se da una paradoja. El interés privado de los sujetos incluidos en el «interés concursal» se eleva a la categoría de «interés público» por el legislador. Esto se aprecia –como se ha ya señalado– en una cierta subordinación de la protección pública en sentido estricto (potestad sancionatoria del Estado, protección del mercado) ante los intereses de los privados afectados por la insolvencia del deudor en el tráfico (por ejemplo, no abriendo la sección de calificación en caso de convenio poco gravoso). Pero esta «renuncia» es parcial. El Estado no renuncia a su potestad sancionadora, por ejemplo. En aquellos casos en que establece una sanción pueden surgir conflictos con los acreedores. Cuando así sea, el conflicto se resolverá en detrimento de los particulares debi-

⁶³ Naturalmente, en la realidad práctica es difícil que se puedan calcular las probabilidades con tanta precisión, tanto por falta de datos como por falta de tiempo para analizar la disyuntiva. Por eso, en la mayor parte de los casos, los órganos del concurso optarán por la primera opción, que asegura un retorno aceptable para los acreedores de las escalas superiores.

do a la expresa tipificación de la sanción. El «interés del concurso» es un instrumento interpretativo, y, por tanto, su eficacia queda circunscrita a las reglas generales de interpretación. Cuando existe un precepto y la literalidad del mismo no admite más que una interpretación, ésta no puede ser ignorada, por mucho que ello perjudique a los acreedores.

En realidad, los conflictos entre el «interés público» en sentido estricto y el de los sujetos incluidos en el «interés concursal» son excepcionales y, por tanto, no se altera en gran medida la relevancia práctica de la conceptualización del «interés del concurso». Es más, en ocasiones, la «sanción» pública entraña naturalmente con la tutela de los intereses de los acreedores, como ocurre, de modo conspicuo, con la condena a la cobertura del déficit (*ex art. 172 LC*)⁶⁴.

3.3.5.3 *La «jerarquía piramidal» para solucionar conflictos intersubjetivos*

1. En primer lugar, en la cúspide, se sitúan *los acreedores concursales del deudor, en su condición de tales* (acreedores de la masa, acreedores concursales). Los administradores del concurso, a través de la maximización del valor de la masa activa tienen como objetivo principal la satisfacción, en tanto como sea posible, de los intereses de los acreedores, cuya magnitud y posición jurídico-concursal se cuantifica en el reconocimiento y calificación realizadas en el concurso. La medida en que cada uno de los créditos es receptor del «dividendo» obtenido es algo predeterminado por la normativa y, por supuesto, la administración concursal debe respetar el sistema de reparto, no alterándolo –es decir, sin «preferir» a unos acreedores sobre otros⁶⁵.

2. En segundo lugar se sitúa el otro participante en el procedimiento, el *deudor común*. Sus intereses deben ser tomados en consideración y, en buena medida, la satisfacción de los mismos está «alineada» con la satisfacción de los acreedores «en cuanto tales»: al satisfacer el crédito se reduce, en igual proporción, la deuda. Incluso la expectativa de continuidad del deudor se sitúa en términos pacíficos con la satisfacción del nivel anterior, pues si la empresa sigue viva es porque se han satisfecho los créditos o se ha llegado a un convenio en tal sentido (y parece lícito presumir que los acreedores no han concluido un convenio que les perjudique).

⁶⁴ Ello, claro está, si se entiende que el citado precepto incluye una condena de naturaleza sancionadora.

⁶⁵ Algunos ejemplos de conflicto entre acreedores han sido ya expuestos en los apartados anteriores.

Fuera de estos supuestos de interés paralelo, cualquier conflicto de interés «concursal» entre los acreedores y el deudor debe resolverse en beneficio de aquellos⁶⁶. Sin embargo, si no existe un verdadero conflicto, la administración concursal tiene la obligación de tomar en consideración al deudor. *El órgano concursal ha de abstenerse de realizar todo aquello que, sin beneficiar a los acreedores, perjudique al concursado.*

Piénsese, por ejemplo, en la siguiente situación: los administradores concursales se encuentran ante la disyuntiva de llevar o no a cabo una actuación que permitiría la rápida satisfacción de los acreedores pero, a su vez, impediría la supervivencia de la empresa, pudiendo retrasar este acto un tiempo sin causar daño a los acreedores. En este caso, según el enfoque aquí defendido, la administración concursal debería optar por esperar. Pero ello siempre y cuando, efectivamente, no hubiese duda razonable de la inexistencia de perjuicio para los acreedores, lo que debería naturalmente tomar en consideración los intereses del tiempo transcurrido entre que efectivamente se realiza la actuación y el momento en que pudo inicialmente hacerse: es decir, para entender que no hay perjuicio hay que tomar en consideración el valor del factor tiempo, lo que se debería hacer conforme a criterios objetivos de mercado (tipos de interés; no la valoración subjetiva de unos acreedores a los que puede convenir la celeridad por motivos extraconcursales, que no pueden ser considerados). En la práctica esto se podrá resolver así en no muchas ocasiones, puesto que la supremacía de los intereses de los acreedores obliga al órgano a actuar en favor de la masa pasiva si existe duda razonable sobre el acaecimiento de un posible perjuicio (*more likely than not*), algo que, en el ámbito de la economía, suele ser habitual (las decisiones en el mercado, por el número de imponderables, casi siempre implican un grado de riesgo).

El conflicto existente entre los acreedores y el deudor no tiene la misma naturaleza que el conflicto entre acreedores. La compañía (*rectius*, sus socios) han asumido el riesgo de pérdida de la inversión frente a los acreedores; esto, que no se da necesariamente entre los propios acreedores, es justo lo contrario que ocurre entre los acreedores y la sociedad: aquellos en ningún caso pueden aceptar que la incertidumbre de una operación se cargue sobre sus espaldas en –posible– beneficio de ésta. El «criterio objetivo» defendido

⁶⁶ Pero, conviene recordarlo una vez más, el interés del deudor queda subordinado al de los acreedores *en cuanto acreedores concursales*. Así, por ejemplo, si conviene a la masa activa la continuación temporal de la empresa, el interés del deudor en que se reduzca su pasivo sería superior al interés de los acreedores, aunque sea de todos ellos, en que se detenga la actividad por ser aquellos competidores del concursado.

para solucionar los conflictos entre acreedores no opera en el conflicto entre éstos y la compañía⁶⁷.

En todo caso, y como otra cara de la moneda, los órganos del concurso no podrán negarse a colaborar en una actuación que, sin ofrecer riesgo alguno para la masa, convenga al deudor (por supuesto estará también obligado si esa actuación beneficia inequívocamente a los acreedores, pero ello no porque deba tal conducta al deudor, sino a aquéllos)⁶⁸.

Piénsese, por ejemplo, la propuesta de realización de un aumento de capital ordinario, con nuevas aportaciones de fondos. En este caso, sólo puede producirse un beneficio para la masa y, en consecuencia, los órganos del concurso no podrían oponerse a promover la asignación de fondos para la convocatoria, celebración y ejecución del acuerdo⁶⁹. La coincidencia de intereses entre el deudor y los acreedores puede darse de manera frecuente en el ámbito de la administración de la masa⁷⁰.

⁶⁷ Nótese que la posición aquí defendida es coherente con el esquema jerárquico entre acreedores. En realidad, y dado que la continuación de la empresa sólo debe darse si con ello se obtiene un mayor retorno para los acreedores, lo que se está haciendo es poner a los accionistas (dueños jurídicos –ya no económicos– de la compañía) en la posición que les corresponde: acreedores residuales.

⁶⁸ Esto encuentra correspondencia con el hecho de que el desapoderamiento del concursado no va más allá de lo estrictamente necesario para facilitar la satisfacción de los acreedores. El deudor o, más concretamente, los gestores del mismo (normalmente el órgano de administración de la sociedad concursada), si continúan activamente al frente de la empresa, desarrollarán sus funciones con igual finalidad que antes: defender los intereses del empresario. La única diferencia radica en el hecho de que, por la situación de insolencia y el desapoderamiento, ya no podrán procurar la realización del objeto social sino que el objetivo que persiguen se ve imperativamente modificado. Desde la apertura del concurso y la determinación de la suspensión, su actividad se centrará en mejorar la posición del deudor en el seno del procedimiento y, en su caso, en intentar la supervivencia. Para ello podrán plantear todas las medidas que estimen necesarias, pero, en cuanto ello afecte en alguna medida a la masa activa –y, por tanto, a la pasiva–, la virtualidad de las facultades termina precisamente ahí, en la mera capacidad de propuesta. Incluso aunque sea muy improbable el acaecimiento sobrevenido de un daño para los acreedores, la valoración del riesgo corresponde exclusivamente a la administración concursal. Si se equivoca, en su caso, se le podrán exigir responsabilidades (art. 36 LC). Pero en tanto la actitud propuesta sea indudablemente favorable no sólo para el concursado proponente, sino también para los acreedores concursales, el administrador concursal no podrá negarse a llevar a cabo aquello que sea necesario para la realización del acto.

⁶⁹ Sobre el aumento de capital y su indubitable conveniencia, v. WEBER, F., en Jaeger, E., *Konkursordnung*, § 207, Anm. 31 c). En mayor extensión, v. TIRADO, I., «Síndicos y Administradores. Reflexiones en torno a la competencia del órgano de administración durante la quiebra de la sociedad de capital», *Ram* núm. 236, 2000, pps. 513 ss.

⁷⁰ Los conflictos pueden producirse en línea descendiente. Así, puede contraponerse el interés de la concursada con el interés de terceros (o con el interés general). Normalmente, en estos casos el interés de esos terceros no sólo se contrapondrá a la deudora, sino también a sus acreedores, cuyos intereses estarán pues, alineados. Piénsese en el caso siguiente: una proveedora de servicios (colocación de sillas para eventos) de una concursada con relevancia social (un club de fútbol, por ejemplo), con un crédito insinuado en el pasivo, ofrece la condonación del crédito insinuado a cambio de que la compañía insolvente le conceda un derecho de tanteo durante unos meses para la prestación del servicio. En este caso, la administración concursal no podría negarse a autorizar el acuerdo. El beneficio para la concursada y de los demás acreedores es evidente (la cancelación de un crédito), mientras que el perjuicio es inexistente (la oferente deberá igualar la mejor oferta

3. Por último, el tercer grupo de interesados que forman parte del «interés concursal» ocupa una posición postergada. La toma en consideración de las «pretensiones» de estos sujetos, con independencia del juicio que ello merezca, o no aparece en la Ley Concursal, o lo hace sólo en determinados casos muy concretos, ante actuaciones determinadas⁷¹.

3.1 Mención especial merece la situación de los trabajadores, en cuanto partes de una relación laboral (no como acreedores o, si se prefiere, como acreedores futuros). Es indudable que la Ley persigue la minimización en las pérdidas de puestos de trabajo, en la medida de lo posible. Esto se ve con claridad al fomentar –repetidamente– la continuidad de la empresa (en el convenio) o las enajenaciones en bloque (en el seno del convenio o de la liquidación). Ahora bien, se trata de soluciones que pueden adoptarse *en tanto beneficien paralelamente a los acreedores*, es decir, en tanto la continuación de la actividad (y, por ende, de los puestos laborales) permita un mayor retorno para los acreedores. Las enajenaciones en bloque o los convenios de continuidad se fomentan legalmente *porque suponen un alineamiento de los intereses de los acreedores (al mayor dividendo) con los intereses del deudor (a que se continúe su empresa) y con los de los trabajadores (a mantener su trabajo)*. Una interpretación distinta supondría, en realidad, una alteración del régimen de reparto del concurso, pues se estaría subsidiando al deudor y a los trabajadores por sus créditos futuros.

Precisamente por ello es necesario hacer una interpretación sistemática del artículo 149 de la Ley Concursal. En efecto, al establecer las reglas supletorias de la liquidación, la Ley señala que «[E]n caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra [...] siendo consideradas con carácter preferente *las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores*» (la cursiva es mía). El tenor literal es algo ambiguo. Ciertamente, una lectura rápida podría inducir a entender que el juez debe preferir el comprador que ofrezca 1 millón de euros y el mantenimiento de 100 puestos de trabajo al que oferte 2 millones y la continuidad de 70 trabajadores. Esta interpretación sería un tanto sorprendente, por cuanto alteraría todo el régimen legal de preferencias. Ciertamente se trataría de una previsión legal de alcance muy reducido, pues sólo

recibida por el club si quiere ejecutar el contrato). En este caso, el órgano del concurso no podría alegar, por ejemplo, la defensa de la competencia en el mercado para justificar una negativa (por mucho que ello fuese supuestamente en interés público).

⁷¹ Esto es así porque la normativa concursal, al menos en parte, parece identificar los «fines públicos» que subyacen a la creación legislativa del proceso concursal con los privados de las partes afectadas.

sería aplicable para el caso de que no se hubiese aprobado un convenio o un plan de liquidación. Pero, no por ello, deja de ser necesario despejar esta posibilidad. A nuestro modo de ver, debe realizarse una interpretación sistemática con el resto de la Ley⁷². No hay ningún motivo para entender que el legislador haya querido alterar un criterio tan claro e importante, en este supuesto residual. Además, la dicción legal permite entender que todos los intereses previstos en el texto (continuidad de la empresa, de los puestos de trabajo y la satisfacción de los acreedores) se sitúan en mismo plano. Se trataría, pues, de una mera enunciación de los intereses que deben tomarse en consideración. Así, ante dos propuestas con igual (o muy similar) satisfacción de los acreedores, deberá preferirse la que mantenga el mayor número de puestos de trabajo; pero ante una propuesta de satisfacción de los acreedores, el número de puestos de trabajo conservados ha de ser irrelevante. De lo contrario, el trabajo futuro de esos trabajadores se estaría pagando con el dinero de los acreedores de la compañía insolvente.

3.2 La propia esencia de la crisis empresarial y la importancia de los perjuicios que puede ocasionar han llevado al legislador a incluir un supuesto concreto, residual, en el que se puede intuir la defensa de intereses de terceros (*stakeholders*), ajenos a los del deudor y sus acreedores: negocios dependientes, tejido económico cercano geográficamente, etc.⁷³. La Ley Concursal permite, *excepcionalmente*, la superación de los límites al contenido esencial del convenio en caso de «empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía» (art. 100.1 inciso segundo). La autorización a superar los límites legales de la quita y de la espera corresponde actualmente en exclusiva al Juez del concurso⁷⁴. Estamos ante un supuesto que no afecta a la actuación de la administración concursal.

⁷² Contra, sin embargo, la autorizada opinión de BELTRÁN-MERCADER, «Reglas legales supletorias (art. 149)» en Rojo-Beltrán, *ComLC*, p. 2387.

⁷³ En el Derecho italiano, la *Legge fallimentare*, al menos según la interpretación que al artículo 90 ha dado buena parte de la doctrina (v., por todos, RIVOLTA, *L'esercizio*, pp. 143 ss.), prevé expresamente la toma en consideración de intereses ajenos a los acreedores concursales en lo que respecta al momento inicial de continuación de la actividad empresarial por parte del *fallito*. También aquí se sigue una jerarquización de intereses, de manera tal que sólo se podrá continuar el ejercicio de la actividad en beneficio de intereses ajenos cuando con ello no se dañe los de los acreedores.

Es llamativo que parte de la doctrina antigua (en realidad prácticamente contemporánea al sistema español derogado) señalase la necesidad de tener en cuenta, además de los intereses de los acreedores, los del deudor y los de las empresas dependientes: v. en Francia, RENOUARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, Bruselas, 1851, p. 251, BEDARRIDE, *Traité des faillites et banqueroutes*, París, 1866, 4 ed., t. I, pp. 333 ss. o LYON CAEN-RENAULT-AMIAUD, *Traité de Droit comercial*, París, 1934, 5 ed., t. VII, p. 624; en Italia, respecto del *Codice*, destacan las opiniones de BONELLI, *Del fallimento*, t. II, p. 174, MOSSA, «*La costanza del rapporto di lavoro nel fallimento dell'imprenditore*», Riv. Dir. comm., núm. 2, 1941, p. 430, CALAMANDREI, *Del fallimento*, Torino, UTET, 1883, t. II, p. 5 o NAVARRINI, *Trattato*, 2 ed., t. I, p. 209.

⁷⁴ Antes de la reforma operada por el RDL 3/2009 se exigía un informe justificativo de la «Administración económica competente».

Ésta, en ningún momento deberá llevar a cabo una actuación concreta en la que los intereses del deudor o del sector económico concreto en que éste opera deban ser preferidos sobre los de los acreedores. Es, además, un caso excepcional, que no puede extenderse a otros supuestos y, sobre todo, que no puede incorporarse al concepto del «interés concursal» como concepto jurídico complejo que sirve para concretar la finalidad de las instituciones legales.

Además, que se permita sobrepasar los límites del convenio no quiere decir, necesariamente, que se subordinen unos intereses sobre otros. Sólo implica la supresión de prohibiciones de contenido. Esta circunstancia únicamente implicaría una preferencia del deudor o del sector económico en que opera por encima de los acreedores si se aceptasen planes de continuación que supusiesen un pago a los acreedores de menos dividendo del que habrían obtenido en la liquidación. Y, además, no debe olvidarse que lo que se levantan son las restricciones al *contenido*, no a las mayorías de aprobación, con lo que una cantidad mayoritaria del pasivo habrá dado su consentimiento.

3.3.5.4 *El conflicto entre los intereses subjetivos y el interés público*

El conflicto entre el «interés público» general y el «interés público» particular (el representado por las partes implicadas directamente en el concurso) se produce en dos manifestaciones legales concretas: en la regulación sobre la clausura del concurso y en la sección de calificación.

1. La Ley concursal contempla la inevitable extinción de la sociedad una vez que se ha liquidado íntegramente el activo (art. 178.3 LC). Se pretende evitar la supervivencia de una compañía sin patrimonio –pero con deudas– que sólo podría suponer una distorsión del mercado. La cancelación registral se producirá automáticamente una vez comunicada la resolución de conclusión del procedimiento concursal. No existe excepción posible. El interés del mercado se superpone al interés que, en su caso, pudieran tener los accionistas a la pervivencia de la sociedad⁷⁵.

2. Mucho mayor interés tiene el supuesto de la calificación concursal. Puede llegar a darse un conflicto entre la función sancionatoria de la Ley Concursal y el interés de los acreedores (y, obviamente, del deudor implicado). En este punto, como se ha señalado

⁷⁵ En este caso, el conflicto es mínimo. En la práctica difícilmente los accionistas tendrán interés en mantener viva una sociedad que sólo tiene deudas.

más arriba, la Ley Concursal ha dado un firme paso adelante respecto de legislaciones anteriores, limitando los efectos represivos del concurso de acreedores al supuesto de comportamiento antijurídico del deudor (o de sus administradores). La sanción como finalidad del concurso se encuentra «debilitada» y subordinada a los intereses de los acreedores (que –de nuevo– no a los intereses del deudor, irrelevantes en este punto). Esta subordinación se produce con carácter general en el diseño legislativo y ello nos permite un cierto margen interpretativo de los preceptos sancionadores. En los supuestos marginales en que se dé un conflicto entre la sanción y la mayor satisfacción de los créditos concursales –y la norma dé lugar a la interpretación– debe primar esta última. Ahora bien, como se ha señalado, este margen interpretativo no puede servir para derogar un precepto cuya literalidad no admite alternativa. Es decir, si bien puede afirmarse que, valorando la Ley con carácter general, el legislador ha querido primar el interés de los acreedores, también debe aceptarse que no ha renunciando a la defensa genérica de lo que considera «interés público» (no subjetivo). Como modo de ejemplo, valga la suspensión de la condena a la inhabilitación para ejercer el comercio y administrar patrimonios si, con ello, se consigue cumplir en mayor medida el convenio concursal: es posible su suspensión, pero no su inaplicación.

La importante Sentencia de 11 de abril de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid (caso «Ediciones El Prado») constituye un ejemplo de aplicación jerárquica de los fines del concurso y ofrece una oportunidad inmejorable para analizar los límites interpretativos del concepto de «interés del concurso»⁷⁶.

En el supuesto resuelto por la Sentencia se abrió la sección de calificación como consecuencia de la aprobación de un convenio que superaba los límites establecidos por el artículo 163 de la Ley Concursal. El convenio preveía la continuación de la actividad empresarial y su cumplimiento se hacía depender del buen éxito de la misma. Al parecer, era indiscutido que la compañía tenía un fondo de comercio esencialmente subjetivo: el negocio dependía básicamente de la gestión del consejero delegado, persona de gran experiencia y reputación en el sector, sin cuya participación la continuación de la empresa corría serio peligro. La Sentencia calificó el concurso de culpable y resolvió que el consejero delegado era una de las personas afectadas por la calificación; sin embargo, en la misma se suspendió la aplicación de la inhabilitación a este último alegando el superior interés de los acreedores al cumplimiento del

⁷⁶ La Sentencia entera puede leerse en el *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 15, 2008, pp. 381 ss., donde se encuentra reseñada y comentada por la profesora GUILARTE, C. (pp. 386 ss.).

convenio, sobreponiendo, con ello, el interés de los acreedores al interés público de sancionar conductas antijurídicas⁷⁷.

La Sentencia identifica el conflicto entre las distintas finalidades legales y realiza una jerarquización estricta. Para el Juez, la sanción (finalidad jurídica tutelada de modo subsidiario) se contrapone a la aprobación de un convenio (objetivo intermedio) y, en última instancia, a la satisfacción de los acreedores en el modo en que ellos han decidido (finalidad legal principal). Ante semejante conflicto, deben primar aquellas finalidades que ocupan un escalón superior en la jerarquía valorativa de la Ley Concursal.

Estamos ante una resolución sin duda valiente, que se apoya en la finalidad (es decir, aunque no lo mencione, en el «interés concursal») para interpretar *rectius*, para inaplicar la Ley Concursal; pero sólo se apoya, no fundamenta la resolución simplemente en la finalidad⁷⁸. Y en esto tiene razón. El resultado conseguido por la resolución no podría haberse conseguido utilizando simplemente la jerarquía entre intereses jurídicamente protegidos por la Ley Concursal. Desde el punto de vista interpretativo quizás habría sido

⁷⁷ Señala la Sentencia: «(...) *El artículo 172.2.2 de la Ley concursal (...) configura así la inhabilitación como un efecto ineludible de la calificación, cualquiera que sea la causa que haya motivado la apertura de la sección, convenio o liquidación, existan o no otros efectos predicables de la sentencia, si bien la Ley no precisa el modo en que debe hacerse efectiva dicha inhabilitación. Este automatismo en la aplicación de la inhabilitación puede producir algunos efectos perniciosos y contradictorios con la propia finalidad del concurso.* (...) [c]uando se aprueba un convenio no se conoce el resultado de la calificación, en muchos casos la aprobación del convenio se basa en la confianza que genera el administrador de la sociedad que aparece como eslabón esencial de la cadena que permite el cumplimiento (...) *El artículo 172.2.2 de la Ley concursal establece que la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación se impondrá atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio. Si la finalidad del concurso es el pago de los acreedores y la Ley prima el convenio como la solución preferida del concurso, resulta que la ejecución en todo caso de la sanción de inhabilitación puede ser más perjudicial que su no ejecución, frustrando así la finalidad de la norma.* (...) *El que el legislador haya optado por realizar esa labor depurativa y represora en el seno del procedimiento concursal no debe erigirse en baluarte inexpugnable que impida el cumplimiento de la finalidad primaria del concurso, por lo que una interpretación teleológica que permita conciliar ambos objetivos debe ser posible.* (...)».

⁷⁸ Para alcanzar el resultado perseguido, la Sentencia importa conceptos jurídico-penales y razona del siguiente modo: «(...) *No debe olvidarse que la inhabilitación es una sanción personal, un reproche de desvalor social de la conducta ilícita* (...) *Las sanciones que tienden a castigar la infracción de las normas protectoras de intereses generales impuestas por un organismo público, que incluiría penas y sanciones administrativas, engloban un Derecho sancionador público* (...) *Es lo que se ha venido a denominar sistema sancionador parapenal, que tiene su mayor ámbito de actuación en el derecho sancionador económico o de empresa, pero en el que se abre paso con fuerza un nuevo modelo de sanción que privilegia de manera incontestable los requisitos de efectividad y que prefiere la elasticidad de la sanción ante situaciones en continua transformación.* Si, como hemos visto, estamos ante una sanción, respecto de la que el legislador no precisa el modo en que debe hacerse efectiva, nos encontramos ante una laguna que deberá colmarse con los principios y normas del sistema que le es más propio que es el sistema punitivo (...) *Es por ello que debe traerse a colación el instituto de la suspensión de la ejecución de la pena, prevista en los artículos 80 y siguientes del Código Penal* (...)».

ir demasiado lejos⁷⁹. A nuestro modo de ver, los argumentos teleológicos esgrimidos podrían valer para justificar la suspensión de la inhabilitación, pero no para excluirla definitivamente en caso de cumplimiento íntegro del convenio⁸⁰. En este punto, la interpretación funcional no puede ignorar el sentido literal de una norma que no contempla ninguna exención sancionatoria: declarada la calificación, el juez podrá graduar temporalmente la pena, pero no excluirla. La protección del interés concursal puede servir para armonizar los dos objetivos legales (la mayor protección de los acreedores y la represión de comportamientos antijurídicos) jerarquizándolos, pero no para ignorar uno de los dos⁸¹.

IV. CONCLUSIONES

1. El Derecho concursal cumple una *función reactiva* del sistema jurídico-económico. Sus normas –todas, las de carácter sustantivo y las meramente procesales– son un instrumento que pretende –únicamente– solucionar los conflictos subjetivos que se crean por la regulación legal y convencional del tráfico, ordenar el comportamiento de los actores de la actividad empresarial y servir de válvula de salida del mercado. El cumplimiento de estas *funciones* exige la predeterminación de un criterio que permita la solución de los conflictos entre afectados por la insolvencia de un deudor. El legislador español ha creado y dado nombre a ese criterio (*interés del concurso/concursal*), pero no lo ha dotado de contenido.

⁷⁹ Sin embargo, algunos comentaristas de la Ley parecen situarse en posiciones coincidentes con esta resolución. Al respecto, v., por todos, VELASCO SAMPEDRO, «Comentario a la Disposición Final Segunda», en GUILARTE/SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la Legislación Concursal*, Valladolid (Lex Nova) 2004, t. IV, p. 3654.

⁸⁰ Coincidimos, en este punto, con GUILARTE, C., «La suspensión de la inhabilitación como incentivo al cumplimiento del convenio: una reflexión crítica», pp. 393-394.

⁸¹ Es cierto que la Sentencia incluye una posible respuesta a esta objeción, al señalar que «(...) [T]ampoco el retraso del efectivo cumplimiento de la inhabilitación permite superar este efecto, pues en ocasiones el cumplimiento del convenio comporta un sacrificio personal que difícilmente estará dispuesto a asumir, si sabe que al fin será inhabilitado y no podrá continuar con su actividad empresarial. Por otro puede impedir en muchos casos que el convenio aprobado llegue a cumplirse». Es decir, se estaría argumentando que, con la mera suspensión, no se estaría consiguiendo la tutela de un interés jerárquicamente superior (los acreedores). Coincidimos con este razonamiento; sin embargo, lo cierto es que la eficacia interpretativa de la finalidad no puede sobrepassar la literalidad de la Ley, cuando ésta es inequívoca (v. LARENZ, K., *Metodología*, p. 343). Nos encontramos ante una situación en la que tan sólo pueden hacerse valoraciones de *lege ferenda*.

Al razonamiento de la Sentencia podría quizás oponerse la propia *ratio* de la norma sancionadora. La inhabilitación prevista en la sección de calificación concursal no sólo se prevé para proteger a los acreedores concursales sino al mercado (se protege *ex ante* a través del elemento disuasorio de la pena; y se tutela *ex post* a los participantes frente a una persona que ha actuado de forma reprochable). En todo caso, se trata, sin duda, de una resolución en la que los intereses subjetivos involucrados en el concurso se ven favorecidos, y, a fin de cuentas, de eso se trata –o debería tratarse– en el Derecho concursal.

do expreso. El contenido debe inducirse de los datos normativos que aporta la legislación concursal y del contexto socioeconómico de la realidad sobre la que recae el Derecho de la insolvencia. La finalidad del Derecho concursal es perseguir la plasmación práctica del *interés concursal*.

2. La especial naturaleza del Derecho concursal dota a la finalidad de particular relevancia. El *interés del concurso* no es un mero principio abstracto, o una simple pauta de comportamiento; su relevancia es mayor: se trata de un criterio interpretativo que debe guiar la solución de las oscuridades normativas y servir de elemento decisor de los órganos del concurso.

2.1 Desde el punto de vista de la interpretación, este enfoque funcional del Derecho concursal nos permite construir un *sistema teleológico*. La Ley crea instrumentos para la realización práctica del *interés del concurso*. Estos instrumentos pueden dividirse en primarios (instrumentos en sentido puro) y secundarios (objetivos intermedios). Los instrumentos primarios (el régimen de continuación de la actividad, la administración de la masa, la división del proceso en fases, etc.) persiguen su propia finalidad, que serían los instrumentos secundarios u objetivos intermedios (la maximización del patrimonio concursal, la adquisición y tratamiento de la información en la fase común, la mejor liquidiación en la fase posteriora, etc.). La realización práctica de los objetivos intermedios es la antesala de la plasmación del *interés del concurso*, auténtica finalidad principal, en la que se realizan *valores*. La naturaleza instrumental de las medidas legales y la jerarquización de fines nos permite interpretar los preceptos legales de modo coherente con los *valores* que ha pretendido tutelar el legislador. Por eso, por ejemplo, la promoción de un convenio (objetivo intermedio) nunca podrá ser utilizado como criterio interpretativo de un artículo si ello contraviene la mayor satisfacción de los acreedores (objetivo final). Ahora bien, el sistema teleológico nos permite asegurar la *coherencia del sistema valorativo* de la Ley; pero no es un cheque en blanco para ignorar la literalidad de la norma. La virtualidad interpretativa del *interés del concurso* tiene sus límites en los límites de la actividad interpretativa propios del Derecho privado.

2.2 Desde el punto de vista *funcional*, la finalidad del procedimiento concursal supone un criterio decisorio para el juez y la administración concursal. Tanto uno como otro órgano están vinculados por el *interés del concurso*, cuya realización práctica deben procurar.

3. El *interés concursal* es un concepto jurídico indeterminado con un contenido concreto. No es suficiente con etiquetar finalidades abstractas (la eficiencia, el respeto de negociaciones «hipotéticas» de las partes antes de la insolvencia, etc.). Para funcionar como herramienta interpretativa y criterio funcional ha de plasmar valores específicos, con «nombres y apellidos». Es, pues, un concepto con un contenido subjetivo. Por eso, con excepciones muy contadas, todo aquello que no se refiera a los derechos de sujetos concretos no puede ser más que un instrumento o un objetivo intermedio: por eso, por ejemplo, la consecución de un convenio nunca puede ser una finalidad del concurso (lo será la mayor satisfacción de los acreedores, a quienes no se les puede imponer una solución pactada si objetivamente sacarían más con la liquidación). En el *interés del concurso* se incluyen los acreedores (en su condición de tales y de todas las categorías), el deudor común (en caso de sociedad, mediáticamente sus socios), un grupo reducido y heterogéneo de terceros, y, en fin, una serie de objetivos de naturaleza pública.

4. El conjunto de personas incluidas en el concepto de *interés concursal* se encuentran en una posición jurídica de conflicto latente. Al haber recursos escasos (masa activa) para repartir entre los interesados (masa pasiva –y otros–), la mayor satisfacción de unos irá en detrimento de los demás. Ese conflicto inherente a toda insolvencia no sólo se da en el momento final (reparto del activo, tras liquidación, o pago de dividendo, tras convenio), sino que se encuentra plenamente activado durante toda la vida del concurso. El riesgo está siempre presente en el procedimiento y, por tanto, obliga a los órganos del concurso a plasmar en la realidad una solución al conflicto. El riesgo puede estar presente en la administración de la masa o ante la existencia de propuestas de adquisición de la masa, por poner dos ejemplos paradigmáticos. Ante la posibilidad de adoptar una actuación de administración o a la hora de decantarse por una oferta por una rama de actividad de la concursada, las personas afectadas (las incluidas en el *interés concursal*) preferirán una u otra solución según el lugar que ocupen en la escala jerárquica de la Ley. Así, por ejemplo, los acreedores con privilegio general preferirán una actividad poco arriesgada (pues sólo pueden perder) y los ordinarios –o los subordinados– se beneficiarían con el mayor nivel de riesgo posible (pues no se arriesga su dinero, que dan por perdido). Ante esta disyuntiva, insalvable (es por definición imposible satisfacer a unos y a otros *a priori*), a nuestro entender los órganos del concurso deben comportarse como sujetos independientes, asépticos, que valoran con un criterio

exclusivamente técnico las opciones «como si sólo hubiera un acreedor», partiendo de un nivel de riesgo medio-bajo.

5. Los integrantes del *interés concursal* se ordenan jerárquicamente de forma estricta. Esto quiere decir que –a salvo las precisiones anteriores sobre el riesgo– los conflictos entre acreedores se solucionarán siempre a favor de los acreedores de mayor rango (privilegiados especiales, acreedores contra la masa, privilegiados generales, ordinarios, subordinados); los conflictos entre acreedores y la sociedad (o sus accionistas) a favor de aquéllos; y, en fin, la colisión entre los anteriores y eventuales terceros deberá tener a los primeros como favorecidos. Ahora bien, cuando el conflicto se dé entre los interesados anteriores (todos o cualquiera de ellos) y el interés público, deberá primar este último. Lo contrario superaría los límites de la actividad interpretativa.

La comunidad de uso entre usufructuario de cuota y un único propietario en el Código civil, el BGB y el Codi civil de Catalunya. Una aproximación

ROSA MIQUEL SALA *

Licenciada en Derecho (Universitat de Lleida), LL. M. (Bayreuth) Wissenschaftliche Mitarbeiterin an Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Prof. Dr. Stefan Leible), Universität Bayreuth.

RESUMEN

Cuando el objeto del derecho de usufructo no es una cosa, sino una cuota indivisa de la misma, se genera una comunidad de uso entre propietario y usufructuario. Los gastos y cargas se distribuyen entre ambos mediante la aplicación por analogía de las normas sobre comunidad de bienes combinadas con las del usufructo. Este artículo analiza los problemas que comporta adaptar las normas del usufructo a la situación excepcional en que usufructuario y propietario concurren simultáneamente en el uso y disfrute del bien, y se basa para ello en el Código civil, el BGB alemán y el Codi civil de Catalunya.

ABSTRACT

If the subject of a usufruct is not a thing, but only a fractional share of it, a community of use is created between the owner and the usufructuary. The costs and benefits are distributed by an analogous application of the provisions governing the community, combined with those on the usufruct. This article analyses the problems which arise because of the adaptation of the usufruct rules in the Código civil, the BGB and the Codi civil de Catalunya when owner and usufructuary are sharing the possession of a good.

* Mi agradecimiento a María Rivera Salazar y a Andrés Cosiells Ubach (UdL) por su ayuda en relación con la bibliografía española.

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Admisibilidad del usufructo de cuota fuera de un condominio*.—III. *Aplicación analógica de las normas sobre comunidad*.—IV. *Propietario y usufructuario en la comunidad*. 1. Uso y disfrute de la cosa común. 2. Acuerdos sobre la administración. 3. Reparto de gastos y cargas. A. Conservación. B. Mejoras. C. Cargas. a) Cargas públicas. b) Cargas privadas. D. Seguro. E. Inventario y fianza. 4. Disposición de los derechos. Derechos de adquisición preferente.—V. *¿Extinción por consolidación del usufructo parcial?*.—VI. *Resumen final*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se propone analizar, en base al Código civil, el BGB alemán y el Libro Quinto del Codi civil de Catalunya (en adelante CCCat), una situación muy particular: la concurrencia de usufructuario y propietario en la posesión inmediata de una finca. Esto mismo, que a primera vista podría parecer imposible, es lo que se producirá cuando el usufructo no recae sobre la totalidad del objeto, sino que se ha limitado a una parte o cuota del bien usufructuado, cosa que permiten tanto el artículo 469 CC como el § 1030 II BGB y el artículo 561-3.1 del CCCat. También es posible cuando se produce la extinción de una comunidad de bienes por adquisición por parte de uno de los comuneros de las cuotas restantes, pero efectuándose una o más reservas de usufructo por parte de los vendedores, o, por ejemplo, en el marco de la atribución de la legítima al cónyuge viudo en el régimen del Código civil (arts. 834 y siguientes), cuando no se produce conmutación de acuerdo con el artículo 839.

Un caso de estas características lo resuelve la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de abril de 2000¹. Se trata del conflicto generado por la atribución por parte del causante a su segunda esposa del usufructo de la mitad indivisa del piso que éste tenía en propiedad, habiendo heredado los hijos previamente la plena propiedad de la mitad indivisa correspondiente a la primera esposa. Los hijos han pasado a ser plenos propietarios de una mitad indivisa del piso y nudos propietarios de la otra, mientras la viuda disfruta del piso en exclusiva y sin pagar a los herederos contraprestación alguna, atendiendo al ruego que se había formulado en el testamento en este sentido.

En estos casos se genera una situación parecida a la comunidad propiamente dicha, en la cual, aunque la propiedad de la finca per-

¹ AC 2000/2364.

tenezca a un solo sujeto, son dos los que comparten las facultades de uso y disfrute sobre la misma. Esta situación acostumbra a ser incómoda para ambas partes, pero es evidente que, por motivos económicos, no siempre le interesará al propietario resolverla y adquirir la plena propiedad de todo el bien. En este caso será necesario combinar las normas que regulan el usufructo con las que regulan la comunidad, especialmente por lo que se refiere a la administración, para poder responder la cuestión referente al reparto de cargas y gastos.

El caso planteado conviene no confundirlo con dos situaciones parecidas: en primer lugar, con el *cousufructo* o pluralidad de usufructuarios respecto de un mismo bien, y en segundo lugar, con la situación que se produce cuando una o más cuotas de una comunidad de bienes están gravadas con un derecho de usufructo. Dado que en este segundo caso también existe concurrencia en la posesión de propietario y usufructuario, el tratamiento del mismo presenta similitudes con el supuesto estudiado.

II. ADMISIBILIDAD DEL USUFRUCTO DE CUOTA FUERA DE UN CONDOMINIO

Antes de pasar a determinar cómo se reparten cargas y gastos entre usufructuario y propietario conviene responder a la cuestión, en ningún caso prescindible², sobre si en los tres ordenamientos objeto de comparación es posible la constitución de un usufructo sobre una cuota proporcional de un bien del que es titular un único propietario.

De la literalidad del artículo 469 CC se puede deducir sin más la posibilidad de la constitución de un usufructo de cuota que no se concreta en la cuota de un copropietario. La Dirección General de los Registros y del Notariado pide que a los efectos de la inscripción se determine la extensión de la parte gravada y las características que precisan el contenido del usufructo y de la nuda propiedad, ya que en caso contrario puede llegar a ser imposible la inscripción³. Sin embargo, se podría dudar sobre si la determinación se puede limitar a un simple porcentaje o si el usufructo parcial ha de ser siempre un usufructo de cosas determinadas⁴. En este

² *Cfr.* sobre la cuestión de la indivisibilidad del usufructo en derecho romano BRETONI, M., *La nozione romana di usufrutto*, Jovene, Nápoles, 1962, pp. 85 ss. (98); NÚÑEZ IGLESIAS, A., *Comunidad e indivisibilidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 225 ss.

³ RDGRN de 4 de mayo de 1944 (RJ 1944/687).

⁴ Según Doral, la distinción del artículo 469 entre usufructo «en todo» o «en parte» se refiere respectivamente al usufructo universal y al usufructo singular (sobre cosas deter-

sentido, es interesante recordar que si bien el artículo 54.1 RH permite la inscripción una parte indivisa de un derecho aportando la porción ideal de cada condeño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente, este artículo se refiere a casos de cotitularidad, y no a aquellos en los que un (único) derecho de usufructo abarca sólo una parte del uso y disfrute posibles sobre un bien determinado.

En contra de esto último se puede afirmar que no se desconoce⁵ la existencia de un usufructuario de parte que grava indiferiadamente las cuotas de todos los miembros de una comunidad. Si esto es posible, también lo será la existencia de un usufructo de cuota que grava indiferiadamente un objeto del cual es titular una sola persona⁶. Además, no se termina de ver la razón por la cual un usufructo sobre una cuota indivisa se tendría que permitir solamente si gravase una cuota de un condominio preexistente o en un cousufructo. Entonces, no cabe duda que en el concepto de «cosa» del artículo 469 puede englobarse también una parte alícuota⁷. Que el usufructo parcial es posible en el marco del Código civil queda por último completamente confirmado a la vista del artículo 834 CC. Aunque la posibilidad de conmutación obedece a la voluntad del legislador de evitar en la medida de lo posible la situación indeseable en la que el usufructuario del tercio destinado a mejora se vuelve un obstáculo importante para la explotación económica del bien por parte de los herederos, lo cierto es que en este supuesto la constitución de un usufructo sobre una porción de la herencia no es ya fruto de la autonomía de la voluntad, sino una decisión del mismo legislador.

Por otro lado, la figura del usufructo de cuota no basado en la cuota de un derecho de propiedad es conocida ya desde hace tiempo⁸ por el derecho alemán. Y no sólo no hay duda posible sobre su validez, sino que la doctrina ha diferenciado incluso entre dos tipos de usufructo parcial, el denominado *Bruchteilsnießbrauch* y el

minadas), DORAL GARCÍA DE PAZOS J. A., «Art. 469 CC», en: Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo VII, vol. 1, EDERSA, Jaén, 1980, p. 76.

⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, «Art. 400», en Albaladejo (dir.), *op.cit.*, p. 451.

⁶ *Vid. infra* la definición de *Quotennießbrauch*, III.

⁷ *Cfr.* REVERTE NAVARRO, A., en: Rams Albesa, J. (coord.), *Comentarios al Código civil*, III, p. 680.

⁸ Aunque en el BGB no esté contemplado expresamente el caso de que se trata, ya durante su redacción se contempló la posibilidad de dedicarle un artículo, pero se consideró que esto sería redundante, ya que era obvio que se tenían que aplicar los §§ 741 y siguientes para resolverlo. *Vid.* POHLMANN, P. en: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 6 Sachenrecht, C. H. Beck. Múnich, 2004, p. 1464, Rn. 34-36, FRANK, R., en: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* Buch 3 Sachenrecht, Neubearb. 2002, Sellier, Berlín, § 1030, Rn. 21. *Cfr.* además la sentencia del BGH de 6 de junio de 2003 - V ZR 392/02 (LG Frankenthal), *NJW-RR* 2003, pp. 1290 ss.

denominado *Quotennießbrauch*⁹, que corresponderían a una división en cuotas vertical o horizontal, respectivamente¹⁰.

En el caso del *Bruchteilsnießbrauch*, que se podría traducir como «usufructo de una fracción», encontramos que una fracción ideal de la finca está gravada por el usufructo, mientras que sobre la otra el propietario conserva la plena propiedad. En cambio, en el *Quotennießbrauch* (literalmente, el usufructo sobre una cuota) es toda la finca la que está gravada por el usufructo, pero el usufructuario tiene que limitar su aprovechamiento a la parte que le permite la cuota, razón por la cual el fundamento de este tipo de usufructo se sitúa en el segundo apartado del § 1030, que se refiere a la posibilidad de excluir del usufructo determinados aprovechamientos¹¹. Este precepto se ha interpretado también en el sentido de que es posible excluir el derecho a la posesión inmediata o al uso personal de la cosa si el usufructuario conserva el uso y el disfrute de la misma¹².

Las diferentes consecuencias de la elección de una u otra modalidad se manifiestan especialmente si un único propietario decide enajenar una parte de su derecho de propiedad. Mientras que en el primer caso podría disponer de una fracción ideal de la finca libre de cargas, en el segundo caso el nuevo propietario adquiriría una cuota de la propiedad gravada con un usufructo, es decir, que si antes de la venta el usufructuario tenía por ejemplo el derecho a recibir del propietario el treinta por ciento de los frutos, ahora tendrá que recibir un quince por ciento de cada uno de los propietarios (suponiendo que el propietario divide su derecho en partes iguales). Como este usufructo sólo consta de una cuota, los dos propietarios y el usufructuario estarían en situación de comunidad por lo que se refiere al aprovechamiento de la misma, para la que se aplicaría el § 1066, que es el equivalente al artículo 490 CC¹³.

⁹ MüKo/POHLMANN, § 1030, Rn. 34-44; WEIRICH, H-A., *Grundstücksrecht*, 3.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2006, Rn. 1045-1048, p. 318-319; *Anwaltkommentar BGB/LEMKE*, Band 3. Sachenrecht, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, 2004, § 1030, Rn. 33, p. 74-75; FRANK, R. en: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* Buch 3 Sachenrecht, Neubearb. 2002, Sellier, Berlín, § 1030, pp. 436 ss., Rn. 36-41; STÜRNER, R., en: Soergel, *BGB, Sachenrecht* 3, 13.^a ed. Kohlhammer, Stuttgart, 2001, § 1030, p. 45, Rn. 6; BERGER, C. en: Schreiber, K. (Hrsg.), *Immobilienrecht Handbuch*, 2.^a ed., Erich Schmidt Verlag, Berlín 2005, p. 1039; PÖPPEL, M., «Der Grundstücksnießbrauch in der notariellen Praxis», *MittBayNot* 2, 2007, p. 87.

¹⁰ MüKo/POHLMANN, § 1030, p. 1464, Rn. 37.

¹¹ Diferente de esta distinción es la realizada entre usufructo *pro partibus* y usufructo *sine partibus*, Cfr. PEREÑA VICENTE, M., *La constitución voluntaria del usufructo*, Dykinson, Madrid, 2006.

¹² PÖPPEL, M., p. 86, citando una sentencia del Oberlandesgericht Hamm (Rpflieger 1983, 144).

¹³ Staudinger/PROMBERGER, 12.^a ed. § 1030, Rn. 28-32.

Más difícil es, en principio, resolver a la cuestión planteada en base al Codi civil de Catalunya. Aunque con la aparición de su Libro Quinto la regulación de los derechos reales ha ganado indudablemente en detalle, lo que se constata especialmente si se comparan los artículos 561-1 y siguientes del CCCat con su antecedente inmediato, la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación (LUUH)¹⁴, lo cierto es que hasta hace ahora no era posible encontrar referencias en la doctrina o en la jurisprudencia que cuestionen la posibilidad de constituir un usufructo parcial. A ello debe sumarse que, a diferencia de lo que ocurre en el preámbulo de la LUUH, el Libro Quinto no contiene ninguna referencia a la aplicación supletoria del Código civil¹⁵, por lo que una extensión de las soluciones de este último al derecho catalán deberá realizarse como último recurso. En cualquier caso, el artículo 561-1.2, que establece, a imitación del ya citado § 1030 II BGB la posibilidad de excluir determinadas utilidades del usufructo, sirve de base, juntamente con el principio de libertad civil contenido en el artículo 111-6, para afirmar la posibilidad de la constitución de un usufructo de este tipo¹⁶.

III. COMUNIDAD *SUI GENERIS* ENTRE USUFRUCTUARIO Y PROPIETARIO

Entre usufructuario y (nudo) propietario no existe comunidad. Tanto en el Código civil como en el BGB y el CCCat se condiciona la existencia de la misma a que los poseedores lo sean en virtud de un mismo título¹⁷, partiendo de la definición de comunidad contenida en el artículo 392 del Código civil, cuyo equivalente en el Codi civil de Catalunya es el artículo 551-1, que establece que existe comunidad cuando dos personas o más comparten de mane-

¹⁴ DOGC 3277, de 30 de noviembre.

¹⁵ DEL POZO CARRASCOSA, P./ VAQUER ALOY, A./ BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, p. 285.

¹⁶ En el mismo sentido GINER GARGALLO, A. (dir.)/CLAVELL HERNÁNDEZ, V., (coord.), «Art. 561-2 CCCat», en: *Derechos reales, Comentario al libro V del Código civil de Cataluña*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 1125.

¹⁷ Por ejemplo CAPILLA RONCERO, F., en: Clemente Meoro, M. (coord.), *Derecho civil. Derechos reales y Derechos inmobiliario registral*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 256. Remarca que no existe comunidad entre usufructuario de cuota y copropietarios, sino una «concurrencia de pretensiones jurídicas sobre un mismo objeto jurídico», ya que sería necesaria unidad de título para hablar de cousufructo, DORAL GARCÍA DE PAZOS J. A., p. 40.

ra conjunta y concurrente la titularidad de la propiedad o de otro derecho real sobre un mismo bien o un mismo patrimonio¹⁸.

Aquí existe, no obstante, una situación en que dos sujetos titulares de derechos heterogéneos disfrutan en la práctica de las mismas facultades sobre una misma finca, generándose entre ellos unas relaciones que se pueden equiparar a las existentes entre los miembros de una comunidad¹⁹. En este sentido se expresa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón²⁰ de 8 de marzo de 2005: «*para que exista comunidad en el sentido del artículo 392 es preciso que pertenezca a varios el mismo derecho; consecuentemente, no hay comunidad si los derechos que recaen sobre un mismo objeto son heterogéneos, así no la hay entre el nudo propietario y el usufructuario, pero si corresponden a varios sujetos en virtud de derechos heterogéneos las mismas facultades, hay que aplicar, en cuanto a esas facultades, las normas de la comunidad; en este sentido puede verse el artículo 490 del Código Civil, en el que el usufructuario de cuota concurre con los propietarios plenos de las otras partes indivisas a la administración y disfrute de la cosa común»²¹.*

Estamos pues ante una comunidad *sui generis* o comunidad de uso (*Nutzungsgemeinschaft*)²², situación a la que se tendrán que apli-

¹⁸ En palabras de Lluís Jou Mirabent, uno de los redactores del Libro Quinto, «*[l]la llei remarca, doncs, l'existència d'una titularitat conjunta (de més d'una persona) i concurrent (en el mateix temps) en la propietat o un altre dret real sobre un bé, o sobre un patrimoni.*» JOU MIRABENT, L.: «Les situacions de comunitat en el Llibre cinquè del Codí civil de Catalunya», en: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona (coord.), *La Codificació dels drets reals a Catalunya: materials de les Catorzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Documenta Universitaria, Girona 2007. En el § 741 ss. del BGB, que regulan la comunidad, no se encuentra una definición de la misma, pero también se hace mención expresa del requisito de la cotitularidad de un (único) derecho, *cfr.* por ejemplo LANGHEIN, G.-H., § 741 en: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 741-764, Neu bearb. 2008, Rn. 4, p. 21.

¹⁹ Así la RDGRN de 7 de febrero de 1995 (RJ 1995/1330) define la situación de concurrencia del cónyuge viudo usufructuario con los hijos del causante en la posesión de determinados bienes como «*si no una situación de comunidad «stricto sensu», sí una coparticipación en la gestión y disfrute de ese bien*», citando a continuación los artículos 392 y 490 CC.

²⁰ RJ 2005/2531. En este caso, el causante casado en segundas nupcias instituye herederos a sus hijos, y a favor de la viuda, de acuerdo con el máximo establecido por el derecho aragonés, establece un usufructo sobre la mitad de la herencia. Como resultado, los herederos son propietarios plenos del 75 por 100 del piso familiar (ya habían heredado el 50 por 100) y nudos propietarios de un 25 por 100 del mismo. La demanda de los herederos se basa igualmente en la utilización en exclusiva del piso por parte de la viuda, y el Tribunal Superior de Justicia ratifica la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el sentido que la mejor solución en este caso es que la viuda continúe poseyendo la totalidad del piso pero que pague a los herederos una compensación referida a su cuota de participación (75 por 100).

²¹ En el mismo sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, p. 22; MEDINA DE LEMUS, M., «Art. 392», en: Rams Albesa, J. (coord.), *Comentarios al Código civil III*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 300 ss.

²² MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, p. 25. No debe confundirse este concepto con el más discutido de «*Interessengemeinschaft*», *cfr.* LANGHEIN, (nt. 18), Rn. 167-175, p. 74-76.

car, si bien cautelosamente²³, las normas sobre comunidad de bienes. Así lo reconoce el FJ 4.^º de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid citada al principio: «*El usufructo se rige por lo dispuesto en el título constitutivo y en su defecto por las reglas del código civil (art. 470 del C.c.). El título constitutivo nada dice al respecto, lo cual remite al usufructo de una cosa poseída en común. El artículo 490 del C.c. dispone (...). Y a falta de más reglas hay que aplicar las normas de la comunidad ordinaria (arts. 392 ss.) atemperándolas al derecho limitado que comporta el usufructo*».²⁴ Esta solución es lógica teniendo en cuenta que al fin y al cabo se está ante una situación de coposesión, a la que en derecho español se aplican por analogía las normas regulando la comunidad de bienes²⁵.

Esta solución la adoptan también la mayoría de los autores alemanes²⁶, que consideran que se tendría que aplicar analógicamente el § 1066 I (usufructo de una cuota de condominio) al *Bruchteils-nießbrauch*, teniendo en cuenta que se ha generado una *Nutzungsgemeinschaft*. No obstante, la doctrina no se termina de poner de acuerdo sobre qué artículos de la regulación de la comunidad son adecuados en este caso. En todo caso, podrían ser aplicables los §§ 743 y 744 (relativos a la participación en los frutos y en la administración), 745 (toma de decisiones), 746 (eficacia de las decisiones tomadas respecto de miembros posteriores de la comunidad, que en el caso de los bienes inmuebles se tiene que inscribir²⁷) y § 1011 (posibilidad de utilizar las acciones de defensa de la propiedad, aplicable también en base al § 1065, que da estas mismas acciones al usufructuario en caso en que su derecho se vea amenazado)²⁸.

En lo que sí hay unanimidad, por descontado, es en la imposibilidad de ejercer la *actio communi dividundo*²⁹ en el marco de la

²³ SCHMIDT, K., § 741 en: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil III, C. H. Beck. Múnich, 2009, Rn. 75, p. 755; cfr. DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., p. 43.

²⁴ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 4 de septiembre de 2006 (JUR 2006)252261) se trata de una reclamación por parte del único propietario de las cantidades correspondientes a los gastos de agua, gas, seguro e impuestos a la usufructaria de una octava parte del inmueble (en este caso se había pactado un uso durante un número de días determinado al año). Se reclama la octava parte de las citadas cantidades, cuota que el Tribunal no cuestiona en ningún momento.

²⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial III*, Civitas, Madrid, 1995, p. 593; SANTOS BRIZ; J., *Derecho civil Teoría y práctica*. Editorial Revista del Derecho privado, Madrid, 1973, p. 49.

²⁶ Palandt/BASSENGE, § 1066, p. 1498, Rn. 4; Staudinger/FRANK, § 1066, p. 556, Rn. 15, WEIRICH, H-A., *Grundstückrecht*, 2006, Rn. 1047, ampliamente Soergel/STÜRNER, § 1066 p. 79, Rn. 1a.

²⁷ GEHRLEIN, M., § 746 Rn. 1, en: *Bamberger-Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C. H. Beck, Múnich, 2003.

²⁸ En contra de la aplicación por analogía del § 1066, MüKO/POHLMANN, p. 1465, Rn. 39; p. 1555, Rn. 4-7.

²⁹ Artículo 400 CC, § 749 BGB, artículo 552-10 CCCat.

comunidad de uso, ya que no se puede dar el derecho a un usufructuario a disolver la comunidad, ni eso se corresponde con las causas de extinción del derecho de usufructo. De acuerdo con el Código civil, incluso en caso de existir más de un propietario, el usufructuario que sólo lo es de una cuota indivisa sobre toda la cosa tendrá la consideración de tercero (art. 405 CC) y por tanto la división no lo puede perjudicar, pero no está legitimado para pedir la división material de la cosa³⁰.

IV. PROPIETARIO Y USUFRUCTUARIO EN LA COMUNIDAD

Una vez disipadas las dudas sobre la posibilidad de la constitución de un usufructo parcial y habiendo constatado la existencia de una comunidad de uso entre usufructuario y propietario, debe procederse a la concreción de esta solución mixta, consistente en la aplicación simultánea de normas de usufructo y comunidad, trazando las diferencias que el caso analizado presenta respecto de un usufructo ordinario, por un lado, y una situación de condominio, por el otro. Para ello va a ser necesario tratar, en primer lugar, de las facultades de ambos en relación con el uso, disfrute y administración de la cosa poseída en común para luego concretar qué obligaciones concretas se generan para propietario y usufructuario en esta comunidad *sui generis*.

1. USO Y DISFRUTE DE LA COSA COMÚN

Como en toda comunidad *pro indiviso*, usufructuario y propietario tienen derecho al uso³¹ solidario del objeto del usufructo³², limitado éste por el respeto del destino de la cosa, el interés de la comunidad y los derechos de los demás partícipes. Está claro que siendo el uso solidario, cuando éste excede de la cuota no se tratará de un uso sin causa, sin título, que constituya perturbación o ilícito, y por tanto no procederá ninguna acción de enriquecimiento injusto o de resarcimiento por parte de los otros partícipes³³. La referen-

³⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, p. 451. *Cfr.* también artículo 552-12 CCCat.

³¹ *Cfr.* artículo 393 CC, § 743 I BGB, artículo 552-6.2 CCCat.

³² Lo cual se deriva tanto del artículo 394 CC como del § 743 II BGB y del artículo 552-6.1 CCCat.

³³ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, p. 73; igualmente Bamberger-Roth/GEHRLEIN, § 743, Rn. 4; Miiko/SCHMIDT, § 743, Rn. 11; Palandt/BASSENGE, § 743, p. 1132, Rn. 4.

cia al interés de la comunidad³⁴ se encuentra solamente en el Código civil y el CCCat, mientras que en el § 743 II BGB simplemente se permite el uso en la medida que no afecte a los derechos de otros partícipes. Esto significa en la práctica una limitación de las facultades dominicales del propietario, que no podrá realizar actuaciones sobre la finca usufructuada que repercutan en una disminución de la parte de los frutos a percibir por el usufructuario o que le impidan el uso conforme a su derecho.

Pero en el caso que nos ocupa la limitación de las facultades del propietario es mayor que es una comunidad ordinaria: Los artículos 397 CC y artículo 552-6.3 CCCat coinciden en prohibir que un partícipe pueda, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común. Según una interpretación³⁵ estas alteraciones (materiales³⁶) son precisamente aquellas que no respetan el principio *salva rerum substantia* propio del usufructo, lo que no excluye aquellos actos de disposición que tengan por objeto la conservación y mejor disfrute de la cosa común (por ejemplo, vender la cosecha para posteriormente repartir lo que se ha cobrado). Pero si en el contexto de un condominio un partícipe puede, con el consentimiento de los demás, deteriorar o destruir la cosa común, está claro que (salvo pacto en contrario o disposición legal, artículo 467 CC, art. 561-2.1 CCCat *in fine*) el usufructuario no ostenta el *ius abutendi*³⁷, y difícilmente se podría esperar del mismo que diese su conformidad a medidas que menoscabasen su derecho de usar y disfrutar. En cualquier caso este pacto debe entre usufructuario y propietario debe excluirse, ya que dicho propietario viene ahora también obligado a conservar la forma y la sustancia de la finca objeto del usufructo³⁸. En efecto, sería ir demasiado lejos atribuir al propietario la facultad de disponer de elementos particulares de la finca causando una disminución de los frutos a percibir por el usufructuario (imaginemos que el propietario decide vender un almacén de la finca que estaba alquilado y del cual el usufructuario percibía la parte proporcional de los alquileres). Como consecuencia se puede afirmar que en este tipo de comunidad existe una asimilación forzosa del propietario al usufructuario en lo que se refiere al deber de conservar la forma y sustancia³⁹.

³⁴ Cfr. PUIG PEÑA, F., *Derechos reales II*, Pirámide, Madrid, 1976, p. 291; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, p. 74 ss.

³⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, p. 387.

³⁶ Cfr. apartado siguiente.

³⁷ Cfr. CATALÀ ROS, R., *El abuso del usufructuario: análisis del artículo 520 del Código civil*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, p. 19.

³⁸ Cfr. artículo 489 CC, artículo 561-2.1 CCCat, § 1041 BGB.

³⁹ Observa sin embargo Miquel que una demolición en algún caso puede conservar materiales y permitir la mejor explotación del fundo (art. 397).

La legitimación del partícipe para interponer una acción de recobrar la posesión es, por otro lado, discutida. De acuerdo con el Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 9 de marzo de 1998⁴⁰, la posesión gravita sobre la totalidad de la cosa hasta que de acuerdo con el artículo 450 y extinguida la copropiedad se pueda concretar en la parte que le hubiese correspondido a cada cotitular, pero hasta entonces según el artículo 394 se tiene la posesión total, siendo inadecuado el procedimiento sumario interdictal y procediendo tan sólo la acción declarativa. En otro sentido se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 31 de marzo de 2005 (FJ 4.^º)⁴¹, que, citando numerosa jurisprudencia, considera que si el coposeedor puede utilizar la acción de recobrar contra un tercero también la podrá utilizar contra otro coposeedor. Además, expone que transcurrido un año el que está poseyendo abusivamente será poseedor en exclusiva y podrá, mediante la acción posesoria, rechazar al otro que intenta recobrar por la fuerza la posesión a que tenía derecho⁴². Igualmente, PUIG i FERRIOL considera que la referencia a «cualesquiera perturbación o usurpación» contenida en el artículo 522-7.1 CCCat faculta para el ejercicio de los interdictos no sólo frente a un tercero sino también frente al coposeedor⁴³. En derecho alemán también es posible la tutela interdictal en casos de coposesión (§ 866), siempre que uno de los coposesores supere los límites que le corresponden en el uso de la cosa.

En cualquier caso, pese a no estar clara la tutela interdictal de usufructuario frente al propietario y viceversa, tanto el Código civil como el CCCat prevén que el usufructuario pueda ejercer una *vincitatio usufructus*, que es la acción reivindicativa de su derecho contra todo aquel que esté poseyendo la cosa usufructuada en detrimento suyo. También le corresponden la acción declarativa, cuando no exista lesión directa y actual del derecho, y la acción negatoria, para los casos en los que no existe desposesión efectiva⁴⁴.

Usufructuario y nudo propietario tendrán derecho a percibir los frutos y rendimientos de la cosa en proporción a su cuota, de acuer-

⁴⁰ AC 1998/4166.

⁴¹ JUR 2005/89086.

⁴² En el mismo sentido ECHEVERRÍA SUMMERS, A. en: Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (coord.), *Comentarios al Código civil*, 2.^a ed., Aranzadi, 2006, p. 563; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 5.^a ed., Civitas, Madrid, 2008, p. 1033.

⁴³ PUIG FERRIOL, L./ ROCA TRIAS, E., *Institucions del Dret civil de Catalunya, Volum IV. Drets reals*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 333 ss.

⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, III/2, 2001, p. 45; sobre las particularidades del derecho catalán *cfr.* GINER GARGALLO, A. (dir.)/CLAVELL HERNÁNDEZ, V., (coord.), «Art. 561-20 CCCat» (nt. 16), pp. 1244 ss., y PUIG FERRIOL, L./ ROCA TRIAS, E., pp. 527 ss.

do con el artículo 393 CC. La aplicación de las normas sobre comunidad tiene aquí como consecuencia que no perciben directamente los frutos sino la porción correspondiente del saldo neto de los mismos, precisándose una previa división material para concretar la parte de los cuales a la que se tiene derecho⁴⁵.

2. ACUERDOS ENTRE PROPIETARIO Y USUFRUCTUARIO

Dado que existe una comunidad de uso entre propietario y usufructuario, éstos están legitimados para tomar parte en la adopción de acuerdos, en proporción a su cuota⁴⁶, y las mayorías deberían computarse teniendo en cuenta exclusivamente el porcentaje que en el uso y disfrute atribuye cada derecho a su titular, sin conceder un mayor peso al derecho de propiedad⁴⁷. Estos acuerdos, que en general se refieren a la administración, mejor disfrute, disposición o al uso que se va a dar a la cosa poseída en común, requerirán de mayorías diferentes según el tipo de acto del que se trate, y como se verá los ordenamientos estudiados difieren a la hora de identificar los actos que requieren mayoría simple de las cuotas para su adopción y los que requieren de unanimidad o de una mayoría cualificada. En cualquier caso, la especial configuración de esta comunidad determina que determinadas decisiones (disposición sobre el objeto del usufructo, alteración de la sustancia del mismo) no puedan ser objeto de acuerdo entre usufructuario y propietario, ya sea porque el propietario no necesita consultar al usufructuario para tomarlas o porque, como se ha dejado claro más arriba, directamente le está vedado.

Para empezar, de acuerdo con el artículo 398.1 CC las decisiones relativas a la administración y mejor disfrute de la cosa común se adoptan por mayoría, sirviendo los artículos 393, 394, 395, 397, 399 y 392.2 para delimitar los contornos de estos dos vagos conceptos⁴⁸. En todo caso, dentro de los actos de administración y

⁴⁵ VÁZQUEZ BARROS, S., *La comunidad de bienes en el Código civil*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 77.

⁴⁶ Cfr. por ejemplo DÍEZ-PICAZO L., y GULLÓN A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. III, 7.^a ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 75.; M., en: *Bamberger-Roth /GEHRLEIN*, § 745 BGB, Rn. 5, pp. 958 ss.; DEL POZO CARRASCOSA, P./ VAQUER ALOY, A./ BOSCH CAPDEVILA, E., p. 196.

⁴⁷ MIQUEL GONZÁLEZ (pp. 22 ss., 408 ss.) critica la STS de 14 de diciembre de 1973 (RJ 4780), que no consideraba mayoritario a quien tenía la mitad en plena propiedad y un tercio en usufructo. Según el Tribunal: «es opuesto al concepto y la esencia de la comunidad de bienes, que requiere que los derechos que están en común sean de la misma e idéntica naturaleza, pues de lo contrario se tratará de una simple concurrencia de titularidades jurídicas sobre el mismo objeto, pero no de comunidad en sentido estricto».

⁴⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, p. 403.

mejor disfrute se encuentran no solamente aquellos que generan gastos necesarios o de conservación, respecto de los cuales el artículo 395 establece expresamente que podrán ser exigidos por los partícipes en proporción a su cuota, sino que también se puede acordar por mayoría, dentro de la comunidad, la realización de mejoras necesarias y útiles. Aunque cualquier mejora supone una alteración de la cosa común, por lo que su realización se tendría que decidir en principio por unanimidad de acuerdo con el artículo 397 CC, parece que el artículo 398 obliga a distinguir entre mejoras útiles y mejoras suntuarias o de recreo, quedando solamente estas últimas incluidas en el artículo 397⁴⁹.

Por lo que al contenido de este último artículo respecta, no está claro si se refiere solamente a alteraciones físicas o también a alteraciones jurídicas, y, en cualquier caso, se puede dudar con razón de la posibilidad de declarar nula la venta de la cosa común realizada sin el consentimiento de alguno de los partícipes⁵⁰. Aun cuando se considerase esto posible en el marco de una comunidad ordinaria, está claro que la aplicación del artículo 397 para declarar la nulidad de la venta de la finca usufructuada por parte del nudo propietario sin contar con el consentimiento del usufructuario de cuota iría demasiado lejos, limitando exageradamente las facultades dominicales del propietario. Además, la aplicación de este artículo al supuesto que nos ocupa supondría un privilegio injustificado del usufructuario de cuota frente al usufructuario de toda la finca.

En cambio, en el artículo 552-7 CCCat se realiza la clásica distinción entre actos de administración ordinaria, para los cuales será necesaria la mayoría de la cuotas, y actos de administración extraordinaria, para los que se requiere una mayoría de tres cuartas partes de las cuotas. Aunque el originario artículo 513-6 de los trabajos preparatorios no se asumió finalmente en el texto legal, ha de tenerse en cuenta que allí se consideraban como tales los necesarios para la conservación de los bienes y para el mantenimiento de la utilidad a la cual estuvieren destinados, como los actos de obtención de frutos y rentas, el ejercicio de los derechos y de las acciones inherentes a los bienes o a los valores inmobiliarios administrados, el cobro de créditos y el pago de deudas, la colocación del dinero en inversiones prudencialmente seguras, la realización de gastos ordinarios, la sustitución de los bienes que se desgastan por el uso y los actos de enajenación relativos a frutos, a bienes que puedan deteriorarse, des-

⁴⁹ DÍEZ-PICAZO L., y GULLÓN A., p. 76.

⁵⁰ ECHEVERRÍA SUMMERS, A., en: Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (coord.), *Comentarios al Código civil*, 2.^a ed., Aranzadi, 2006, p. 570; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, p. 383-401.

truirse o que sean de costosa conservación⁵¹. Más difícil es definir los actos de administración extraordinaria, aunque parece que, por eliminación, son aquellos que no entran dentro de la categoría de actos de administración ordinaria ni de actos de disposición⁵².

A imitación del artículo 397 CC, en el artículo 552-6.3 se establece la imposibilidad de realizar alteraciones en la cosa común, aunque sea para mejorarla o hacerla más rendible, sin el consentimiento de los otros. Sin embargo, no deben considerarse incluídas en el artículo 552-6.3 cualesquiera modificaciones (también mejoras) que resulten de gastos necesarios para la conservación de la comunidad⁵³. Además debe tenerse en cuenta que este artículo prevé que en ausencia de oposición expresa de los demás partícipes dentro del año siguiente a la ejecución de obras que mejoran el objeto, el partícipe que haya realizado estas obras podrá exigir el abono de los gastos con los intereses legales devengados desde el momento en que los reclame fehacientemente.

En este sentido es necesaria una referencia al artículo 561-9.4 CCCat en el marco de las relaciones usufructuario-nudo propietario. Este último no queda del todo desprovisto del poder de realizar modificaciones en la cosa, pero siempre sin perjudicar al usufructuario, y en el caso de realización de edificaciones o construcciones se establece además un deber de notificación al usufructuario y la facultad de oposición del mismo, cosa que equivale a decir que es necesario el consenso de ambos para hacer construcciones o edificaciones incluso cuando no estén poseyendo conjuntamente. Como consecuencia, si el propietario quiere realizar obras que no van dirigidas simplemente a mejorar un edificio o construcción ya existentes no habrá suficiente con la falta de oposición expresa del usufructuario.

A diferencia tanto del CC como del CCCat⁵⁴, según el § 744 II es posible que usufructuario o propietario lleven a cabo por iniciativa propia medidas necesarias para la conservación de la cosa en interés de la comunidad y solamente sobre bienes comunes sin que sea necesario el consentimiento de los otros, pero les puede pedir que lo presten previamente. Estas medidas pueden ser llevadas a cabo personalmente o a través de una persona contratada, y frente a

⁵¹ *Cfr.* PUIG FERRIOL, L./ ROCA TRIAS, E., pp. 337 ss.; DEL POZO CARRASCOSA, P./ VAQUER ALOY, A./ BOSCH CAPDEVILA, E., p. 196.

⁵² OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA, SECCIÓ DE DRET PATRIMONIAL, *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya*, Generalitat de Catalunya, Lleida, 2003, p. 19 s; *Cfr.* PUIG FERRIOL, L./ ROCA TRIAS, E., pp. 339 ss. Por ejemplo la realización de mejoras para aumentar la productividad de la cosa común, *cfr.* DEL POZO CARRASCOSA, P./ VAQUER ALOY, A./ BOSCH CAPDEVILA, E., p. 196.

⁵³ PUIG FERRIOL, L./ ROCA TRIAS, E., p. 335.

⁵⁴ *Cfr.* artículos 397 CC y 552-6.3 CCCat.

terceros son igual de válidas que si las hubiese acordado la comunidad, siempre que no se trate de medidas de disposición.

Al estar las situaciones de comunidad regidas por la autonomía de la voluntad (arts. 392.2 CC, 552-1 CCCat) estos acuerdos o pactos entre usufructuario y propietario pueden tratar incluso sobre el uso de la cosa⁵⁵. Así vemos que, en derecho alemán, el § 745 BGB prevé expresamente la posibilidad de decidir por mayoría simple no solamente sobre la administración, sino también sobre el uso, excepto por lo que se refiere a aquellos actos que supongan una alteración sustancial de la cosa o la alteración de la proporción en el uso de uno de los partícipes. En el caso que nos ocupa, sin embargo, está claro que no puede privarse al usufructuario del uso que le corresponde en virtud de su derecho real. Como máximo, puede acordarse convertir el uso directo en un uso indirecto, por ejemplo arrendando la finca objeto de usufructo de manera que éste tenga luego derecho a la porción correspondiente de las rentas (si el usufructuario ordinario puede ceder su uso a otro mediante un contrato que durará lo mismo que el usufructo, artículo 480 CC, parece que el usufructuario de cuota también ha de poder acordar lo mismo con el propietario) o concretarse una división del uso temporal o espacial⁵⁶.

Según Manresa⁵⁷, en general los acuerdos entre partícipes se tendrían que adoptar una vez oídos los otros miembros de la comunidad, pero ésta no parece ser la postura de la jurisprudencia. Esta cuestión la resuelve el derecho alemán estableciendo que se deberá escuchar siempre al partícipe minoritario⁵⁸, a quien en cualquier caso le queda abierto el recurso a la autoridad judicial (§ 745 II). En cambio, en el artículo 552-7.2 CCCat establece expresamente que las decisiones relativas a actos de administración ordinaria obligan a los partícipes disidentes, aunque luego el artículo 552-7.4 prevé igualmente que quienes se consideran perjudicados por un acuerdo podrán acudir a la autoridad judicial, que puede incluso nombrar un administrador.

Por último, se plantea la cuestión sobre la eficacia frente al propietario o al usufructuario de los pactos relativos al uso o a la admi-

⁵⁵ Cfr. en detalle ALBALADEJO, M., *Derecho civil III. Derecho de bienes*, 10.^a ed., Edisofer, Madrid, 2004, p. 379 s.

⁵⁶ Como la que se efectúa en la STS de 31 de julio de 2007 (RJ 1998/6930) aunque el Tribunal considera que ésta es una decisión que se toma en el marco del artículo 398 CC. (FJ 2.º).

⁵⁷ MANRESA y NAVARRO, J. M.^a, *Comentarios al Código civil español, Tomo III*, Reus, Madrid, 1952, p. 623; LUNA SERRANO, A., en: Lacruz Berdejo, J. L., *Elementos de Derecho civil III/2*, 2001, p. 352; VÁZQUEZ BARROS, S., (nt. 45), p. 119. En otro sentido PUIG PEÑA, F., p. 295.

⁵⁸ LANGHEIN, G.-H., § 745 BGB, (nt. 18), Rn 20, pp. 156 ss.

nistración realizados por los partícipes que les han precedido en la situación de comunidad, ya sea como usufructuarios o como propietarios. En este punto cabe distinguir dos supuestos. En primer lugar, esta cuestión puede surgir por ejemplo cuando existía un couusufructo sobre la finca de un único propietario⁵⁹ y uno de los derechos de usufructo se extingue por consolidación, o cuando (viceversa) existiendo previamente una situación de condominio, uno de los partícipes constituye un usufructo sobre su cuota y posteriormente enajena la nuda propiedad al otro partícipe. Lo que sucede en estos dos casos es que no se produce una subrogación en una cuota o derecho preexistente, sino que puede decirse que extingue el condominio o couusufructo y se crea una comunidad de uso, por lo que, con independencia de si los sujetos integrantes son los mismos, debe entenderse que los pactos anteriores han agotado sus efectos, y cualesquiera posteriores deberán respetar en todo caso lo pactado en el título constitutivo del usufructo.

En segundo lugar, puede pasar simplemente que el usufructuario o el propietario enajenen su derecho. Si por ejemplo usufructuario de cuota y propietario han pactado que el primero usará la cosa de enero a junio y el segundo de julio a diciembre, ¿quedá obligado quien adquiere el usufructo o la propiedad a respetar este pacto? Ello se resuelve en derecho alemán mediante la aplicación a la comunidad de uso del § 1010 BGB, por el cual los acuerdos por los que se regula la administración de un condominio tienen efecto frente a los adquirentes posteriores solamente cuando han sido inscritos como gravamen en el Registro⁶⁰. Sin embargo, a este artículo debe oponerse la norma general contenida en el § 746, que establece la eficacia de los acuerdos sobre el uso y la administración frente a los adquirentes posteriores. Está claro que, en el marco de un condominio, los partícipes pueden otorgar publicidad registral a los pactos sobre el uso, y solamente en este caso resultaría afectado por ellos el tercero⁶¹, pero para lograr lo equivalente en el caso que nos ocupase tendría que modificar a posteriori el título constitutivo del usufructo, lo cual no es posible.

3. REPARTO DE GASTOS Y CARGAS

En general, y tal como se recoge en los tres ordenamientos estudiados, en el marco del usufructo se deben atribuir al usufructuario o al propietario las siguientes obligaciones: realizar actos de con-

⁵⁹ *Cfr.* artículo 392 CC.

⁶⁰ *Staudinger/Frank*, § 1066, Rn. 15, 2002.

⁶¹ *Cfr.* al respecto MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, p. 78.

servación de la cosa o mejoras o correr con los gastos originados por los mismos; asumir cargas públicas y privadas asociadas a sus derechos, y, por último, hacerse cargo de las primas de un eventual seguro sobre la finca usufructuada. En el contexto que nos ocupa, la referencia a las normas del usufructo es necesaria para determinar si operará indiscriminadamente el principio de proporcionalidad, repartiéndose los gastos y cargas entre usufructuario y propietario en proporción a su cuota⁶², o si, por el contrario, existen determinadas obligaciones que corresponden en exclusiva al propietario o al usufructuario, con independencia de su concurrencia con otro en el uso y disfrute. Resultará interesante constatar, acto seguido, como el Código civil, el BGB y el CCCat no son tan unánimes como se podía esperar a la hora de definir el reparto de gastos y cargas entre nudo propietario y usufructuario, ello sin olvidar que las normas que se van a tratar tienen –por lo general⁶³– carácter dispositivo.

El principio de proporcionalidad en el reparto de gastos y cargas forma parte del núcleo de toda regulación de las situaciones de comunidad. Su manifestación en el Código civil se encuentra, como es sabido, en el artículo 393 CC, que establece que la participación en los beneficios y en las cargas será proporcional a las respectivas cuotas, y que éstas, mientras no se demuestre lo contrario, se presumirán iguales. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2002⁶⁴, en su Fundamento Jurídico Segundo, remarca que la proporcionalidad no se refiere solamente a la percepción los frutos y utilidades, sino también a las cargas y gastos. El equivalente al artículo 393 CC en el BGB es el § 748, y finalmente el artículo 552-8.1 CCCat establece el deber de cada cotitular de contribuir en proporción a su cuota a los gastos necesarios para la conservación, el uso y el rendimiento del objeto de la comunidad, y también a los gastos de reforma y mejora que haya acordado la mayoría. De acuerdo con el párrafo segundo de este mismo artículo, si alguno de los cotitulares ha avanzado gastos puede exigir el resarcimiento a los otros titulares juntamente con los intereses legales devengados desde el momento en que los reclama fehacientemente. Además, y en virtud del artículo 130 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, que establece la compe-

⁶² *Cfr. D. 7. 1. 50. (Paulus libro III. Ad Vitellium) Titius Maevio fundum Tusculanum reliquit, eiusque fidei commisit, ut eiusdem fundi partis dimidiae usufructum Titiae praestaret. Maevius villam vetustate corruptam, necessariam cogendis et conservandis fructibus, aedificavit; quaesitum est, an sumtus partem proportione ususfructus Titia agnoscere debeat? Respondit Scaevola, si, priusquam ususfructus praestaretur, necessario aedificasset, non alias cogendum restituere, quam eius sumtus ratio heberetur.*

⁶³ Art. 467 CC *in fine*, artículo 561-1.1 CCCat; sobre el BGB *cfr. Müko/POHLMANN, vor § 1030, Rn. 21, p. 1445.*

⁶⁴ RJ 2002/10754.

tencia exclusiva de la Generalitat en materia de normas procesales que se deriven de las particularidades del derecho sustantivo catalán⁶⁵, en el artículo 551-1 CCCat se prevé expresamente el recurso al procedimiento monitorio para cobrar las posibles deudas.

A) *Conservación*

Como ya se ha apuntado, en aplicación del principio *salva rerum substantia* se genera tanto para el usufructuario y como para el propietario el deber de contribuir a la conservación de la cosa objeto del usufructo. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el tratamiento de este deber de conservación en el régimen legal del usufructo, que se traduce en la obligación o prohibición de llevar a cabo determinadas acciones o bien de hacer frente a determinados gastos, está pensado para el caso en que el usufructuario es el único poseedor de un bien que tiene que devolver sin menoscabo al final del usufructo. Al existir posesión conjunta de propietario y usufructuario, estas normas deben ser objeto de revisión a la luz de las normas de la comunidad.

El Código civil, el BGB y el CCCat obligan en general al usufructuario a llevar a cabo aquellas actuaciones o a cubrir aquellos gastos necesarios para la conservación de la cosa objeto del usufructo, entendiendo conservación como «mantenimiento» y no como «mejora». Se trata, en definitiva, de mantener la «potencia reditual» de la cosa objeto del usufructo⁶⁶. Como consecuencia, los gastos útiles o suntuarios o las reparaciones no periódicas o extraordinarias irán exclusivamente a cargo del nudo propietario. A este resultado se llega sin embargo por distintas vías: Si la contraposición entre reparaciones ordinarias y reparaciones extraordinarias y mejoras es relevante para el Código civil (arts. 500, 501, 487, 503 CC) y –junto con los conceptos de mantenimiento y suministro– para el CCCat (arts. 561-12, 561-6.4), el BGB opta simplemente por establecer la obligación de realizar «aquellas reparaciones o renovaciones necesarias para el mantenimiento de la función económica de la cosa» (§ 1041), afirmando sin embargo que el usufructuario no está obligado hacerse cargo de aquellas alteraciones o deterioros de la cosa que sean consecuencia del ejercicio ordinario del usufructo (§ 1050).

⁶⁵ PUIG FERRIOL, L./ ROCA TRIAS, E., p. 318.

⁶⁶ BELUCHE RINCÓN, I., *La relación obligatoria del usufructo*, Civitas, Madrid, 1996, p. 153; GINER GARGALLO, A. (dir.) /CLAVELL HERNÁNDEZ, V., (coord.), «art. 561-12 CCCat», p. 1190.

De acuerdo con el artículo 500 CC, el usufructuario está obligado a realizar las reparaciones ordinarias (regulares y periódicas, y que no superen la renta del objeto sobre el que se practican⁶⁷). Además, el artículo 500.2 *in fine* prevé que si el usufructuario no realiza las reparaciones ordinarias después de requerido por el propietario, éste las podrá efectuar a cuenta del primero. *A sensu contrario*, en ausencia de requerimiento previo al usufructuario, no es posible luego pedir el reembolso. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, el propietario está siempre obligado a hacerse cargo de los gastos resultantes de las reparaciones ordinarias, en proporción a su cuota. En tanto que generadoras de gastos necesarios para la conservación, estas reparaciones las podrán llevar a cabo usufructuario y propietario indistintamente y cualquiera podrá obligar al otro a contribuir. Esto es lo que se deriva del artículo 395 CC, y otra solución sería injusta dado que la razón por la cual se entiende que el usufructuario se tiene que hacer cargo de las reparaciones ordinarias es porque es él en exclusiva quien tiene el derecho de usar y disfrutar los bienes objeto del usufructo (*ubi emolumentum, ibi onus*)⁶⁸, cosa que no ocurre cuando también existe un propietario pleno de una cuota indivisa que está poseyendo conjuntamente con él. Por otro lado, si ambos están poseyendo, resulta muy difícil o directamente imposible determinar cuándo el usufructuario ha cumplido con la obligación del artículo 500 CC llevando a cabo la parte de las reparaciones ordinarias que le correspondería realizar de acuerdo con su cuota, argumento éste que sirve para confirmar la inaplicabilidad del artículo 500.2 *in fine* cuando existe coposición. En resumen, ni propietario ni usufructuario están obligados personalmente a realizar estas reparaciones ordinarias, sino que simplemente deberán pagar la parte proporcional de los gastos generados por las mismas.

Sobre la obligatoriedad de la realización de reparaciones extraordinarias por parte del propietario existe una discusión doctrinal. Parece no obstante que, de acuerdo con la opinión mayoritaria, éste no estaría obligado a llevarlas a cabo⁶⁹. El artículo 502.1

⁶⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, III/2, Dykinson, Madrid, 2001, p. 46.

⁶⁸ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. III, 7.^a ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 340; GARCÍA CANTERO, G., «Art. 500» en: PAZ-ARES, C. (dir.) *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1331.

⁶⁹ ALBALADEJO, M., *Derecho civil III. Derecho de bienes*, Edisofer, Madrid, 2004, pp. 500-501; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., Art. 502, en: ALBALADEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo VII, vol. 1, pp. 338 ss.; BELUCHE RINCÓN, I., (nt. 56) p. 191; GINEB RARGALLO, A. (dir.) /CLAVELL HERNÁNDEZ, V., (coord.), «Art. 561-12 CCCat», p. 1195; ALBÁCAR, J. L./CABANILLAS, S., «Arts. 501 y 502», en: *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia, Tomo II*, Trivium, Madrid, 1995, p. 1208-1209; DE BUSTOS GÓMEZ RICO, M., «Art. 502», en: Sierra Gil de la Cuesta, I.,

da derecho al propietario que ha llevado a cabo las reparaciones extraordinarias a exigir al usufructuario los intereses legales generados por la cantidad invertida mientras dura el usufructo. Esto último se explica porque normalmente el usufructuario disfruta en exclusiva durante un tiempo de los resultados de dichas reparaciones⁷⁰, lo que no ocurre si existe coposesión, por lo cual este derecho del propietario carece de sentido en el caso planteado. El artículo 502 permite al usufructuario llevar a cabo él mismo estas reparaciones extraordinarias⁷¹, pero no puede pedir su resarcimiento al nudo propietario, sino que solamente puede pedir el aumento de valor que haya experimentado la cosa, estableciéndose un derecho de retención si éste se niega a pagar (art. 502 *in fine*), y ello solamente cuando estas reparaciones sean indispensables para la subsistencia de la cosa y además haya informado previamente al nudo propietario de la necesidad de hacerlas (art. 501 CC)⁷².

¿Puede el usufructuario de cuota, a diferencia del usufructuario del todo, exigir al nudo propietario que contribuya a los gastos ocasionados por reparaciones extraordinarias, cuando éstas, por ser indispensables para la subsistencia del bien, generen gastos subsu-
mibles en la categoría de gastos de conservación del artículo 395 CC? La finalidad del artículo 502 es que el propietario no se vea perjudicado por tener que hacer frente a unas reparaciones, a veces costosas, de las que no se beneficia de forma inmediata⁷³ y que en su condición de propietario podría descuidar, ya que tiene el derecho de abusar de la cosa, pero que tampoco obtenga al final del usufructo un beneficio por la actuación diligente del usufructuario. Pero en el caso objeto de estudio hay un supuesto de hecho distinto. En primer lugar, al poseer la cosa conjuntamente con el usufructuario de cuota, el nudo propietario está beneficiándose directamente de las reparaciones realizadas por el primero. En segundo lugar, como se ha dicho, tanto el artículo 489 como el 394 le impiden descuidar el objeto de su propiedad mientras comparta su posesión con el usufructuario. Si sin embargo se aplica estrictamente el artículo 502, se da la paradoja de que el usufructuario de cuota que

Comentario del Código civil, p. 566; a favor de la existencia de la obligación GARCÍA CANTERO, G., «Artículo 501», en: PAZ-ARES, C. (dir.) *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1334-1335; DOMÍNGUEZ PLATAS, J., *Obligación y derecho real de goce*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 134; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho civil, Derechos reales*, 2.ª ed., Bercal, Madrid, 2008, p. 253; SÁNCHEZ CALERO, F. J., *Derechos reales y registral inmobiliario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 265.

⁷⁰ Cfr. por ejemplo DOMÍNGUEZ PLATAS, J., *Obligación y derecho real de goce*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 145.

⁷¹ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª, p. 388.

⁷² BELUCHE RINCÓN, I., p. 210.

⁷³ GINER GARGALLO, A. (dir.) /CLAVELL HERNÁNDEZ, V., (coord.), «Art. 561-12 CCCat», p. 1195.

realiza una reparación extraordinaria necesaria para la subsistencia de la cosa (es decir, que no podía esperar al final del usufructo) de los resultados de la cual se ha estado beneficiando también el nudo propietario, solamente podrá recibir al final del usufructo el aumento de valor, que puede coincidir o no con lo que el propietario estaría obligado a pagar por razón de su cuota de tratarse de una reparación ordinaria. Por tanto, parece que se tendría que privilegiar el artículo 395 frente al 502 al entender que en este supuesto ambos responden de los gastos generados por este tipo de reparaciones. Además (admitiendo ya lo arriesgado de la argumentación) se tendría que ir incluso más allá y conceder al usufructuario el aumento de valor en proporción a su cuota⁷⁴.

La regulación de los gastos de conservación en el usufructo alemán no genera, a simple vista, tantas cuestiones. El BGB prevé en el § 1041 que el usufructuario tiene que velar por la conservación de la cosa en su aspecto económico, y esto incluye hacerse cargo de reparaciones y renovaciones siempre que sean necesarias para el mantenimiento ordinario de la cosa. Estas reparaciones y renovaciones (medidas técnicas de reparación y saneamiento) se caracterizan por ser periódicas y recurrentes⁷⁵. De acuerdo con el § 1042, el usufructuario ha de dar noticia de ello inmediatamente al propietario en el caso en que sea necesaria una reparación o renovación extraordinaria de la cosa, cuando la cosa se destruye y se deteriora, o cuando es necesario tomar medidas para proteger la cosa de un peligro imprevisto, a lo que el § 1043 añade que si el usufructuario hace por su cuenta alguna reparación o renovación extraordinaria que sea necesaria podrá utilizar con esa finalidad, siempre dentro de los límites de una administración adecuada, partes integrantes de la finca que no se correspondan con los frutos que tiene derecho a percibir⁷⁶, aunque esto no significa que las pueda dedicar a finan-

⁷⁴ En sede del usufructo sobre una cuota de condominio –que como hemos visto no se corresponde con el que aquí se trata– Miquel defiende una solución más apegada al texto de la ley: «[el usufructuario] sólo podrá exigir de los demás comuneros –sean usufructuarios o plenos propietarios– las reparaciones ordinarias, no las extraordinarias, aunque sean indispensables para la subsistencia de la cosa (art. 522), ya que tales reparaciones no parece que pueda exigirlas del nudo propietario y no son de cuenta de los usufructuarios. Pero el usufructuario está legitimado para hacerlas (art. 502, 2.º) con derecho a exigir el aumento de valor al finalizar el usufructo. El nudo propietario podrá, desde luego, exigir [a los demás comuneros] los gastos correspondientes a las reparaciones extraordinarias que sean indispensables para la subsistencia de la cosa, es decir, las que deban considerarse como gastos de conservación, y además los gastos de conservación relativos a las reparaciones ordinarias a su usufructuario: tal es lo que resulta del artículo 500.» MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, p. 113.

⁷⁵ MICHALSKI, L., «§ 1041 BGB», en: Erman, W., *Bürgerliches Gesetzbuch*, Rn. 1, p. 3925; Bamberger-Roth/ Wegmann, § 1041 BGB, Rn. 4, p. 2263.

⁷⁶ Soergel/STÜRNER, § 1043, p. 58 Rn. 1-4; MüKo/POHLMANN, § 1043, p. 1501, Rn. 1.

ciar actuaciones de terceros, sino que tan sólo se permite su utilización inmediata⁷⁷ (por ejemplo, construir una cabaña con materiales existentes en la finca). Esto último sin embargo no excluye la utilización de medios propios, que es cuando tendrá derecho a ser resarcido por el propietario⁷⁸. En caso de no llevar a cabo el usufructuario estas mejoras, las podrá hacer el propietario (§ 1044), pudiéndose servir también de estas partes citadas de la finca. En este caso, el usufructuario ha de tolerar las medidas que emprenda el propietario, aunque la utilización de las partes de la finca que no pertenezcan a los frutos se pueda traducir posteriormente en una disminución de los mismos⁷⁹. Todas las actuaciones referentes al mantenimiento de la cosa van en principio a cargo del usufructuario, mientras que el propietario sólo interviene cuando previamente se ha constatado la inactividad del primero. A diferencia pues de lo que ocurre en el ámbito del Código Civil, en derecho alemán queda absolutamente claro que el propietario no está obligado a llevar a cabo ninguna reparación, pero si el usufructuario lleva a cabo un gasto extraordinario para la conservación de la cosa puede pedir el resarcimiento al propietario por la vía de la gestión de negocios ajenos (§§ 683 ss. BGB)⁸⁰. La jurisprudencia⁸¹ deja claro que el usufructuario de cuota solamente responde de gastos (reparaciones o mejoras) que sean necesarios para la conservación del bien, quedando fuera los que son meramente útiles o de recreo. Para ello, tanto el usufructuario como el propietario podrán servirse en primer lugar de partes integrantes de la finca, aún cuando ello pueda repercutir en una disminución de los frutos, que ambos tendrán que soportar en proporción a su cuota.

El tratamiento de los gastos del usufructo en el CCCat es vagamente parecido a la del Código Civil, por lo que las soluciones en caso de coposesión han de ser forzosamente similares. El CCCat recoge en un solo artículo, el 561-12, todos los gastos a que tienen que hacer frente usufructuario y nudo propietario, no solamente los relativos a la conservación (mantenimiento, reparaciones, suministros) sino también tributos y tasas de contribución anual. De este régimen ya se ha dicho, pese a su novedad, que es insuficiente y deficiente. Si bien es cierto que la conservación de la cosa en su

⁷⁷ *MüKo/POHLMANN*, § 1043, p. 1502, Rn. 4, *AnwKomm/LEMKE*, § 1043, p. 845, Rn. 7.

⁷⁸ *AnwKomm/LEMKE*, § 1043, p. 846, Rn. 9.

⁷⁹ *Soergel/STÜRNER*, § 1043, p. 58 Rn. 1-4; *Staudinger/FRANK*, § 1043, p. 472-423, Rn. 1-6.

⁸⁰ *Soergel/STÜRNER*, § 1043, p. 58 Rn. 4; *Ermann/MICHALSKI*, § 1041 BGB, Rn. 1, p. 3925.

⁸¹ Sentencia del BGH de 6 de junio de 2003-V ZR 392/02 (*LG Frankenthal*), *NJW-RR* 2003, pp. 1290 ss.

aptitud productiva requiere que se realice un mantenimiento de la misma, este mantenimiento puede ir más allá de la simple realización de reparaciones y su atribución en exclusiva al usufructuario puede resultarle una carga excesiva⁸². El usufructuario está obligado a hacerse cargo de las reparaciones ordinarias, del mantenimiento en general y de los suministros, mientras que las reparaciones extraordinarias «corren a cargo del propietario» siempre que no sean consecuencia de un incumplimiento del usufructuario.

A pesar de la pretensión de exhaustividad del CCCat, en el mismo no se da ninguna definición de lo que se tiene que entender por reparaciones ordinarias, por lo que, como tradicionalmente⁸³, se continúa acudiendo al artículo 500 CC⁸⁴. Si el usufructuario no lleva a cabo estas reparaciones y las realiza en su lugar el propietario (previo requerimiento) se genera un crédito a favor de este último. Pero además, en derecho catalán el usufructuario debe hacerse cargo de los suministros, concepto que parece ser el heredero de los «consumos ordinarios» del artículo 7 LUUH. El legislador se refiere a aquellos gastos derivados de servicios destinados a los bienes objeto del usufructo (agua, electricidad, etc.) y no tanto a derivados de servicios contratados por el usufructuario en tanto que consumidor directo⁸⁵. Esta diferenciación puede tener alguna relevancia cuando usufructuario y propietario están poseyendo conjuntamente, ya que ninguno de ellos está obligado a pagar la proporción de aquellos gastos derivados de suministros que son resultado del consumo personal del otro y no están relacionados con el bien *per se*.

Como ya se ha observado, respecto de las reparaciones extraordinarias se recoge casi textualmente la polémica expresión del Código Civil⁸⁶, ya que «corren a cargo» del nudo propietario. Si éste las lleva a cabo puede pedir el interés de las cantidades invertidas al usufructuario, mientras que el artículo 561-16.4 concede a los usufructuarios o sus herederos que han realizado reparaciones extraordinarias que no derivan de un incumplimiento un derecho

⁸² GINER GARGALLO, A. (dir.) /CLAVELL HERNÁNDEZ, V., (coord.), «Art. 561-12 CCCat», pp. 1189 ss.

⁸³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Art. 7 LUUH», en: Colegio de Registradores (coord.) *Comentarios de Derecho patrimonial catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 189; MOLL DE ALBA LACUVE, Ch., artículo 7 LUUH, en: HERNÁNDEZ-MORENO, A.(dir.)/ VILLAGRASA ALCÁIDE, C., ANDERSON M. (coords.) *Comentarios a la Ley 13/2000 de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación*, Difusión, Barcelona, 2003, pp. 63 ss.

⁸⁴ Cfr. GINER GARGALLO, A. (dir.) /CLAVELL HERNÁNDEZ, V., (coord.), «Art. 561-12 CCCat», p. 1191.

⁸⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., p. 191; PUIG FERRIOL, L./ ROCA TRIAS, E., p. 496; GINER GARGALLO, A. (dir.) /CLAVELL HERNÁNDEZ, V., (coord.), «Art. 561-12 CCCat», pp. 1192 ss.

⁸⁶ Igualmente recogida por el artículo 605 del Code civil francés y el artículo 1005 del Codice civile italiano.

de retención por razón de los gastos debidos⁸⁷. Así pues, no se les concede el aumento de valor al final del usufructo como en el artículo 502 CC, sino que el nudo propietario pasa a ser deudor del importe de las mismas, lo que contrasta (positivamente) con el imprevisible resultado de la atribución del aumento de valor experimentado por la finca de acuerdo con el artículo 502.2 CC, y ello con independencia de si estas reparaciones son indispensables o no para la subsistencia de la cosa. Esto significa que en derecho catalán se ha optado de forma clara por no obligar al nudo propietario a realizar las reparaciones extraordinarias, pero sí a pagarlas⁸⁸. Son derivadas de un incumplimiento del usufructuario aquellas reparaciones extraordinarias resultado de la no realización de reparaciones ordinarias y mantenimiento. Aunque el CCCat no contempla expresamente la obligación del usufructuario de poner en conocimiento del nudo propietario la necesidad urgente de realizarlas (art. 501 CC), se ha considerado que no hay inconveniente en aplicar esta disposición, justificándose además este deber en base a los artículos 561-2.3 y 561-8.2⁸⁹.

Visto esto, queda claro que en caso de coposesión de usufructuario de cuota y nudo propietario ambos están obligados a hacerse cargo de las reparaciones ordinarias en proporción a sus cuotas en tanto que gastos de conservación, aunque ahora en virtud del artículo 552-8 CCCat, y ello con independencia de si, habiéndolas realizado el nudo propietario, ha habido un requerimiento previo al usufructuario. Respecto de las reparaciones extraordinarias, el razonamiento seguido por el legislador catalán es que, al no tener el nudo propietario la posesión y el goce de la cosa, no puede exigírsele que las lleve a cabo, y si lo hace, le corresponden los intereses de las cantidades invertidas. Ahora bien, si el usufructuario las lleva a cabo, éste debe ser resarcido. Esta solución tiene que ser por fuerza diferente cuando también el nudo propietario se beneficia directamente de las reparaciones llevadas a cabo, ya sea por él o por el usufructuario. Entonces parece que cada uno podría contribuir en proporción a su cuota si eran reparaciones no resultado de un incumplimiento del usufructuario (en este caso son exclusivamente a su cargo) y, al final del usufructo, el usufructuario recuperaría simplemente la cantidad invertida.

⁸⁷ El cual a diferencia del previsto en el Código Civil no es «anticrético», cfr. BELUCHE RINCÓN, I., pp. 216 ss.

⁸⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F., p. 190; GINER GARGALLO, A. (dir.) /CLAVELL HERNÁNDEZ, V., (coord.), «Art. 561-12 CCCat», p. 1195; DEL POZO CARRASCOSA, P./ VAQUER ALOY, A./ BOSCH CAPDEVILA, E., p. 300.

⁸⁹ Cfr. GINER GARGALLO, A. (dir.) /CLAVELL HERNÁNDEZ, V., (coord.), «Art. 561-12 CCCat», p. 1195.

B) Mejoras

Las mejoras se diferencian de las reparaciones (en especial, de las extraordinarias) porque no van dirigidas a conservar, sino a aumentar el valor o utilidad o a reportar ventajas o beneficios puramente estéticos o de comodidad⁹⁰. Debe diferenciarse entre mejoras necesarias (las que, produciendo un incremento de valor, sirven también para conservar), útiles (cuando generan un aumento en el valor de la cosa y en su productividad) y suntuarias o de recreo.

En el marco de la comunidad de uso entre usufructuario y nudo propietario, si éstos quieren realizar conjuntamente mejoras se tienen que poner de acuerdo, ya sea porque se trata de medidas «para el mejor disfrute de la cosa común» (art. 398 CC) o porque, al ser éstas de tal entidad que suponen una alteración de la finca, es necesaria unanimidad (art. 397 CC). Al final del usufructo el usufructuario podría retirar, si esto fuese posible sin detrimento de los bienes (art. 487 CC) la parte proporcional de las mejoras, y por no tratarle peor que al usufructuario del todo podría considerarse que el propietario está obligado a indemnizar al usufructuario cuando es posible retirar el todo, pero no la parte. Aún así no debe perderse de vista que la función del *ius tollendi* del usufructuario es principalmente evitar que el nudo propietario tenga que pagar unas mejoras la realización de las cuales él no ha decidido, evitando al mismo tiempo conductas abusivas del usufructuario⁹¹, por lo que esta cautela que persigue desincentivar al usufructuario no tiene mucho sentido cuando la realización de mejoras es de mutuo acuerdo. Entonces, en el supuesto estudiado sí debe indemnizar el nudo propietario al usufructuario devolviéndole al final del usufructo lo que ha invertido en la mejora, lo cual en el caso estudiado es una solución mucho más simple que el recurso al artículo 488 CC por imposibilidad de retirar las mejoras. De todos modos, usufructuario y nudo propietario pueden realizar siempre mejoras en la cosa usufructuada si no se trata de alteraciones que deban ser decididas por unanimidad de acuerdo con el artículo 397 CC, y en ese caso regirán simplemente los artículos 503 y 487.

En derecho alemán el § 1041 BGB no habla de las mejoras, sino que simplemente establece que el usufructuario solamente está obligado a hacerse cargo de aquellas reparaciones y renovacio-

⁹⁰ Cfr. DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Art. 487» en: Albaladejo, M. (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VII, vol. 1, Edersa 1992; GARCÍA PÉREZ, C., en: Rams Albesa, J. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, III, p. 764; GINER GARGALLO, A. (dir.) /CLAVELL HERNÁNDEZ, V., (coord.), «Art. 561-12 CCCat», p. 1194.

⁹¹ Cfr. DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., «Art. 487» en: Albaladejo, M. (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VII, vol. 1, Edersa 1992; GARCÍA PÉREZ, C., en: Rams Albesa, J. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, III, p. 765.

nes que sean resultado de una administración ordenada y usual. Ello no le impide desde luego realizar mejoras por su cuenta y sin derecho a indemnización. También puede ponerse de acuerdo con el nudo propietario (§ 745 BGB).

En derecho catalán, el artículo 561-6.4 permite a los usufructuarios introducir mejoras en la cosa usufructuada dentro de los límites de su derecho, excluyéndose las mejoras necesarias, ya que éstas, de acuerdo con el artículo 561-12.3, son a cargo del nudo propietario, siempre que no se deriven de un incumplimiento del usufructuario⁹². No está del todo claro si este artículo impide la indemnización del nudo propietario al usufructuario como alternativa al *ius tollendi*⁹³ del segundo, que podría ser posible de acuerdo con el artículo 522-4.2, relativo a la liquidación de la posesión de buena fe⁹⁴.

En el usufructo estudiado, usufructuario y nudo propietario pueden decidir realizar unilateralmente mejoras en la cosa usufructuada, y entonces en aplicación del artículo 552-6.3, si uno de ellos lleva a cabo mejoras sin la oposición expresa de los demás durante el plazo de un año (tolerancia equiparada al consentimiento tácito) quien las haya llevado a cabo puede pedir el resarcimiento con los intereses desde el momento en que los reclamó de forma fehaciente. Si además quien realiza estas mejoras es un usufructuario, al final del usufructo podrá ejercer en todo caso su *ius tollendi* retirando la parte de dichas mejoras que se corresponda con su aportación si ello es posible sin deteriorar el objeto y, si se sigue la opinión más arriba expuesta, podrá optar alternativamente por ser indemnizado por el nudo propietario. Si, por el contrario, usufructuario y nudo propietario se ponen de acuerdo para realizar conjuntamente las mejoras, puede repetirse el razonamiento realizado en sede del Código Civil y considerar que el nudo propietario debe indemnizar al propietario.

C) Cargas

La atribución al usufructuario o al nudo propietario de las cargas públicas y privadas llevada a cabo por los distintos ordenamientos estudiados no se basa tanto en el hecho del uso y disfrute en exclu-

⁹² Según Puig Ferriol este es el significado que debe darse a «contribuciones especiales que implican una mejora permanente de los bienes usufructuados», cfr. PUIG FERRIOL, L./ ROCA TRIAS, E., p. 502.

⁹³ Existente en derecho catalán antes del Código Civil, cfr. ELÍAS, J. A. /DE FERRATER, E., *Manual del Derecho civil vigente en Cataluña*, Barcelona, 1842, p. 201.

⁹⁴ Cfr. GINER GARGALLO, A. (dir.) /CLAVELL HERNÁNDEZ, V., (coord.), «Art. 561-12 CCCat», p. 1155 con PUIG FERRIOL, L./ ROCA TRIAS, E., p. 502.

siva del usufructuario, sino en la circunstancia de si dichas cargas lo son del disfrute, y por tanto recaen en el usufructuario, o del capital, caso en el que recaen en el nudo propietario⁹⁵. Así pues, puede ya avanzarse que entre los partícipes de la comunidad de uso es razonable que se repartan solamente las cargas del disfrute, quedando siempre las del capital a cargo del nudo propietario. Las normas que se van a manejar (art. 504 ss. CC, § 1047 BGB, art. 561-12 CCCat) tratan sólo de las relaciones internas entre usufructuario y nudo propietario⁹⁶. Esto significa que, en el marco de las obligaciones tributarias, aunque la ley atribuyese la condición de únicamente al propietario, el usufructario estaría igualmente obligado a pagarle la cantidad correspondiente⁹⁷.

a) Cargas públicas

De entre las cargas públicas, aquellas referidas a los frutos y/o de carácter periódico se atribuyen sin excepción al usufructuario, mientras que aquellas «contribuciones que durante el usufructo se impongan directamente sobre el capital» del artículo 505 CC, término éste que equivale a «las cargas públicas extraordinarias que se contemplan sobre el valor originario de la cosa» del § 1047 BGB⁹⁸ y a las contribuciones especiales que impliquen una mejora permanente de los bienes usufructuados del artículo 561-12.3 CCCat⁹⁹, las tiene que pagar el nudo propietario. Entre éstas se encuentran, entre otras, las que gravan el incremento de valor y las cargas derivadas del planeamiento urbanístico¹⁰⁰. Por el contrario el usufructuario está obligado a hacerse cargo del pago de las contribuciones anuales y de las que se consideran gravámenes de los frutos (art. 504 CC), o, lo que es lo mismo, de las tasas y tributos de devengo anual (art. 561-12.1 CCCat). Especial consideración merece en nuestro ordenamiento el Impuesto de Bienes Inmuebles, el cual en condi-

⁹⁵ Cfr. GARCÍA CANTERO, G., «Art. 504» en: PAZ-ARES, C. (dir.) *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 1340 ss.; RIVERO HERNÁNDEZ, p. 191; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., p. 350; PUIG PEÑA, F., pp. 414 ss.

⁹⁶ Staunding/FRAK, § 1047, Rn. 1; MüKo/POHLMANN, § 1047, Rn. 10, p. 1511.

⁹⁷ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., p. 341; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, Ed. Revista del Derecho Privado, Madrid, 1989, p. 883; ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., CABANILLAS MÚGICA, S., «Art. 504», (nt.69), p. 1211; DE BUSTOS GÓMEZ RICO, M., «Art. 504», (nt. 69) p. 570; en el mismo sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, F., p. 192.

⁹⁸ Ermann/MICHALSKI, BGB, § 1047, p. 3038, Rn. 4; Palandt/BASSEN, § 1043, p. 1492, Rn. 2; Soergel/Stürner, p. 67, Rn. 8.

⁹⁹ Lo son, de acuerdo con RIVERO HERNÁNDEZ (p. 192), los impuestos sobre el patrimonio, las relacionadas con inversiones en: la cosa, construcciones y plantaciones, etc.

¹⁰⁰ PUIG FERRIOL, L./ROCA TRIAS, E., p. 520.

ciones normales tendría que pagar únicamente el usufructuario¹⁰¹, cosa que además establece la legislación tributaria¹⁰².

Pero en el caso objeto de estudio, alguien ajeno al ordenamiento jurídico español podría pretender que el usufructuario de cuota indivisa está obligado a tributar no solamente por su usufructo sino a pagar la cuota correspondiente de la carga tributaria global. Sin embargo, como se ha visto de la legislación tributaria se deriva de buen principio la inexistencia, en este caso, de una carga tributaria global a repartir en el marco de las relaciones internas, ya que el usufructuario de cuota indivisa tiene que declarar y tributar exclusivamente por el usufructo del cual es titular, mientras que el propietario declarará y pagará su cuota indivisa de plena propiedad. Solamente en el caso en que el propietario lo hubiese pagado todo, se podría pensar que exigiese al usufructuario, precisamente dentro del marco de las relaciones internas a que se refieren tanto el artículo 504 CC como el artículo 561-12.2 CCCat, la restitución de determinada cantidad en proporción a la cuota¹⁰³. Esta posibilidad no es muy convincente, ya que es incierto que la proporción en la cuota tributaria gravando toda la propiedad (que, en otro orden de cosas, habría sido indebidamente recibida por Hacienda y generaría un derecho a la devolución por parte del propietario) coincida exactamente con la cuota tributaria concreta a pagar por el usufructuario en virtud de la titularidad de su derecho¹⁰⁴. Aunque no tienen carácter periódico, se considera que el usufructuario es quien se tiene que hacer cargo del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados¹⁰⁵, generado por la constitución y extinción de su derecho, así como, por ejemplo, del IVA, o del Impuesto de Circulación. Suponiendo que el contribuyente en estos casos fuese el propietario, y teniendo en cuenta lo que se ha dicho al principio, se podría aquí considerar si el usufructuario de cuota, en las relaciones internas, debe reembolsar al nudo propietario solamente la parte correspondiente a su cuota.

Carga pública en el sentido del § 1047 BGB es una obligación tributaria que se cumplirá mediante un único pago o pagos periódicos.

¹⁰¹ *Cfr. RDGRN de 29 de mayo de 1980 (RJ 1980/1999) «la nuda propiedad no está sujeta a la contribución urbana».*

¹⁰² Que sitúa la titularidad de un derecho de usufructo por delante de la titularidad de un derecho de propiedad (art. 61.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales), y además establece que la realización de uno de los hechos imponibles nombrados comporta la no sujeción del inmueble a las modalidades siguientes (art. 61.2 del mismo texto legal).

¹⁰³ *Cfr. PUIG FERRIOL, L./ ROCA TRIAS, E., p. 496.*

¹⁰⁴ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 10 de noviembre de 1998 (AC 1998/7590), se declara la obligación de la actora que tiene el pleno dominio de una mitad indivisa de una finca y el usufructo de la otra a pagar íntegramente el Impuesto de Bienes Inmuebles.

¹⁰⁵ GARCÍA CANTERO, G., «Art. 504» (nt. 95), p. 1341.

cos y que presupone no sólo la responsabilidad personal del deudor, sino que también gravan la cosa. Se tienen que entender incluidos en todo caso aquellos impuestos que gravan la aportación económica de la cosa y que debe asumir el usufructuario, por ejemplo el *Grundsteuer* (equivalente al impuesto sobre bienes inmuebles español pero que solamente grava la propiedad), así como el *Gewerbesteuer* (equiparable al IAE), pero no impuestos personales como el *Vermögensteuer* (Impuesto sobre el patrimonio)¹⁰⁶.

b) Cargas privadas

Se citan como cargas privadas las rentas vitalicias sobre los bienes usufructuados, las deudas hipotecarias y no hipotecarias (art. 506 CC) con sus intereses correspondientes, cánones enfitéuticos y prestaciones que se pagan anualmente, los gastos por pleitos sostenidos sobre el usufructo (art. 512 CC) y los gastos (razonables¹⁰⁷) para la producción de los frutos¹⁰⁸. Respecto de las rentas vitalicias, si éstas forman parte del contenido de un legado, de acuerdo con el artículo 508.2 y 3 CC el usufructuario de parte alícuota de una herencia las pagará en proporción a su cuota, sin que el nudo propietario esté obligado a reembolsarle.

El artículo 509 CC y el artículo 561-13 CCCat excluyen claramente al usufructuario de la obligación de pagar las cuotas de la hipoteca (existente antes de constituirse el usufructo, ya que en caso contrario propietario y usufructuario solamente podrían hipotecar su derecho). Por lo que se refiere al pago de los intereses, la opinión mayoritaria dice que tampoco se le pueden exigir¹⁰⁹, al contrario que en derecho alemán, donde se dice expresamente que el usufructuario debe pagar intereses de la deuda garantizada por la hipoteca pero también en caso de *Grundschulden*¹¹⁰. El usufructuario no se hará cargo de los pagos del principal, a no ser que se pacte en este sentido, ni tampoco de los posibles intereses de demora. Tampoco le afectará el aumento de los intereses debido a una ampliación de la hipoteca o de los tipos legales, ya que su deber se limita a las cargas

¹⁰⁶ *AnwKomm/LEMKE*, § 1047, pp. 852-853, Rn. 9-10; *MiKo/POHLMANN*, § 1047, p. 1510, Rn. 6-7; *Palandt/BASSENZE* § 1047, p. 1493, Rn. 2; en detalle sobre las cargas públicas del usufructo alemán *WEIRICH*, H.-A., (nt. 9), pp. 1057 ss.

¹⁰⁷ Cfr. *GARCÍA CANTERO*, G., «Art. 504», p. 1340 con *PUIG FERRIOL*, L./ *ROCA TRIAS*, E., p. 495.

¹⁰⁸ *PUIG PEÑA*, F., pp. 416 ss.; *RIVERO HERNÁNDEZ*, F., p. 192; *DE BUSTOS GÓMEZ RICO*, M., «Artículo 504» y «Artículo 505», pp. 542-544.

¹⁰⁹ *DÍEZ-PICAZO*, L./ *GULLÓN*, A., p. 341; *VÁZQUEZ IZURIBIETA*, C., p. 883; *SANTOS BRIZ*, J., p. 423; *DE BUSTOS GÓMEZ RICO*, M., «Artículo 509» en: *Sierra Gil de la Cuesta*, I., *Comentario del Código Civil*, Volumen 3, Bosch, 2006, p. 550. Cfr. sin embargo *GARCÍA CANTERO*, G., «Art. 504» en: *Paz-Ares*, C. (dir.) *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1340.

¹¹⁰ §§ 1191 y siguientes BGB.

privadas existentes en el momento de constituirse el usufructo. En cambio, sí se puede pagar más si se pactó un interés variable¹¹¹.

De entre estas cargas privadas, se tiene que diferenciar cuáles lo son del disfrute y cuáles del capital. Está claro que en el usufructo de cuota usufructuario y propietario se verán obligados en proporción a sus cuotas a soportar las cargas derivadas del disfrute, ya que atribuirlas en exclusiva al usufructuario de cuota significaría imponerle las mismas obligaciones que a un usufructuario sobre toda la finca.

D) *Seguro*

De una lectura del artículo 518 CC se puede deducir que ni usufructuario ni nudo propietario están obligados a asegurar la cosa objeto del usufructo¹¹². El deber de asegurar iría, por tanto, más allá del deber de cuidar las cosas usufructuadas «como un buen padre de familia» (art. 497), máximo de diligencia que se puede exigir al usufructuario. Sin embargo, frente a esta interpretación se han esgrimido eficaces argumentos. Según Albaladejo, como asegurar la cosa es camino para conservar, no la cosa en sí, sino el capital que representa, le corresponde al usufructuario el deber de asegurar, al menos respecto de los riesgos que tiene que cubrir un buen padre de familia¹¹³. Añade Beluche que en realidad el artículo 518 no se está pronunciando sobre esta cuestión, ya que trata exclusivamente del caso de siniestro de la cosa usufructuada que estuviese asegurada. En cambio, del artículo 497 CC se derivaría para el usufructuario el deber de contratar un seguro en parte por cuenta ajena (la parte referida a la propiedad) en la que «*concurrirán su propio interés (del usufructuario) con el del nudo propietario, por lo que en caso de siniestro, por aplicación del principio indemnizatorio, dichos intereses habrán de extenderse al precio del seguro*»¹¹⁴.

Si ninguno de los dos está obligado, parece que en el marco de una comunidad de uso ambos se tendrían que poner de acuerdo para contratar conjuntamente en base al artículo 398 CC, y sólo previo pacto se podría obligar al otro a contribuir. Pero de producirse el siniestro, parece que de acuerdo con el artículo 518.1 sola-

¹¹¹ WEIRICH, H.-A., p. 1058; *AnwKomm/LEMKE*, § 1047, p. 854, Rn. 16-22; *Soergell STÜRNER*, § 1047, p. 62, Rn. 9; PÖPPEL, M., (nt. 9), p. 89.

¹¹² DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., p. 428; DE BUSTOS GÓMEZ RICO, M., «Art. 518», en: Sierra Gil de la Cuesta, *Comentario del Código Civil*, Vol. 3, 2000, p. 598: «*El usufructuario está obligado a cuidar (...) pero no a asegurar los bienes usufructuados*»; DÍEZ-PICAZO, L., y GÜLLÓN, A., pp. 349 ss.

¹¹³ ALBALADEJO, M., *Derecho civil III. Derecho de bienes*, Edisofer, Madrid, 2004, pp. 519-520.

¹¹⁴ Cfr. en profundidad BELUCHE RINCÓN, I., pp. 120-135.

mente el propietario podría decidir si construye otro edificio o disfruta del suelo y de los materiales conjuntamente con el usufructuario, abonándole en este caso los intereses del precio del seguro. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares citada al principio¹¹⁵ se condena sin más a la usufructuaria a pagar una octava parte de las primas del contrato de seguro.

A diferencia del Código Civil, el BGB prevé en el § 1045 el deber de asegurar toda la cosa para hacer frente a riesgos, como por ejemplo incendios, cuando esto se corresponda con una administración adecuada¹¹⁶. Esto se ha interpretado en el sentido de que el usufructuario no estará obligado a asegurar la cosa cuando un propietario diligente tampoco lo habría hecho, por ejemplo, debido a su valor mínimo. El seguro contratado por el usufructuario tiene el carácter de seguro por cuenta ajena recogido en el § 74 VVG¹¹⁷, y regulado con detalle en el § 75 de la misma ley¹¹⁸. En el caso que el usufructuario no cumpla con el deber de asegurar, el propietario tiene diferentes opciones: tomar él mismo el seguro y posteriormente, con el consentimiento de la aseguradora, pedir la asunción del mismo por el usufructuario, exigirle compensación por las cuotas que ha avanzado, demandarlo para que cumpla con la obligación de asegurar, y por último, cuando el daño ya se ha producido, pedirle una reparación en base al § 280 BGB¹¹⁹. Si la cosa ya estaba asegurada, será el usufructuario quien se tendrá que hacer cargo de las primas, siempre que tuviese obligación de asegurar. Producido el daño, tendrá lugar una subrogación real y el usufructuario se colocará en la posición del propietario frente a la aseguradora¹²⁰. El propietario, o en su defecto el usufructuario, están también legitimados para pedir que la cantidad a recibir se destine directamente a la reconstrucción de la cosa o como indemnización, cuando esto se corresponda con las normas de una buena administración. Entonces, quien pida la medida será quien cobre la cantidad, con el consentimiento previo del otro¹²¹.

¹¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 4 de septiembre de 2006 (JUR 2006/252261).

¹¹⁶ PÖPPEL, M., p. 89.

¹¹⁷ *Versicherungsvertragsgesetz*, Ley del contrato de seguro de 30.5.1908 (RGBI. p. 263), reformada por ley de 19.12.2006 (BGBI. I p. 3232).

¹¹⁸ *Staudinger/FRANK*, § 1045, p. 478, Rn. 10; *AnwKomm/LEMKE* § 1045, p. 849, Rn. 13-15.

¹¹⁹ *Staudinger/ FRANK*, § 1045, p. 478, Rn. 10, *Palandt/BASSENGE*, § 1045, p. 1493, Rn. 1.

¹²⁰ *MüKo/POHLMANN*, § 1046, p. 1507, Rn. 1; *AnwKomm/LEMKE* § 1046, p. 850, Rn. 2.

¹²¹ *MüKo/POHLMANN*, § 1046, p. 1508, Rn. 4, *AnwKomm/LEMKE*, § 1045 p. 851, Rn. 6-7.

El artículo 561-18 CCCat sobre usufructo de bienes asegurados presenta muchas coincidencias con los §§ 1045 y 1046 BGB. Para empezar, en el CCCat se establece expresamente un deber de asegurar por parte del usufructuario cuando el seguro es exigible por las reglas de una administración económica ordenada y usual. El artículo 561-18.1 se correspondería con el § 1045¹²², pero no se enumeran contingencias frente a las cuales se ha de asegurar, y se establece que el usufructuario contrata en nombre propio¹²³. Por otro lado, el segundo apartado del artículo 561-18 se basa en el § 1046 II, con la diferencia de que aquí es sólo el usufructuario quien decide si la prima se destinará a la reconstrucción o a la sustitución del bien, mientras que en el BGB es el propietario quien decide en primer término.

¿Cómo se puede adaptar este deber de asegurar previsto por el BGB y el CCCat al caso estudiado? Como el nudo propietario concurre en el uso y disfrute, debe partirse de la base de que también debe pagar la parte proporcional del seguro y disponer de la parte correspondiente de la indemnización. Si la finca ya estaba asegurada no hay ningún problema, ya que el usufructuario pagará simplemente la parte correspondiente de la prima a partir del inicio del usufructo; ahora bien, si la finca no había sido asegurada con anterioridad a la constitución del usufructo, parece que es lógico que los dos contraten, o que al menos el nudo propietario le reembolse la parte correspondiente. En caso de siniestro y cuando corresponde al pago de una indemnización, la decisión sobre si ésta se invierte en la reconstrucción o la sustitución del bien se tendría que tomar consensuadamente, sin que el usufructuario tuviese la preeminencia que le otorga el artículo 561-18 CCCat. La expresión «hacen suya la indemnización en proporción a la prima que han pagado», sin embargo, se refiere al caso en que el objeto del usufructo ya llevaba un tiempo asegurado en el momento de hacerse cargo de las primas el usufructuario. En este caso cabe preguntarse si el hecho de corresponderle a una parte o a la otra una proporción mayor de la cantidad a pagar podría ser un factor a tener en cuenta al acordar el destino de la indemnización.

¹²² (1) 1. *El usufructuario tiene que asegurar la cosa contra incendios y otras contingencias por el tiempo que dure el usufructo, cuando hacerlo corresponde a una buena administración.* 2. *El seguro se tiene que tomar de manera que la acción contra el asegurador corresponda al propietario.*

(2) *Si la cosa ya estaba asegurada, los pagos a efectuar son a cargo del usufructuario por el tiempo que dure el usufructo, siempre que éste estuviese obligado a asegurar la cosa.* (Traducción propia).

¹²³ GINER GARGALLO, A. (dir.) /CLAVELL HERNÁNDEZ, V., (coord.), «Art. 561-18 CCCat», p. 1241.

E) *Inventario y fianza*

La razón de ser de las obligaciones contenidas en el artículo 491 CC es, sobre todo, garantizar que el usufructuario respete efectivamente la forma y la sustancia de la cosa mientras dure el usufructo. La obligación de inventariar es consecuencia del derecho de goce y disfrute que sobre las cosas tiene el titular del derecho, y en general resulta adecuada por sus funciones de individualización o determinación de los bienes, de garantía, de prueba y de control de la conducta exigible¹²⁴, lo que valdría en este caso tanto para usufructuario como para propietario, y que además es requisito¹²⁵ para que el usufructuario pueda obtener la posesión. No obstante, la exigibilidad de esta obligación es dudosa en el caso objeto de estudio. ¿Qué sentido tiene realizar un inventario de los bienes que van a ser usufructuados, si su uso por parte del usufructuario va a ser solidario con el del nudo propietario, y por tanto éste no va a servir para indicar qué deterioros ha causado este usufructuario? No parece que pueda exigirse fianza al usufructuario que está poseyendo de forma solidaria con el propietario, y más teniendo en cuenta –aun siendo conscientes de que las dispensas legales contenidas en el Código son reacias a la analogía, y que en este caso el motivo principal de la misma es la necesaria confianza entre familiares– que el artículo 492 CC dispensa de la obligación de prestar fianza al cónyuge sobreviviente sobre la cuota legal usufructuaria¹²⁶, y dicha conclusión vale también para el derecho catalán.

Éste prevé también, en el artículo 561-7 CCCat, la obligación del usufructuario de inventariar los bienes y de pagar una caución en garantía del cumplimiento de sus obligaciones. Pero no se habla, como en el Código Civil (art. 491) de que se tenga que llevar a cabo una tasación de los bienes muebles y una descripción del estado (físico y jurídico) de los inmuebles¹²⁷. El segundo apartado del artículo 561-7 prevé simplemente, como el BGB, la facultad del usufructuario y del nudo propietario de hacer tasar pericialmente los bienes, estableciendo expresamente que quien decida hacerlo pagará los gastos que ello ocasione. Tampoco se prevén, como en el artículo 492 CC, determinadas dispensas de la obligación de inventariar y pagar caución.

Sin embargo, el BGB no prevé el pago de caución alguna para garantizar el respeto a la forma y la sustancia del objeto del usu-

¹²⁴ DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A., p. 292.

¹²⁵ Cfr. BELUCHE RINCÓN, I., pp. 35 ss.

¹²⁶ En el cousofructo, sin embargo, la fianza se tiene que pagar en proporción a la cuota, cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, III/2, 2001, p. 16.

¹²⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., p. 14.

fructo, sino que establece simplemente la posibilidad para usufructuario y propietario de hacerlo valorar en cualquier momento (§ 1034) a su costa y la obligación de colaboración de los dos en la formación de un inventario en el caso de que el usufructo lo sea de una universalidad (§ 1035).

4. DISPOSICIÓN DE LOS DERECHOS. DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE

Como ya se ha dicho, los actos de disposición sobre la finca poseída por usufructuario y propietario se han de limitar por fuerza a aquellos que tengan por objeto la conservación o mejor disfrute de la cosa. De estos actos se han de diferenciar desde luego aquellos por los que se dispone de la cuota indivisa del derecho en la comunidad ordinaria (art. 399 CC, § 747 BGB, artículo 552-3.1 CCCat), que está claro que no se aplican en la presente situación, en la que, al confluir derechos heterogéneos, las cuotas existentes solamente determinan la proporción en la participación en gastos y cargas y en la toma de acuerdos. Si usufructuario y propietario pueden disponer de sus derechos (el primero sobre su derecho real limitado, el segundo sobre la cuota en nuda propiedad, la cuota en pleno dominio o ambas a la vez) lo determinan las normas generales sobre propiedad y usufructo. Mientras que el Código Civil (arts. 480, 489) y el CCCat (art. 561-9.1., 4.¹²⁸) no ponen inconvenientes a ello, en el BGB se establece la imposibilidad de transmitir el derecho de usufructo, aunque se permite la cesión de su ejercicio (§ 1059c). Sin embargo, la enajenación prevista por el artículo 480 no representa la constitución de un nuevo derecho, por lo que, al igual que en la cesión prevista por el BGB, el usufructo adquirido lo es en los mismos términos en que se constituyó¹²⁹.

Cuestión distinta es la referente a la posible existencia de derechos de adquisición preferente en caso de enajenación de la propiedad o del usufructo parcial. El usufructuario no tiene ningún derecho de tanteo y retracto de acuerdo con el Código Civil, como deja claro la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de febrero de 2001¹³⁰: «*no puede prosperar la acción de retracto instada por el mismo (usufructuario), pues constituyendo el retracto un derecho de adquisición preferente de cosa vendida (...), es suficiente acudir a la*

¹²⁸ Pese a que tradicionalmente y hasta la entrada en vigor de la LUUH el usufructo catalán era intransmisible, *Cfr.* PUIG FERRIOL, L./ ROCA TRIAS, E., p. 503; GINER GARGALLO, A. (dir.)/CLAVELL HERNÁNDEZ, V., (coord.), «Art. 561-9 CCCat», pp. 1168 ss. Sobre la intransmisible del usufructo en el Derecho intermedio *cfr.* PUIG PEÑA, F., pp. 406 ss.

¹²⁹ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., pp. 338 ss.

¹³⁰ AC 2002/411.

naturaleza jurídica de esta figura y su función social (...), para afirmar que este mecanismo de acceso a la propiedad por un tercero ajeno a la compraventa ha de quedar limitado a determinadas personas, que son las que puedan gozar del derecho que se contempla en las normas que lo regulan, con carácter cerrado, no siendo posible extenderlo a cualquier situación». Por su parte, los artículos 561-9 y 561-10 CCCat tampoco prevén la posibilidad de que el usufructuario tenga un derecho de adquisición preferente, ni de la nuda propiedad ni aún menos de una hipotética plena propiedad sobre la cuota¹³¹. No obstante, al legislador catalán le interesa conceder al propietario la posibilidad de liberarse de la carga que recae sobre la nuda propiedad, ya que el artículo 561-10 regula, como su predecesor el artículo 5 de la LUUH, el derecho de adquisición preferente del nudo propietario en caso de transmisión del usufructo¹³². En cualquier caso, en la Resolución de la DGRN de 4 de mayo de 1944¹³³ se cita expresamente el artículo 1522 CC como norma susceptible de ser aplicada por analogía a las relaciones entre propietario y usufructuario de cuota, por lo que, si se considerase posible el retracto de comuneros también en el caso aquí tratado no habría inconveniente para aplicar asimismo el artículo 552-4 CCCat. Esto equivaldría a conceder al usufructuario un derecho de tanteo cuando el propietario enajenase la cuota en nuda propiedad o cuando enajenase toda la finca, pero tiene poco sentido concedérselo también en el caso en que el propietario enajenase simplemente la cuota en pleno dominio, ya que el resultado final sería la plena posesión de la finca por parte del usufructuario, mientras que el propietario conservaría la nuda propiedad sobre una cuota indivisa, con lo que al final del usufructo recuperaría la plena propiedad.

Más sencilla es desde luego la solución dada a esta cuestión por el BGB (§§ 1094-1104)¹³⁴ ya que una parte de una finca solamente puede ser gravada con un derecho de adquisición preferente cuando consiste en una cuota del derecho de propiedad (§ 1095) y no existe un retracto legal para usufructuario o nudo propietario.

V. ¿EXTINCIÓN POR CONSOLIDACIÓN DEL USUFRUCTO PARCIAL?

Hasta aquí el tratamiento propiamente dicho de la comunidad de uso entre usufructuario y propietario. Aunque no sea estricta-

¹³¹ Como sucedía también en la ley anterior, RIVERO HERNÁNDEZ, F., p. 175.

¹³² DEL POZO CARRASCOSA, P./VÁQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E., pp. 295 s.

¹³³ RJ 1944/687.

¹³⁴ Staudinger/FRANK, § 1030, Rn. 21.

mente necesario hablar de ello en el presente estudio, resulta especialmente llamativa la introducción en el Libro Quinto del CCCat –a imitación del § 1063¹³⁵ del BGB alemán– de los derechos reales limitados de propietario, que ya tenían un exponente en la existencia de la servidumbre en finca propia¹³⁶. Ello se traduce en el usufructo del artículo 561-16.1 c), que habla de la extinción del usufructo por consolidación y la prevé solamente para los bienes muebles, condicionándola a la inexistencia de un interés del usufructuario en sentido contrario.

De acuerdo con el artículo 532-3.2, la consolidación no se producirá cuando el CCCat así lo establezca o cuando permita la subsistencia autónoma de derechos reales. Y exceptuados el usufructo de cosa mueble (con reservas) y, por remisión, el derecho de uso, el CCCat no se manifiesta en contra de la subsistencia autónoma de estos derechos, cosa que hace pensar que probablemente permite dicha subsistencia y que por tanto la mayoría de derechos reales limitados no se extinguieren por consolidación¹³⁷. Desde luego esta formulación es un tanto enrevesada, contrastando con la claridad del § 889 BGB, que excluye expresamente la consolidación en los derechos reales limitados sobre inmuebles¹³⁸.

En el caso del usufructo de cuota, y a diferencia del derecho alemán, según el cual, como decíamos, el usufructo no se puede ceder ni gravar, la consolidación se podría producir por la adquisición del usufructuario de la cuota en nuda propiedad (convirtiéndose en copropietario) o de toda la finca, o por adquisición del usufructo por parte del propietario. Ahora, no obstante, el derecho real limitado subsiste en la persona del adquirente, el cual podrá enajenarlo a un tercero, renunciar a él (art. 532-4), o gravarlo, cosa que supone una posibilidad hasta ahora inexistente de optimizar los recursos propios¹³⁹.

VI. RESUMEN FINAL

Entre usufructuario de cuota y propietario de la totalidad de una finca se genera una comunidad de uso, a la que, al no ser éstos titu-

¹³⁵ § 1063 *Coincidencia con la propiedad (1) El usufructo sobre una cosa mueble se extingue cuando coincide con la propiedad en la misma persona. (2) El usufructo se entiende como no extinguido cuando el propietario tenga un interés jurídico en la continuidad del usufructo.* (Traducción propia).

¹³⁶ Art. 8 de la LUUH; artículo 566-3 CCCat.

¹³⁷ Cfr. NAVAS NAVARRO, S., «Constitución de derechos reales limitados en cosa propia», en: *La adquisición y transmisión de los derechos reales en el Código Civil de Cataluña. El derecho catalán en Europa*, pp. 33; PUIG FERRIOL, L./ROCA TRIAS, E., p. 522; GINER GARGALLO, A. (dir.) /CLAVELL HERNÁNDEZ, V., (coord.), «Art. 561-16 CCCat», pp. 1230 ss.; DEL POZO CARRASCOSA, P./VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E., p. 300.

¹³⁸ Cfr. por ejemplo *Bamberger-Roth/KÖSSINGER* § 889, p. 1548.

¹³⁹ NAVAS NAVARRO, S., p. 37.

lares de un mismo derecho, se aplican por analogía las normas sobre comunidad de bienes (art. 392 ss. CC, §§ 741 ss., art. 552-1 ss. CCCat) «atemperándolas» al derecho de usufructo. El usufructo de cuota que no se produce en una situación de condominio es conocido desde hace tiempo por el derecho alemán. Usufructuario y nudo propietario ostentan las mismas facultades sobre la finca, y se produce una asimilación forzosa del segundo con el primero, ya que el *ius abutendi* del propietario queda en suspenso hasta el final del usufructo (art. 467 CC, art. 561-2.1 CCCat). Ambos partícipes pueden usar la finca solidariamente (art. 394 CC, § 743 II BGB, art. 552-6.1 CCCat) y tienen derecho a percibir los frutos y rendimientos en proporción a su cuota. También se hacen cargo de los gastos de conservación y de las cargas del disfrute en proporción a su cuota (art. 393 CC, § 743 I BGB, art. 552-8 CCCat). Usufructuario y propietario pueden llegar a acuerdos sobre la administración y mejor disfrute de la cosa común (art. 398 CC, §§ 744-745 BGB, art. 552-7 CCCat), así como sobre el uso de la finca usufructuada, siempre que éstos no comporten un menoscabo del derecho de usufructo (§ 745 BGB).

Las normas sobre reparto de gastos y cargas entre usufructuario y nudo propietario parten de la base de que el primero tiene el uso y disfrute exclusivos del bien, lo que no ocurre en el caso estudiado, siendo posible una interpretación flexible de los mismos. Adaptando los artículos 500 a 502 CC al caso planteado, usufructuario y propietario asumen en proporción a su cuota las reparaciones ordinarias y también aquellas reparaciones extraordinarias que, por ser indispensables para la subsistencia de la cosa, no pueden esperar al final del usufructo. El usufructuario que las realiza puede pedir *ex* artículo 395 CC al nudo propietario que contribuya y además tiene derecho al aumento de valor que experimente la finca al final del usufructo. El derecho alemán no distingue entre reparaciones ordinarias y extraordinarias. El § 1041 BGB pide simplemente del usufructuario que se preocupe por la conservación del estado productivo de la cosa. El usufructuario de cuota solamente responde de gastos (reparaciones o mejoras) que sean necesarios para la conservación del bien, quedando fuera los que son meramente útiles o de recreo. En derecho catalán, de acuerdo con el artículo 561-12.1 el nudo propietario no está obligado a realizar, pero sí a pagar, las reparaciones extraordinarias que no sean consecuencia de un incumplimiento del usufructuario. Como consecuencia él y el usufructuario pagan las reparaciones ordinarias y extraordinarias, debiéndole reembolsar al final del usufructo al usufructuario lo pagado en con-

cepto de reparaciones extraordinarias. El CCCat trata específicamente de los suministros de los bienes usufructuados.

Si usufructuario y nudo propietario se han puesto de acuerdo para realizar mejoras en la finca usufructuada, entonces no tiene mucho sentido aplicar el artículo 487 CC de forma que el segundo solamente podrá recuperar su inversión si puede retirar la parte correspondiente de la mejora efectuada sin deterioro de los bienes, y es más razonable conceder al usufructuario derecho a una indemnización. Pero si la mejora es realizada unilateralmente, entonces no hay inconveniente en aplicar el artículo 487 CC. En derecho catalán, si la mejora es realizada unilateralmente sin la oposición expresa de los demás durante el plazo de un año quien la haya llevado a cabo puede pedir el resarcimiento con los intereses desde el momento en que los reclamó de forma fehaciente (art. 552-6.3 CCCat). Si además quien realiza estas mejoras es un usufructuario, al final del usufructo podrá ejercer en todo caso su *ius tollendi* retirando la parte de dichas mejoras que se corresponda con su aportación si ello es posible sin deteriorar el objeto.

Por lo que a las cargas respecta, aquellas derivadas del disfrute irán por regla general a cargo de ambos, y las del capital a cargo del nudo propietario. En sede del Impuesto de Bienes Inmuebles no existe una carga tributaria global a repartir en el marco de las relaciones internas: cada uno de los partícipes tributa por el derecho de que es titular. El usufructuario no está obligado a pagar la deuda garantizada por la hipoteca (art. 509 CC, art. 561-13). Sobre los intereses existe en España una discusión doctrinal, mientras que el § 1047 BGB obliga al usufructuario a pagarlos.

Según la opinión mayoritaria en el marco del CC, ni usufructuario ni nudo propietario están obligados a asegurar la finca objeto del usufructo. Por ello solamente en el marco de un acuerdo sobre administración (art. 398 CC) podrían obligarse mutuamente a contratar. Producido el siniestro, se aplican los artículos 518.1 y 517 CC. Por otro lado, tanto en base a los §§ 1045-1046 como al artículo 561-8 CCCat usufructuario de cuota y nudo propietario concurren al pago de las primas. Si la finca ya estaba asegurada al comienzo del usufructo, ambos hacen suya la indemnización en proporción a la cuota que han pagado.

La obligación de inventariar y prestar fianza no parece muy útil cuando usufructuario y nudo propietario poseen conjuntamente. De acuerdo con el Código Civil y el CCCat, el usufructuario no tiene ningún derecho de tanteo y retracto en el caso en que el propietario enajene la cuota en pleno dominio o la cuota en usufructo. A la inversa, el derecho catalán sí prevé un derecho de adquisición

preferente del nudo propietario en caso de transmisión del usufructo. En cualquier caso, es dudosa la aplicabilidad de las normas sobre retracto de comuneros (art. 1522 CC, art. 552-4 CCCat) al caso planteado. El BGB, por su parte, establece que una parte de una finca solamente puede ser gravada con un derecho de adquisición preferente cuando consiste en una cuota del derecho de propiedad (§ 1095).

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Colaboran:

Francisco J. Andrés Santos, Beatriz Añoveros Terradas, Miriam Anderson, Lidia Arnau Raventós, Esther Arroyo i Amayuelas, David Bondia García, Alexandra Braun, Sergio Cámará Lapuente, Andrés Miguel Cosialls Ubach, Martin Ebers, Mirko Faccioli, Cristina González Beilfuss, César Hornero Sánchez, Carmen Jerez Delgado, Sonia Martín Santisteban, Luz M.^a Martínez Velencoso, Cédric Montfort, Sergio Nasarre Aznar, Susana Navas Navarro, Jordi Nieve Fenoll, Barbara Pasa, Angel Serrano de Nicolás, Mauro Tescaro, Helena Torroja Mateu, Belén Trigo García, Stefano Troiano.

SUMARIO: PRESENTACIÓN.–EDITORIAL: ¿Extinción del derecho de desistimiento de un contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil tras la completa ejecución de las prestaciones? Anotaciones a la STJCE (Sala Primera), Sentencia de 10 de abril de 2008, Asunto C-412/06 (*Annelore Hamilton c. Volksbank Filder eG*) (Martin Ebers).–RAPPORTS NACIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO, COMPARADO Y COMUNITARIO: Alemania, Bibliografía, Legislación (Martin Ebers), España, Bibliografía (Esther Arroyo i Amayuelas), Legislación (Andrés Miguel Cosialls Ubach), Francia, Bibliografía, Legislación (Cédric Montfort), Gran Bretaña, Bibliografía (Alexandra Braun), Italia, Bibliografía (Mirko Faccioli, Barbara Pasa, Mauro Tescaro, Stefano Troiano), Legislación (Mirko Faccioli, Mauro Tescaro, Stefano Troiano).–SECCIÓN TEMÁTICA: Espacio Judicial europeo (Beatriz Añoveros Terradas), Derecho procesal comunitario (Jordi Nieve 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 antidiscriminación en la Unión Europea (Susana Navas Navarro), Derecho de autor en la Unión Europea (Susana Navas Navarro), Derecho de daños en la Unión Europea (Belén Trigo García), Derecho de *trusts* en Europa (Sonia Martín Santisteban).–JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Helena Torroja Mateu y David Bondia García).–JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Lidia Arnau Raventós).–JURISPRUDENCIA NACIONAL (Miriam Anderson).–LIBROS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO. RECENSIONES: Díaz Romero, María del Rosario – Domínguez Lozano, Pilar – García Grewe, Cristina *et al.* (coords.): *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007)*, Madrid, Comunidad Autónoma de Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Thomson/Civitas, 2008. 500 pp. ISBN 978-84-470-3103-0. (Francisco J. Andrés Santos). Barbara Pasa, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, Jovene, 2008, 496 pp. ISBN 88-243-1837-1. (Angel Serrano de Nicolás). Reid, K. G. C.– de Waal, M. J.– Zimmermann, R. (dirs.): *Exploring the Law of Succession. Studies National, Historical and Comparative*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2007, 253 pp. ISBN 978 0 7486 3290 9 (Sergio Cámará Lapuente). Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française/Société de Législation Comparée: *European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2008, 614 pp. ISBN 978-3-86653-067-6. (Carmen Jerez Delgado). Lando, Ole – Beale, Hugh (ed.): *Principios de Derecho Contractual*

Europeo, Parte III, edición española a cargo de Barres Benloch, Pilar – Embid Irujo, José Manuel – Martínez Sanz, Fernando, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, 403 pp. ISBN 978-84-95176-60-8 (Miriam Anderson) Fauvarque-Cosson, Bénédicte: *The Rise of Comparative Law: a Challenge for Legal Education in Europe, Seventh Walter van Gerven Lectures*, Leuven Centre for a Common Law of Europe (Katholieke Universiteit Leuven, Faculty of Law) – Ius Commune Research School/METRO (Maastricht University, Faculty of Law), 25 pp. ISBN-13: 978-9076871-89-9 (César Hornero Méndez). – MISCELÁNEA (Esther Arroyo Amayuelas): Informes y Resoluciones del Parlamento europeo. Preguntas orales en el Parlamento europeo. – VIDA JURÍDICA. RESEÑA DE CONGRESOS EN MATERIA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO: Seminar on Transfer of Immoveable Property: From Contract to Registration, Trento, 27-28 marzo 2009 (Luz M. Martínez Velencoso). Mesa redonda «Modernising and Harmonising Consumer Contract Law», Leuven (Bélgica) 7 de abril de 2009 (Barbara Pasa)

Presentación

Esta décima crónica se cierra el 1 de junio de 2009. Las fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión europea, el TJCE, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el Diario Oficial de la Unión Europea, el Boletín Oficial del Estado, el Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alicante, sin perjuicio de otras consultas esporádicas al Centro Europeo de Derecho del consumo, el Boletín de la *Bundesverband der Deutschen Industrie*, del *Bulletin Droit de la Consommation* (MEDEF), el *Centre Européen des Consommateurs Allemagne-Kehl*, 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 quien, salvo que otra cosa se indique en las notas al pie de página, también ha traducido (del alemán, francés e italiano) las contribuciones no originariamente escritas en castellano.

Editorial

¿Extinción del derecho de desistimiento de un contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil tras la completa ejecución de las prestaciones?

Anotaciones a la STJCE (Sala Primera), Sentencia de 10 de abril de 2008, Asunto C-412/06
(*Annelore Hamilton c. Volksbank Filder eG*)

MARTIN EBERS *

El TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse de nuevo, a propósito de la transposición de la Directiva 85/577/CEE, sobre contratos celebrados fuera de establecimiento comercial, sobre las normas alemanas reguladoras del derecho de desistimiento. La sentencia dictada en el caso *Hamilton* aborda la cuestión de si el legislador nacional puede establecer la extinción del derecho de desistimiento del consumidor tras la ejecución completa de las prestaciones. La cuestión quedó sin respuesta en los casos *Heininger*¹, *Schulte*² y *Crailsheimer Volksbank*³.

I. CONTEXTO DE LA SENTENCIA

En 1992, la señora Hamilton firmó, en su domicilio, un contrato de crédito con el objeto de financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria. Este contrato contenía información relativa al derecho de desistimiento, según lo dispuesto en la Ley sobre crédito al consumo

* Doctor en Derecho, Humboldt Universität zu Berlin. Traducción de Susana Navas Navarro, U. Autónoma de Barcelona.

¹ TJCE 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481/99 (*Georg Heininger y Helga Heininger c. Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG*), Recopilación de Jurisprudencia [2001], I-9945.

² TJCE 25 de octubre de 2005, Asunto C-350/03 (*Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulze c. Deutsche Bausparkasse Badenia AG*), Recopilación de Jurisprudencia [2005], I-9215.

³ TJCE 25 de octubre de 2005, Asunto C-229/04 (*Crailsheimer Volksbank eG c. Klaus Conrads, Frank Schulzke y Petra Schulzke-Lösche, Joachim Nitschke*), Recopilación de Jurisprudencia [2005], I-9273.

(*Verbraucherkreditgesetz*; en lo sucesivo, «VerbrKrG»)⁴. En cambio, no contenía ninguna información sobre el derecho de desistimiento, regulado en la Ley sobre desistimiento de contratos de venta a domicilio y transacciones similares (*Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften*; en lo sucesivo, «HWiG»). Tras haber reintegrado completamente el préstamo, en el año 1998, y tras haberse declarado la sociedad gestora del fondo inmobiliario en concurso de acreedores, la señora Hamilton desistió del contrato de préstamo, en el año 2002, en virtud de lo dispuesto en la STJCE *Heininger*, de 13 de diciembre de 2001. Según el entonces vigente § 2.1, IV HWiG⁵, el derecho de desistimiento se extinguía un mes después de que ambas partes hubieran cumplido totalmente las obligaciones dimanantes del contrato celebrado. El OLG de Stuttgart⁶ consideró que esta norma era contraria al Derecho comunitario y planteó ante el TJCE su compatibilidad con la Directiva sobre contratos celebrados fuera de establecimiento comercial. Subsidiariamente, el OLG Stuttgart preguntaba si, a pesar de no haber sido informada sobre tal derecho, éste podía considerarse extinguido por haberse retrasado su ejercicio de forma desleal («*Verwirkung*»).

En sus conclusiones de 21 de noviembre de 2007, el Abogado General, Poiares Maduro, defendía que la Directiva impide establecer límites al ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor cuando éste no haya sido debidamente informado de tal derecho o cuando la información suministrada no haya sido correcta⁷. Sin embargo, la Directiva no se opone a que los Estados miembros, dentro del margen de apreciación que ésta les concede, establezcan un plazo durante el cual el derecho de desistimiento pueda ser válidamente ejercido y que empiece a transcurrir a partir del momento en que se demuestre que el consumidor ha tenido –o podía haber tenido– conocimiento de su derecho⁸.

II. CONTENIDO DE LA SENTENCIA

El TJCE no ha seguido las conclusiones del Abogado General. A pesar de reconocer que proporcionar información errónea sobre el derecho de desistimiento equivale a la ausencia de información, el TJCE considera que el § 2.1, IV HWiG no conculta el Derecho comunitario. La argumentación del Tribunal alude, en primer lugar, al dato de que la Directiva sobre contratos fuera de establecimientos comerciales no pretende una protección absoluta de los consumidores. Para ello, el TJCE tiene en cuenta el tenor literal de la Directiva: en el quinto considerando y en el artículo 5 se advierte de que el consumidor tendrá

⁴ Según la Ley sobre crédito al consumo «cuando el prestatario haya recibido el préstamo, el desistimiento se tendrá por no realizado en caso de que no devuelva el préstamo en el plazo de dos semanas, bien tras la declaración de desistimiento, bien tras el abono del préstamo.»

⁵ El § 2.1, IV HWiG fue derogado, sin alcance retroactivo, por la «*Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten*» también conocida como «*OLG-Vertretungsänderungsgesetz*», de 23 de julio de 2002 (BGBI. I 2002, 2850) [Ley de modificación del derecho de representación a través de abogado ante los Tribunales Superiores de los *Länder*]. La norma, por tanto, sigue en vigor y se aplica a los contratos celebrados antes de la reforma, cfr. OLG Stuttgart, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2007, 379, 381.

⁶ OLG Stuttgart, NJW 2007, 379. Al respecto, *vid. Häublein, Zur Richlinienkonformität von HTürGG § 2 Abs 1 S 4, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (EWiR)* 2006, 719.

⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Poiares Maduro, presentadas el 21 de noviembre de 2007, Asunto C-412/06 Párrafo 32.

⁸ Conclusiones, Párrafo 34. Crítico Kulke en *Verbraucher und Recht* (VuR) 2008, 22.

derecho a renunciar a su «obligación» o a su «compromiso»⁹. Esto significaría que el consumidor puede desistir del contrato sólo mientras tal obligación o compromiso esté vigente. Puesto que después de la ejecución completa del contrato ya no existe obligación alguna, los Estados miembros podían prever que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de crédito de larga duración comporte la extinción del derecho de desistimiento. En consecuencia, el plazo de un mes establecido en el Derecho alemán es válido. Queda a la discrecionalidad de los Estados miembros la adopción o el mantenimiento de disposiciones más favorables para el consumidor (principio de armonización mínima). Una vez alcanzada tal conclusión, el TJCE no tiene necesidad de pronunciarse sobre la cuestión relativa al retraso desleal en el ejercicio del derecho de desistimiento, que había sido invocada por el Abogado General.

III. LA PERSPECTIVA DE DERECHO COMUNITARIO

El TJCE lo afirma claramente: la sentencia *Heininger* queda drásticamente relativizada. Efectivamente, si bien el cómputo del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento, en caso de contratos celebrados fuera de establecimiento comercial, no empieza a correr antes de que el consumidor haya sido completamente informado acerca de dicho derecho (*Heininger*), sin embargo, los Estados miembros pueden establecer que se extinga después de la ejecución completa de las obligaciones, aun cuando el consumidor haya recibido una información incorrecta acerca del mismo (*Hamilton*). Dicho con otras palabras: la Directiva sobre contratos celebrados fuera de establecimiento comercial no reconoce un derecho eterno a desistir.

Tal solución no resulta convincente. Normas como la del § 2.1, IV HWiG incitan a los empresarios a contravenir su deber de informar sobre el derecho de desistimiento que asiste a los consumidores y a aprovecharse de su ignorancia para procurar una ejecución rápida del contrato y de esta forma obtener un beneficio con el mínimo riesgo¹⁰. Con todo, la sentencia deja abierta la cuestión de si el derecho de desistimiento sólo puede quedar excluido en un «contrato de crédito de larga duración» (ese es el asunto referido) o si esa doctrina también se aplica en contratos de prestación de servicios o entrega de bienes de ejecución instantánea. El fundamento de la decisión se mantiene sobre débiles pies de barro. El TJCE basa sus argumentos principalmente en el tenor literal (alemán) de la Directiva sobre contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales¹¹ y en el concepto de «obligación» (*Verpflichtung*)¹².

⁹ En la versión alemana, se utiliza siempre la expresión: «*Verpflichtung*».

¹⁰ *Vid. MANKOWSKI, Beseitigungsrechte. Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, 36 ss., 41 ss., quien, por eso mismo, rechaza el concepto de «eficacia transitoria».

¹¹ La lengua de procedimiento fue la alemana. La referencia al concepto «*Verpflichtung*» («compromiso», «obligación») fue hecha valer por el *Volksbank Filder*, por primera vez, en la vista ante el Tribunal de Justicia. *Vid. par. 42* de la sentencia.

¹² Cfr. por el contrario, las versiones inglesa, francesa y española de la Directiva sobre contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales (no contempladas por el TJCE). Estas versiones no sólo se refieren a la «obligación», sino también (en el art. 5.1) a que el consumidor puede «renounce the effects of his undertaking», «renoncer aux effets de son engagement» o «renunciar a los efectos de su compromiso».

Sin embargo, el incoherente tenor literal de la Directiva¹³ no permite concluir inequívocamente si, durante el período en el que se puede ejercitar el derecho de desistimiento, nacen obligaciones contractuales y, por tanto, si el intercambio de prestaciones puede producir los efectos propios del cumplimiento. De ahí que los Estados miembros prevean consecuencias muy distintas para el caso de infracción del deber de información sobre el derecho a desistir (ineficacia transitoria, eficacia transitoria, suspensión de la ejecución del contrato, nulidad o anulabilidad del contrato)¹⁴.

Desde una perspectiva sistemática hubiera sido preferible una interpretación conforme con otras Directivas y, en concreto, una comparación con las dos Directivas que regulan contratos a distancia¹⁵. Tanto la Dir. 97/7 como la Dir. 2002/65 sólo excluyen el derecho de desistimiento en los contratos de prestación de servicios y, además, sólo cuando el consumidor ha consentido la ejecución de la prestación antes de la expiración del plazo de ejercicio¹⁶, o bien cuando el contrato «se haya ejecutado a petición expresa del consumidor»¹⁷. En este punto, el TJCE podría haber concluido que si se ejecutaba el contrato durante el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento, éste quedaba excluido. Desde luego, ello sólo hubiera sido admisible si el consumidor hubiera sido advertido del derecho que le asiste y renunciara a él expresamente¹⁸.

Uno se puede consolar pensando que la Directiva sobre contratos concluidos fuera de establecimientos comerciales sólo supone una armonización mínima. Por tanto, son plenamente admisibles normas como el nuevo § 355.3, III BGB¹⁹ o, en Austria, el § 3.1, II KSchG²⁰, que conceden al consumidor un derecho de desistimiento sin limitación temporal alguna, esto es, también tras la completa ejecución del contrato, siempre que el consumidor

¹³ Sobre el tema, *vid.* Pozzo, «Harmonisation of European Contract Law and the Need of Creating a Common Terminology», *European Review of Private Law* (ERPL) 2003, 754, 764 ss.; TERRYN, «The Right of Withdrawal, the Acquis Principles and the Draft Common Frame of Reference», en: Schulze (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Sellier European Law Publishers, München 2008, 145, 153 ss.

¹⁴ En cuanto a la transposición de la Directiva 85/577/CEE en los Estados miembros *vid.* Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers (eds.), *EC Consumer Law Compendium*, Sellier European Law Publishers, München 2008, 79 ss; Monazzahian, «Die Umsetzung der Haustürwiderrufsrichtlinie in den Mitgliedstaaten», en: Rott, *Die Umsetzung der Haustürwiderrufsrichtlinie in den Mitgliedstaaten*, Nomos, Baden-Baden 2000, 137; Büßer, *Das Widerrufsrecht des Verbrauchers. Das verbraucherschützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2001, 205 ss.

¹⁵ Directiva 97/7/CE sobre contratos a distancia; Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros.

¹⁶ Artículo 6.3 Directiva 97/7/CE sobre contratos a distancia. La norma ha sido incorporada en Alemania en el § 312 d, III BGB, *cfr.* Wendehorst, comentario al § 312 d BGB, en: *Münchener Kommentar*, 5. Aufl., C.H. Beck, München 2007, Rn. 49, 53 ss.

¹⁷ Art. 6.2 c Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros. Este precepto ha sido incorporado en Alemania en el § 8.3, II *Versicherungsvertragsgesetz* (VVG; Ley de contratos de seguro). Al respecto, Ebers, comentario al § 8 VVG, en: Schwintowski/Brömmelmeyer (eds.), *Praxiskommentar zum neuen VVG*, LexisNexis, Münster 2008, Rn. 45.

¹⁸ Así, Loos, «The case for a uniform and efficient right of withdrawal from consumer contracts in European Contract Law», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP) 2007, 5, 24.

¹⁹ El § 355.3, II BGB dispone que «el derecho de desistimiento no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente acerca del mismo».

²⁰ Se cita la versión modificada del precepto por la *Zivilrechtsänderungsgesetzes* (BGBI. I 2003/91), como consecuencia del impacto de STJCE Heininger.

no haya sido antes informado sobre su derecho a desistir del contrato. Son igualmente válidas las regulaciones en Francia²¹, Bélgica²², Portugal²³, Holanda²⁴ y Malta²⁵, que entienden que los efectos del contrato sólo se producen tras la expiración del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento o que sancionan con la nulidad del contrato la vulneración de la obligación de informar acerca de este derecho, con idéntico resultado de restitución recíproca de las prestaciones

IV. REPERCUSIÓN DE LA SENTENCIA EN ALEMANIA

Tras la sentencia *Hamilton*, la situación jurídica en Alemania no queda nada clara. En la hipótesis de contratos vinculados, el TJCE no concreta cuándo debe entenderse que existe una completa ejecución de las prestaciones. Además, queda sin contestar la cuestión planteada por el OLG Stuttgart, sobre si el plazo de un mes indicado en el § 2.1, IV HWiG únicamente empieza a transcurrir cuando el contrato vinculado –la participación en un fondo de inversión inmobiliaria– ha sido ejecutado completamente. Contra esta interpretación se alza tanto el nítido tenor literal del § 2.1, IV HWiG, como la circunstancia de que la HWiG no regula el contrato vinculado²⁶. El OLG Stuttgart había anunciado que, si el TJCE consideraba el § 2.1, IV HWiG conforme con el Derecho comunitario, sólo debía tenerse en cuenta el contrato de préstamo en el momento de fijar el inicio del cómputo del plazo del mes²⁷.

Desde luego, sería factible el recurso a la pretensión de daños en virtud de la *culpa in contrahendo* (§§ 280.1, 241.2, 311.2 BGB). Efectivamente, sobre la base de las sentencias *Schulte* y *Crailsheimer Volksbank*, el BGH considera que el deber de informar sobre el derecho de desistimiento no sólo es una obligación, cuyo incumplimiento conlleva el aplazamiento del plazo de ejercicio del derecho de desistimiento, sino que es un verdadero deber precontractual cuya infracción puede comportar el resarcimiento de daños (*culpa in contrahendo*)²⁸. Sin embargo, ello está condicionado a que exista culpa del banco y, además, a que tal vulneración del deber de informar sea la

²¹ Art. 121-23 *Code de la consommation*.

²² Art. 88, III *Loi 14/7/1991, sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur*.

²³ Art. 16 *Decreto-Lei* n. 143/2001.

²⁴ Art. 24.2 a *Colportagewet*.

²⁵ Art. 7 *Doorstep Contracts Act*.

²⁶ Como en el texto, HERTEL, «Vereinbarkeit des § 2 Abs. 1 Satz 4 HWiG a.F. mit der Europäischen Haustürgeschäfterichtlinie (Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985) ("Hamilton")», *Juris Praxisreport Bank- und Kapitalmarktrecht* (JurisPR-BKR) 1/2008 Anm. 2.

²⁷ OLG Stuttgart, NJW 2007, 379, 382. Confirma ahora tal interpretación, a la vista de la sentencia *Hamilton*, el OLG Stuttgart 15.07.2008 (6 U 8/06), en sentencia recaída tras la redacción del presente artículo. Según el tribunal, en un contrato vinculado, sólo debe tomarse en consideración la ejecución de las prestaciones del contrato del cual se desiste. Con todo, la sentencia está siendo objeto de revisión por el BGH (Aktenzeichen BGH: XI ZR 252/08). Sobre el particular, Maier, «Beschränkungen des Haustürwiderrufs in der aktuellen Rechtsprechung», *VuR* 2008, 401, 407 ss.

²⁸ BGHZ 169, 109, par. 40 ss. En cuanto a los problemas que encierra la solución relativa a la indemnización de daños, *vid.* Jungmann, «Schadensersatzansprüche in Schrottimmobilienfällen. Die unterschiedlichen Vorstellungen von EuGH und BGH», *NJW* 2007, 1562.

causa de los daños. El consumidor no puede ampararse en una presunción del nexo causal²⁹. Más concretamente, el cliente debe probar que hubiera desistido efectivamente del contrato de préstamo en caso de tener una información completa; o que debido a una información incorrecta ha sido privado del ejercicio de su derecho de desistimiento. Es dudoso que esta prueba pueda tener éxito. En el supuesto concreto, la hipótesis de que la señora *Hamilton* hubiera desistido de su declaración en caso de haber sido informada se compadece mal con la circunstancia de que el *Volksbank* la había informado (aunque mal) sobre su derecho a desistir. La señora *Hamilton* solo podría alegar que, sobre la base de la información incompleta acerca del derecho, no tuvo más remedio que devolver el préstamo (§ 7.3 VerbrKrG), para luego poder desistir eficazmente del contrato. Pero el caso es que la señora *Hamilton* no hizo uso de tal derecho en el año 1998, esto es, en el momento en que reintegró el préstamo, sino cuatro años más tarde, en el 2002³⁰.

V. REPERCUSIÓN DE LA SENTENCIA EN ESPAÑA

Con la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, *Texto Refundido sobre la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias*, el derecho de desistimiento de los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles ya no se regula en la Ley 26/1991³¹, sino en el referido texto³². El Capítulo II del Libro II establece un régimen común a todos aquellos casos en que la Ley otorga al consumidor la facultad de desistir de un contrato. Según el artículo 69, el empresario debe informar al consumidor de tal derecho, por escrito, en el documento contractual, y entregarle un documento de desistimiento. Si el empresario no hubiera cumplido con el deber de información y documentación, el plazo de siete días hábiles para ejercer el plazo se extiende a tres meses a contar desde

²⁹ BGHZ 169, 109, par. 43. A diferencia de lo aquí expuesto, algunos juzgados mantienen la referida presunción. Vgr. OLG Bremen, NJW 2006, 1210, 1216 con anotaciones de Häublein, «Rechtsfolgen unterlassener Belehrung über das Verbraucherwiderrufsrecht nach den Urteilen des EuGH vom 25. 10. 2005», NJW 2006, 1553.

³⁰ El OLG Stuttgart seguía en su sentencia de 15.07.2008 ese mismo planteamiento (*vid. n. 27*).

³¹ EBERS/ARROYO, «“Heininger” y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* (Sentencia TJCE de 13 diciembre de 2001, Asunto C-481/99)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 9, 2006, 409, 430 ss.; García Vicente, *La ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Pamplona, Aranzadi, 1997; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAZAR, «El derecho de revocación del consumidor en los contratos establecidos fuera de los establecimientos mercantiles: algunos problemas derivados de la Ley 26/1991» *Revista de Derecho Mercantil*, 1, 1993, 89; BOTANA GARCÍA, «Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles», en BOTANA GARCÍA-RUIZ MUÑOZ (coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, McGraw, 1999, 220; CABALLERO LOZANO, «La protección del consumidor en la venta fuera de establecimiento a través de la nulidad del contrato» *La Ley*, 4, 1994, 990; GARCÍA RUBIO, «La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del Derecho del consumo» *Actualidad Civil*, 1994, 284.

³² *Vid.* Cavanillas Múgica, «El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», *Aranzadi civil*, 1, 2008, 15, 34 ss.

que se entregó el bien objeto del contrato, o desde que éste se hubiera celebrado (art. 71.3).

Si se trata de un contrato celebrado fuera de establecimiento comercial, deben aplicarse normas distintas. Según el artículo 110, «el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento será de siete días naturales y empezará a contar desde la recepción del documento de desistimiento, si éste es posterior a la entrega del producto contratado o a la celebración del contrato si su objeto es la prestación de servicios». Por tanto, a diferencia de lo que establece el artículo 69, el derecho no se extingue automáticamente a los tres meses de la conclusión del contrato, si resulta que previamente el consumidor no ha sido informado debidamente. Es más, la fijación del momento a partir del cual se puede desistir queda aplazado al momento en que el consumidor recibe el documento de desistimiento.

La regulación española es plenamente conforme con la doctrina *Heininger. Hamilton*, sin embargo, proporciona al legislador español un nuevo argumento para reconsiderar la regulación de la extinción del derecho de desistimiento tras la completa ejecución de las obligaciones en casos en que el empresario no ha informado al consumidor, o no debidamente, de este derecho. Con todo, desde un punto de vista de política jurídica y a la vista de las consideraciones expuestas (*vid. supra*, III) una regulación de este tipo no es nada recomendable.

VI. LAS PERSPECTIVAS EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

El Derecho europeo de consumo está siendo objeto de una profunda revisión. La Comisión está sopesando un cambio de tendencia hacia la armonización plena³³ y ya se han dado los primeros pasos en esta dirección. Son ejemplos, tanto la Directiva 2002/65/CE sobre la comercialización a distancia de servicios financieros, como la nueva Directiva 2008/48/CE sobre contratos de crédito al consumo³⁴ y la nueva Directiva 2008/122/CE sobre determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio³⁵. Según la Comisión, la política de armonización plena consagrada en esas normas debe continuarse en otras directivas que también tengan por objeto la protección del consumidor. Un ejemplo es ahora la Propuesta de Directiva, de octubre de 2008, sobre derechos de los consumidores³⁶, que aúna y sistematiza de forma coherente cuatro de ellas: la Dir. sobre contratos fuera de establecimientos comerciales, la Dir. sobre contratos a distancia, la Dir. sobre cláusulas abusivas y la Dir. sobre venta y garantías de los bienes de consumo. Según el artículo 4 de la Propuesta: «los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, dispo-

³³ *Vid.* el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo (DOUE 2007 C 61/1). Al respecto MICKLITZ, «Europäisches Verbraucherrecht-quo vadis? Überlegungen zum Grünbuch der Kommission zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz vom 8.2.2007», *VuR* 2007, 121; LOOS, «Review of the European consumer acquis», *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* (GPR) 2008, 117.

³⁴ DOUE 2008 L 133/66.

³⁵ DOUE 2009 L 33/10.

³⁶ COM(2008) 614 final.

siones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores».

Según la Propuesta, tal armonización máxima también se aplica al derecho de desistimiento³⁷. El artículo 13 de la Propuesta prevé que si el comerciante no ha facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, el plazo para ejercerlo expirará tres meses después de que el comerciante haya cumplido íntegramente sus demás obligaciones contractuales. Si tal previsión llega a materializarse, entonces los Estados miembros ya no estarán legitimados para establecer un derecho a desistir indefinido cuando o bien no se proporcione la información, o bien ésta se suministre de forma incorrecta. Tanto el derecho español como el (nuevo) derecho alemán deberían ser modificados. De momento, es todavía incierta la suerte que correrá la propuesta. Algunos Estado miembros ya han manifestado sus reparos frente a esta disposición³⁸. Además, habrá que ver cómo se cohonesta la directiva con el proyectado Marco Común de Referencia (MCR)³⁹. La discusión político-jurídica sobre la regulación de los derechos de desistimiento no ha hecho más que comenzar⁴⁰.

³⁷ Artículos 13-18 Propuesta de Directiva.

³⁸ Por ejemplo, el Gobierno alemán. *Vid.* nota de prensa del *Bundesministeriums für Justiz* de 8 de octubre de 2008 (www.bmj.bund.de).

³⁹ El artículo II-5:103(3) del Proyecto académico de un marco común de referencia, publicado a comienzos de 2009, establece que el derecho de desistimiento se extingue al cabo de un año tras la conclusión del contrato. *Vid.* Von Bar/Clive/Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions, and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Sellier European Law Publishers, München 2009. Idéntica norma contiene el artículo 5:103(1) de los Principios del Derecho contractual comunitario (*Acquis Principles*). *Vid.* Research Group on the Existing EC Private Law (eds.), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, *Contract I*, Sellier European Law Publishers, München 2007 (para la versión española de los principios, *vid.* Arroyo, ADC 2008, 1, 219 ss).

⁴⁰ *Vid.* por último las Conclusiones de la Abogado General señora Verica Trstenjak, presentadas el 7 de mayo de 2009, Asunto C-227/08 (*Eva Martín Martín c. EDP Editores, S.L.*).

Rapports nacionales de derecho privado europeo, comparado y comunitario

ALEMANIA

Bibliografía (2008-2009)

MARTIN EBERS *

I. PRINCIPIOS EUROPEOS Y MARCO COMÚN DE REFERENCIA

VON BAR, CHRISTIAN; CLIVE, ERIC; SCHULTE-NÖLKE, HANS (eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Sellier European Law Publishers, München 2009.

LAROUCHE, PIERRE; CHIRICO, FILOMENA (eds.): *Economic Analysis of the DCFR. The work of the Economic Impact Group within the CoPECL network of excellence*, Sellier European Law Publishers, München 2009.

PROJECT GROUP «RESTATEMENT OF EUROPEAN INSURANCE CONTRACT LAW»: *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, Sellier European Law Publishers, München 2009.

RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Contract II. Performance, Non-Performance, Remedies, Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Sellier European Law Publishers, München, 2009.

SCHMIDT-KESSEL (ed.): *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, Sellier European Law Publishers, München 2009.

SCHULZE, REINER; VON BAR, CHRISTIAN; SCHULTE-NÖLKE, HANS (eds.): *Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen. Kontroversen und Perspektiven*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (ed.): *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another. Principles of European Law*, prepared by Christian von Bar, Sellier European Law Publishers, München 2009.

WAGNER, GERHARD (ed.): *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, Sellier European Law Publishers, München 2009.

II. DERECHO PRIVADO EUROPEO-CUESTIONES GENERALES

HENNINGER, THOMAS: *Europäisches Privatrecht und Methode. Entwurf einer rechtsvergleichend gewonnenen juristischen Methodenlehre*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.

* Doctor en Derecho, Humboldt Universität zu Berlin.

LUCZAK, JAN-MARCO: *Die Europäische Wirtschaftsverfassung als Legitimationselement europäischer Integration. Ein Beitrag zur wirtschaftsverfassungsrechtlichen Analyse des EG-Vertrages unter Einbeziehung der Änderungen des Unionsrechts durch den Vertrag von Lissabon*, Duncker & Humblot, Berlin 2009.

METZGER, AXEL: *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.

RANIERI, FILIPPO: *Europäisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., Springer Verlag, Wien/New York 2009.

SCHMIDT, MARTIN: *Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht*, De Gruyter Recht, Berlin 2009

SEYR, SIBYLLLE: *Der effet utile in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, Duncker & Humblot, Berlin 2008.

WALTER, KONRAD: *Rechtsfortbildung durch den EuGH. Eine rechtsmethodische Untersuchung ausgehend von der deutschen und französischen Methodenlehre*, Duncker & Humblot, Berlin 2009.

III. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO Y COMUNITARIZADO-CUESTIONES GENERALES

CERINA, SUZANA: *Die Missbrauchsklausel der Zahlungsverzugsrichtlinie. Ihre Umsetzung in Deutschland und Italien im Rechtsvergleich*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2009.

HOWELLS, GERAINT; SCHULZE, REINER (eds.): *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier European Law Publishers, München 2009.

LEGE, ELISABETH: *Sprache und Verbraucherinformation in der Europäischen Union, Deutschland und Luxemburg*, Sellier European Law Publishers, München 2009.

REICHARDT, VANESSA: *Der Verbraucher und seine variable Rolle im Wirtschaftsverkehr. Die Problematik der rechtlichen Erfassung und Einordnung von Vertragsparteien als Verbraucher oder Unternehmer im Sinne der §§ 13, 14 BGB*, Duncker & Humblot, Berlin 2008.

SONNTAG, MARCEL: *Das BGB unter europäischem Einfluss. Eine Analyse der Mindest- und Vollharmonisierung von Richtlinien im Verbraucherpri-vatrecht*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2009

IV. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

VON EINEM, ASTRID: *Der privatrechtliche Schutz vor genetischer Diskriminierung. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung völker- und europarechtlicher Vorgaben sowie des österreichischen und englischen Rechts*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2009.

MONEN, KATHRIN: *Das Verbot der Diskriminierung. Eine Untersuchung aufgrund der Rasse, des Geschlechts und der sexuellen Identität im deutschen und U.S.-amerikanischen Privatrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2008.

POLLOCZEK, TOBIAS: *Altersdiskriminierung im Licht des Europarechts*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2008.

V. COMPRAVENTA

BARTFELD, SVEN: *Das Sachleistungsvertragskonzept der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im deutschen, englischen und französischen Recht*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2009.

EBERS, Martin; JANSSEN, André; MEYER, Olaf (eds.): *European Perspectives on Producers' Liability. Direct Producers' Liability for Non-conformity and the Sellers' Right of Redress*, Sellier European Law Publishers, München, 2009.

FISCHER, REINHARD: *Vor-und Nachteile des Ausschlusses des UN-Kaufrechts aus Sicht des deutschen Exporteurs. Rechtsvergleichende Betrachtung der Verkäuferrisiken nach BGB und CISG unter Berücksichtigung jeweiliger Haftungsausschluss- und Haftungsbegrenzungsmöglichkeiten*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2008.

FLIGGE, CHRISTINE: *Verbraucherschutz beim Internetkaufvertrag. Ein Vergleich der Rechtslage in den USA und in Deutschland*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009.

JANSSEN, ANDRÉ; MEYER, OLAF (eds.): *CISG Methodology*, Sellier European Law Publishers, München 2009.

JANZ, ALEXANDRA: *Die Rechte des Käufers bei eigener Mängelbeseitigung nach Ablauf der Nachfrist*, Duncker & Humblot, Berlin 2008.

KIRSTEN, STEFAN: *Verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung für Sachmängel beim Warenkauf?*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.

MANGOLD, STEPHAN: *Verbraucherschutz und Kunstkauf im deutschen und europäischen Recht*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009.

MATTEO, MARCO DI: *Der Verbrauchsgüterkauf in Deutschland und Italien*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009.

TEUFEL, ANNE JULIA: *Der finanzierte Verbrauchsgüterkauf im deutschen und französischen Recht. Rechtsvergleichende Untersuchung zum Verbraucherschutzrecht bei finanzierten Verträgen*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2008.

PERAKI, VIRGINIA: *Der Rückgriff in der Lieferkette im deutschen und griechischen Kaufrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2009.

VI. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

COLOMBI CIACCHI, AURELIA; GODT, CHRISTINE; ROTT, PETER; SMITH, LESLEY JANE: *Haftungsrecht im dritten Millennium – Liability in the Third Millennium. Liber Amicorum Gert Brüggemeier*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2009.

HEIDERHOFF, BETTINA; ZMII, GRZEGORZ (eds.): *Tort Law in Poland, Germany and Europe*, Sellier European Law Publishers, München 2009.

WILHELMI, RÜDIGER: *Risikoschutz durch Privatrecht. Eine Untersuchung zur negatorischen und deliktischen Haftung unter besonderer Berücksichtigung von Umweltschäden*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.

VII. DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

KALSKI, WITO: *Individualansprüche des Verbrauchers bei Lauterkeitsverstößen*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009.

LEICHT, MICHAEL: *Gewinnabschöpfung bei Verstoß gegen die lauterkeitsrechtliche Generalklausel. Zur dogmatischen Qualifikation des § 10 Abs. 1, 2 UWG und ihren Konsequenzen*, Nomos-Verlag, Baden-Baden 2009.

VIII. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

BACH, IVO: *Grenzüberschreitende Vollstreckung in Europa: Darstellung und Entwicklung, Vergleich, Bewertung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008.

BROKAMP, ARNO: *Das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008.

BERGMEISTER, FELIX: *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG). Bestandsaufnahme und Reformempfehlung aus der Perspektive von Recht und Praxis der US-amerikanischen Securities Class Action*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.

BEUCHLER, HOLGER: *Class Actions und Securities Class Actions in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2008.

BITTER, ANNA-KRISTINA: *Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.

EINHAUS, STEFAN: *Kollektiver Rechtsschutz im englischen und deutschen Zivilprozessrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 2008.

GERMELMANN, CLAAS F.: *Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union. Eine Untersuchung vor dem Hintergrund der deutschen, französischen und englischen Rechtskraftlehren*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.

HOHL, JULIA M.: *Die US-amerikanische Sammelklage im Wandel*, Duncker & Humblot, Berlin 2008.

KENYEL, MIKLÓS; HARSÁGI, VIKTÓRIA: *Der Einfluss des Europäischen Zivilverfahrensrechts auf die nationalen Rechtsordnungen*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2009.

KOHLER, KRISTIN: *Die grenzüberschreitende Verbraucherverbandsklage nach dem Unterlassungsklagengesetz im Binnenmarkt*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2008.

MUTHORST, OLAF: *Das Beweisverbot. Grundlegung und Konkretisierung rechtlicher Grenzen der Beweiserhebung und der Beweisverwertung im Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.

PERNFUß, ANDREAS: *Die Effizienz des europäischen Mahnverfahrens: eine kritische Untersuchung wesentlicher Verfahrensmerkmale*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2009.

RÜEDI, YVES: *Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess*, St. Gallen: Dike, Zürich 2009.

SCHLOSSER, PETER F.: *EU-Zivilprozessrecht. EuGVVO, AVAG, VTVO, MahnVO, BagatellVO, HZÜ, EuZVO, HBÜ, EuBVO*, 3. Aufl., CH Beck, München 2009.

IX. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

BAUER, FRANK: *Die Forderungsabtretung im IPR: schuld- und zuordnungsrechtliche Anknüpfungen*, Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main 2008.

FERRARI, FRANCO; LEIBLE, STEFAN: *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier European Law Publishers, München 2009.

FUNKEN, KATJA: *Das Anerkennungsprinzip im internationalen Privatrecht. Perspektiven eines europäischen Anerkennungskollisionsrechts für Statusfragen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.

RAUSCHER, THOMAS: *Internationales Privatrecht: mit internationalem und europäischem Verfahrensrecht*, 3. Aufl., Müller, Heidelberg 2009.

Legislación

Transposición de la Directiva 2005/29/CE, sobre las prácticas comerciales desleales

El pasado 30 de diciembre de 2008 entró en vigor la Primera Ley de modificación de la *Gesetz über den unlauteren Wettbewerb* (UWG) o ley sobre prácticas comerciales desleales (*Bundesgesetzblatt I*, p. 2949). La norma ya había sido objeto de una gran reforma en el año 2004 (*vid. ADC 2005, 1208-1209*), pero eran necesarios nuevos cambios con el fin de incorporar completamente las prácticas comerciales desleales referidas en la Dir. 2005/29/CE [más información en Köhler, «Die UWG-Novelle 2008», *Wettbewerb in Recht und Praxis* (WRP) 2009, 109-117]. Ahora, igual que antes, la UWG regula la actuación de las empresas en el mercado, en sus relaciones con los consumidores (B2C) y con otras empresas (B2B). Lo que es nuevo es el concepto de «prácticas comerciales», que en el futuro ya no comprenderán sólo la publicidad previa a la conclusión de un contrato, sino cualquier actuación, omisión y práctica que conduzcan directamente a la promoción, compra o suministro de un bien o servicio (§ 2.1 Nr. 1 UWG, en la nueva versión). Por tanto, también la utilización de condiciones generales puede ser susceptible de calificarse de práctica desleal, sancionable no sólo desde el punto de vista del derecho civil (§§ 305-310 BGB), sino también desde el derecho de la competencia (UWG).

La cláusula general del § 3 (UWG 2004) comprendía un supuesto único de prohibición. Pero el nuevo § 3 UWG lo amplía a tres. Éstos, además, deben ponerse en relación con otras normas que, en parte, son ahora introducidas *ex novo*:

- Si un determinado comportamiento frente al consumidor está comprendido en la lista negra de prácticas comerciales desleales anexa al § 3.3 UWG, debe considerarse siempre prohibido. Esto es, sin posibilidad de comprobar las circunstancias del caso concreto. Tal lista negra reproduce casi literalmente la de la Directiva.
- El § 3.1 UWG en general deja claro que están prohibidas las prácticas comerciales desleales cuando éstas puedan dañar sensiblemente los intereses de los competidores, consumidores u otros actores de mercado. Las «kleine Generalklauseln» o «pequeñas cláusulas generales» de los §§ 4-7 UWG sirven para medir lo que deba considerarse una práctica comercial agresiva (§ 4 Nr. 1 y 2 UWG), la publicidad encubierta (§ 4 Nr. 3 UWG), las medidas que deben adoptarse en relación con las promociones de venta (§ 4 Nr. 4-6 UWG), las prácticas comerciales engañosas (§ 5 UWG), las omisiones enga-

ñas (§ 5a UWG), la publicidad comparativa (§ 6 UWG), así como el acoso y la coacción (§ 7 UWG).

- Finalmente, el § 3.2 UWG transpone la „große Generalklausel» o «gran cláusula general», tal y como la regula el artículo 5.2 de la directiva. Se trata de una *cláusula omnibus* que sirve para mesurar la licitud de aquellas prácticas no comprendidas ni en la lista negra ni en los §§ 4-7 UWG.

En definitiva, con la transposición de la Dir. 2005/29, el legislador alemán ha optado por no modificar más que en lo esencial la ley promulgada en 2004 y por procurar una reproducción lo más literal posible de los preceptos de la norma comunitaria. Un problema importante es que éstos requieren interpretación, lo cual siempre dificulta la transposición de la norma, pero mucho más si se tiene en cuenta que la directiva persigue una armonización máxima y no es de mínimos. Es decir, que los Estados miembros no pueden mantener ni promulgar normas que proporcionen un nivel de protección más elevado para el consumidor. Eso significa que una práctica que no sea re conducible a cualquiera de las descritas en la lista negra, ni entre tampoco en las cláusulas generales de la directiva, no puede ser considerada desleal por los Estados miembros. El problema se centra entonces en la interpretación de las cláusulas generales de la directiva y esta es una cuestión que sólo puede dirimir el TJCE. Éste ha resuelto ya algunas cuestiones prejudiciales y otras están todavía pendientes, en relación con la interpretación de las «ofertas conjuntas», esto es, ofertas en las que la adquisición de un producto o servicio está vinculada a la adquisición de otros productos o servicios:

- Asuntos acumulados C-261/07 y C-299/07 (*VTB-VAB NV/Total Belgium NV y Galatea BVBA/Sanoma Magazines Belgium NV*), a propósito de la Ley belga de 14 de julio de 1991, relativa a las prácticas comerciales y la protección del consumidor. Según esta norma, tales ofertas conjuntas dirigidas a los consumidores están prohibidas. Pero, puesto que se trata de una prohibición general que tiene carácter preventivo, con independencia de cualquier verificación de su carácter desleal, el TJCE considera que tal prohibición contraviene la Dir. 2005/29/EG: no es re conducible ni a la lista negra, ni al supuesto de hecho tipificado en los artículos 5 a 9 de la Directiva.

- En el asunto C-304/08 (*Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV/Plus Warenhandelsgesellschaft mbH*) se plantea ante el TJCE la cuestión prejudicial de si el artículo 5.2 Dir. 2005/29 se opone a la disposición nacional alemana según la cual está prohibida por principio toda práctica comercial por la que se supedita la participación de los consumidores en un concurso o juego a la adquisición de un producto o a la contratación de un servicio, independientemente de que en el caso concreto la promoción perjudique los intereses de los consumidores.

- En el asunto C-540/08 (*Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG/«Österreich»-Zeitungsvverlag GmbH*) se plantea si la Dir. 2005/29 se opone a una normativa austriaca conforme a la cual se prohíben el anuncio, la oferta o la entrega de regalos gratuitos con publicaciones periódicas, así como el anuncio de regalos gratuitos con otros bienes o servicios, sin que deba examinarse en el caso concreto el carácter engañoso, agresivo o de cualquier otro modo desleal de esta práctica comercial.

Ley de lucha frente a la publicidad telefónica ilícita y de mejora de la protección del consumidor frente a determinadas modalidades de distribución [Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen]

La ley fue promulgada el 26 de marzo de 2009 y modifica el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), la Ley de competencia desleal (UWG) y la Ley sobre Telecomunicaciones (*Telekommunikationsgesetz*, TKG).

a) Las reformas en el BGB afectan al derecho de desistimiento de los consumidores en los contratos a distancia y a los requisitos para el cambio de prestador de servicios. Hasta la fecha y de acuerdo con el derecho comunitario, el consumidor no disponía de un derecho de desistimiento en los contratos a distancia de suministro de diarios, prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas y en los contratos a distancia de apuestas y loterías. A partir de ahora, sí que existirá derecho de desistimiento en tales contratos (nuevo § 312d.4 BGB). Sólo se exceptúan las situaciones en las que el consumidor ha prestado telefónicamente su consentimiento contractual. A su vez, la ley mejora la protección del consumidor porque le permite desistir de los contratos de servicios concluidos telefónicamente o a través de internet, siempre que no hubiera sido informado en la forma de texto sobre la existencia de tal derecho. Hasta la fecha, el derecho de desistimiento se extinguía siempre que el empresario hubiera comenzado a ejecutar el contrato con el consentimiento expreso del consumidor, o cuando el mismo consumidor lo hubiera comenzado a ejecutar personalmente. Ello propiciaba que empresarios poco escrupulosos se sirvieran de esta norma para «colocar» a los consumidores contratos por teléfono o a través de internet. La Ley trata de conjurar tal comportamiento. Si el consumidor desiste de tal contrato, sólo debe devolver las cantidades correspondientes a la utilización del servicio si previamente hubiera sido informado de ese deber y hubiera consentido la ejecución de la prestación antes de que expirara el plazo para desistir (nuevo § 312d.3, 3 BGB). Finalmente, ya se ha dicho también que la nueva ley regula los requisitos que deben concurrir para que se produzca un cambio de prestador de servicios (v.gr. proveedor de electricidad o de línea telefónica). Ya no basta con una llamada telefónica del consumidor al nuevo proveedor de servicios (cuando éste esté autorizado para contactar con el antiguo proveedor para dar por terminada la relación jurídica con el cliente), sino que ahora el consumidor debe manifestar su voluntad mediante la forma de texto.

b) Las reformas que afectan a la UWG sirven para aclarar que es preciso el consentimiento expreso del consumidor para recibir publicidad por teléfono. Hasta la fecha, la publicidad telefónica sólo estaba prohibida si el consumidor no la había consentido expresamente o mediante un comportamiento concluyente. El nuevo § 7.2 Nr. 2 UWG deja claro que ya esto último queda excluido, de forma que sólo vale el consentimiento expreso del consumidor. Además, si hasta la fecha sólo los competidores y las asociaciones de consumidores estaban legitimados para denunciar tales infracciones, ahora es también el Estado quien puede hacerlo e imponer una multa de hasta 50.000 €.

c) También ha resultado modificada la TKG. Las empresas que realizan anuncios por teléfono ya no podrán no hacer visible su número de teléfono. A partir de ahora, tal comportamiento está prohibido y la infracción de tal prohibición es sancionada con una multa de hasta 10.000 €.

ESPAÑA

ESTHER ARROYO AMAYUELAS, ANDRÉS MIGUEL COSIALLS UBACH**Bibliografía****ESTHER ARROYO AMAYUELAS *****I. COOPERACIÓN CIVIL**

BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría (coord.): *La cooperación en materia civil en la Unión europea*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2009. ISBN: 978-84-8355-831-7.

II. DERECHO DE LA COMPETENCIA

BELLO MARTÍN CRESPO, M.^a Pilar; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco (coords.): *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2009. ISBN 9788483557570.

CALVO CARAVACA, Alfonso: *Derecho antitrust europeo*, T. I. *Parte General. La Competencia*, Madrid, Colex, 2009. ISBN: 9788483421772.

III. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA U.E

BONET PÉREZ, Jordi; SÁNCHEZ, Víctor M. (dir.): *Los derechos humanos en el siglo XXI: Continuidad y cambios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009. ISBN(13): 9788493598136.

LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo; GARCÍA COMENDADOR ALONSO, León: *Doctrina del tribunal Europeo de los Derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008. ISBN(13): 9788498762495.

OLIVA, Andrés de la (dir.): *La justicia y la carta de Derechos fundamentales de la Unión europea*, Madrid, Colex, 2008. ISBN 9788483421147.

REQUEJO ISIDRO, Marta: *Violaciones graves de Derechos humanos y responsabilidad civil (Transnational Human Rights)*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2009. ISBN 978-84-8355-907-9.

SALINAS ARCEGO, Sergio: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI el proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Madrid, Iustel, 2009. ISBN(13): 9788498900347.

IV. DERECHO MEDIOAMBIENTAL

VERCHER NOGUERA, Antonio (dir.): *Derecho europeo medioambiental: La protección del medio ambiente en la Unión Europea. Aspectos críticos*, Madrid, CGPJ, 2008. ISBN: 9788496809826.

* Profesora Titular de Derecho Civil, U. Barcelona.

V. DERECHO PROCESAL

CALDERÓN CUADRADO, M.ª Pia *et alii* (coords.): *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Avances y derechos fundamentales en materia procesal*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2009. ISBN: 978-84-8355-932-1.

GONZÁLEZ CANO, M.ª 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.

ORTELLS RAMOS, Manuel (coord.): *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*, Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008. ISBN(13): 9788496705869.

VI. ENSEÑANZA DEL DERECHO

LLEBARÍA SAMPER, Sergio: *El proceso de Bolonia: La enseñanza del Derecho a juicio... ¿Absolución o condena?*, Barcelona, JM Bosch, 2009. ISBN: 978-84-7698-851-0.

PEÑUELAS REIXACH, Lluís: *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho comparado*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2009. ISBN: 978-84-9768-642-6.

VII. EXTRANJERÍA

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene (dir.): *Regiones, Unión europea e integración de inmigrantes. Una perspectiva desde el Derecho comparado*, Barcelona, Atelier, 2009. ISBN: 978-84-96758-76-6.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina (coord.): *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*, Madrid, Laborum, 2008. ISBN: 978-84-95863-98-0.

VIII. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, *Protección jurídica de los empresarios en la Contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Madrid, Civitas, 2009. ISBN: 978-84-470-3133-7.

BELUCHE RINCÓN, Iris: *El derecho de desistimiento del consumidor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009. ISBN: 978-84-9876-492-5.

CASTRO VITORES, Germán: *La cláusula penal ante la armonización del Derecho contractual europeo*, Madrid, Dykinson, 2008. ISBN: 978-84-9849-334-4.

SIRVENT GARCÍA, Jorge: *La oferta en los contratos con consumidores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009. ISBN: 978-84-9876-491-8.

IX. PERSPECTIVA GENERAL DE LA ARMONIZACIÓN EUROPEA

BOSCH CAPDEVILA, Esteve (dir.): *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Bosch, 2009. ISBN: 9788497904797.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma *et alii* (coords.): *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas de la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Madrid, Civitas, 2008. ISBN(13): 9788447031030.

ZIMMERMANN, Reinhard, *Europa y el Derecho romano*, trad. Ignacio Cre-mades Ugarte, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2009. ISBN: 9788497686525.

X. SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR

QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás de la (dir.): *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Dir. 123/2006/CE, relativa a los servicios en el mercado interior*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2009. ISBN: 9788497686181.

XI. SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA

ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalia (dir.): *La sociedad cooperativa europea domiciliada en España*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2008. ISBN: 9788483558096.

XII. UNIÓN EUROPEA

BENEYTO PÉREZ, José M.^a (dir.): *Tratado de Derecho y políticas de la Unión europea*, T. I: Desarrollo histórico y caracteres básicos de la Unión europea. Naturaleza, valores, principios y competencias, Navarra, Aranzadi, 2009. ISBN: 9788483559376.

GIRÓN LARRUCEA, José A.: *El sistema jurídico de la Unión Europea y la reforma realizada en el Tratado de Lisboa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008. ISBN(13): 9788498763102.

Legislación

ANDRÉS MIGUEL COSIALLS UBACH *

Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.

La Ley 2/2009, de 31 de marzo (BOE 1 de abril), tiene como finalidad cubrir el vacío legal existente en la materia financiera que no recogía la Ley 7/1995, que trasponía la Directiva 87/102/CEE, ni la Ley 22/2007 que trasponía, a su vez, la Directiva 2002/65/CE. La constante evolución del mercado financiero con la aparición de nuevos productos ha hecho necesaria una nueva reforma en la legislación para garantizar los intereses de los consumi-

* Doctor en Derecho, Departamento de Derecho Privado, Universitat de Lleida.

dores y usuarios, en concreto frente a los créditos y préstamos hipotecarios concedidos por empresas que no son entidades de crédito ni están sujetas a la Ley 28/1998, de Venta a Plazos de Bienes Muebles y los servicios de intermediación de crédito. Así pues, el ámbito de aplicación de esta nueva Ley se limita a las empresas de servicios de intermediación financiera (art. 1.b) o aquellas que concedan préstamos o créditos hipotecarios mediante pago aplazado o apertura de crédito (art. 1.a).

La Ley prevé la creación de un Registro estatal y sendos registros autonómicos donde dichas empresas deberán inscribirse para poder prestar sus servicios. Esta cuestión fue discutida durante el debate parlamentario, ya que la iniciativa presentada por el Gobierno contemplaba la posibilidad de que la empresa pudiera inscribirse, de manera indistinta, tanto en el Registro autonómico correspondiente a su domicilio social como en el Registro estatal. Finalmente, ganó la opción de permitir únicamente la inscripción en el Registro autonómico. Respecto del Registro estatal, el ámbito de actuación también quedó finalmente modificado. En un principio, el proyecto de Ley contemplaba la posibilidad de que una Comunidad Autónoma decidiera no crear el citado registro autonómico, debiendo las empresas con domicilio social en dicha Comunidad Autónoma inscribirse en el Registro estatal. Asimismo, las empresas que desarrollaran sus actividades en territorio español pero estuvieran domiciliadas fuera de España también debían inscribirse en este Registro estatal. El texto definitivo aprobado por las Cortes únicamente atribuye la competencia registral a este organismo sobre estas últimas empresas, es decir, las domiciliadas en el extranjero. Además, se suprimió el carácter supletorio del Registro estatal frente a la inexistencia de un registro autonómico. En el supuesto de que la Comunidad Autónoma no haya creado el mencionado registro autonómico, se plantean dos problemas: no se garantiza correctamente los intereses de aquellos consumidores de una Comunidad Autónoma sin registro; y no podrá sancionarse a la empresa por falta de inscripción en el Registro, dado que ésta tiene que inscribirse en el correspondiente a su domicilio social. Cabe señalar que esta falta está tipificada por la Ley como muy grave y debe ser sancionada directamente por el Instituto Nacional de Consumo. En junio de 2009 todavía ninguna Comunidad Autónoma ha creado su respectivo registro. Sin embargo, esta problemática es resuelta por la Disposición transitoria única, apartado 3.^º de la Ley que establece, en primer lugar, que la obligación de inscripción en el Registro correspondiente no nacerá hasta el momento en que se cree dicho organismo; y, en segundo lugar, si la Comunidad Autónoma no crea el registro transcurridos seis meses de la entrada en vigor de la Ley, las empresas deberán inscribirse provisionalmente en el Registro estatal. Respecto del acceso a los datos del Registro estatal, la Ley establece que será accesible por medios electrónicos. Con todo, el proyecto de ley establecía que este Registro sería «de acceso gratuito y accesible por medios electrónicos». Esta modificación responde a la lógica consecuencia de no poseer en España un servicio público de Internet, es decir, los particulares deban costear la conexión electrónica para poder acceder a los datos del Registro. De ahí que se modificara el artículo 3.3 de la Ley para introducir en ese punto «acceso gratuito» sin vincularlo, pues, al acceso telemático.

El mundo de las nuevas tecnologías también está presente en la obligación de la empresa financiera de facilitar en su página «web» las condiciones generales de contratación que utilice, así como la inclusión en la misma

y en «posición suficientemente destacada» de su denominación social, el nombre comercial, el domicilio social y su número de inscripción en los Registros antes mencionados. No obstante, la Ley deja abierta la posibilidad de poder seguir consultando dichas informaciones en formato papel, que deberán facilitarse de manera gratuita a los consumidores (art. 6). Durante la tramitación parlamentaria se tomó especial cuidado en modificar los artículos correspondientes al acceso de la información contractual y de tarifas de la empresa para garantizar su accesibilidad a las personas con discapacidad (arts. 4.2 y 6.1).

La Ley establece la libertad de tarifas y comisiones en los servicios que prestan dichas empresas. Sin embargo, no podrán cobrarse cantidades superiores a las derivadas de las tarifas correspondientes y las comisiones deberán responder a servicios efectivamente realizados o a unos gastos justificados. Las tarifas deberán haber sido recogidas en un folleto informativo y enviadas a los registros antes de su aplicación.

Asimismo, la nueva Ley dispone que estas entidades deberán poseer un seguro de responsabilidad civil o aval bancario para cubrir las indemnizaciones por perjuicios causados a los clientes derivados de su actividad. La norma prevé un posterior desarrollo reglamentario a través de Real Decreto que establezca la cuantía mínima a asegurar por estas entidades. Otro dato de interés es que pesa sobre estas empresas la carga de la prueba sobre el cumplimiento efectivo de las obligaciones contractuales.

El interés del consumidor también queda protegido con el establecimiento de la obligación de informar a los consumidores de la tasa anual equivalente (TAE) mediante un ejemplo representativo en un folleto informativo y gratuito. Es importante señalar, por su trascendencia social, generalmente muy publicitada en los medios de comunicación, la posibilidad de agrupar distintos créditos o préstamos en uno sólo. En este caso, se deberá facilitar una información de forma clara, concisa y destacada de cualquier tipo de gastos relacionados con la citada agrupación. Además se prohíbe hacer referencia a la reducción de la cuota mensual a pagar, sin mencionar de forma expresa el aumento del capital pendiente y el plazo de pago del nuevo crédito.

En la línea marcada por el derecho comunitario de introducir gran número de deberes precontractuales de información, las empresas que realicen las actividades de intermediación deberán suministrar de forma gratuita –carácter gratuito introducido en la tramitación parlamentaria– al consumidor, con una antelación mínima de 15 días naturales a la celebración del contrato de intermediación y, en todo caso, antes de que asuma cualquier obligación derivada del contrato, de los datos de la empresa, del préstamo o crédito hipotecario ofrecido y su contrato. La Ley contempla específicamente el derecho de desistimiento en estos acuerdos. Así, el consumidor tendrá el plazo de 14 días naturales desde la formalización del contrato para ejercer su derecho, sin necesidad de alegar causa alguna y sin que la empresa pueda penalizarle por ello. Cabe señalar que la Ley no aborda el régimen jurídico de los contratos a los que hace referencia, por ejemplo, el contrato de préstamo. Únicamente regula «el régimen jurídico de la transparencia de los propios contratos de intermediación celebrados por empresas».

Finalmente, debe señalarse que la retribución de estas empresas, vinculadas exclusivamente a una entidad de crédito, no podrá proceder en ningún caso de sus clientes. Mientras que en el supuesto de entidades independientes, sólo podrán percibir esta retribución cuando se hubiera pactado en escrito u otro medio duradero (art. 22).

En nuestra opinión, esta Ley es un instrumento necesario para regular todo un sector que ha tomado gran protagonismo con la crisis económica. Sin embargo, es precisa la urgente actuación del poder ejecutivo para que la desarrolle y logre con ello el objetivo pretendido: la protección del consumidor de estos productos.

FRANCIA

Bibliografía (2008-2009)

CÉDRIC MONTFORT *

BEBEY MODI Koko, Henri-Désiré: *Droit communautaire des affaires (OHA-DA-CEMAC)*, T.1, *Droit commercial général et droit de la concurrence*, Dianoia, Chennevieres sur Marne, 2009. ISBN 978 2913126563.

BERGER, Vincent: *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 11^{ème} édition, Dalloz-Sirey, Paris, 2009. ISBN 978 2247082759.

BLASSELLE, Richard: *Traité de droit européen de la concurrence*, Vol. 3, Publisud, Paris, 2008. ISBN 978 2866006631.

DE FONTBRESSIN, Patrick: *L'entreprise et la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2009. ISBN 978 2802726685.

DECOCQ, André; DECOCQ, Georges: *Droit de la concurrence-Droit interne et droit de l'Union européenne*, 3^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2008. ISBN 978 2275033020.

DUBOS, Olivier; KAUFFMANN, Pascal: *L'Europe des services-L'approfondissement du marché intérieur*, Pédone, Paris, 2009, ISBN 978 2233005540.

KOHL, Benoît: *Droit de la construction et de la promotion immobilière en Europe-Vers une harmonisation de la protection du consommateur en droit de la construction?*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 2008. ISBN 978 2802725874.

MODIERE, Pierre: *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2008. ISBN 978 2275022420.

MOURRE, Alexis: *Droit judiciaire privé européen des affaires: droit communautaire, droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2007. ISBN 978 2802717782.

ROBIN-OLIVIER, Sophie; FASQUELLE, Daniel; DE LA ROSA, Stéphane; FALLON, Marc: *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire-Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2009. ISBN 978 2802725411.

UNION DES AVOCATS EUROPEENS: *L'évolution du droit des transports en Europe (Colloque de Marseille du 12 octobre 2007)*, Bruylant, Bruxelles, 2008. ISBN 978 2802725978.

WICKER, Guillaume; AUBERT DE VINCENNES, Carole; BOUCARD, Hélène; FERRIER, Didier: *Droit européen des contrats et droits du contrat en Europe-Quelles perspectives pour quel équilibre?*, Litec, Paris, 2008. ISBN 978 2711011001.

* Doctor en Derecho. Abogado en el Despacho Ratheaux. Encargado de curso en la Université Jean Moulin-Lyon 3 y en la Université Lumière-Lyon 2

Legislación

Decreto de 18 de marzo de 2009, sobre la aplicación del artículo L 132-1 del *Code de la consommation* sobre cláusulas abusivas.

El artículo L 132-1 del *Code de la consommation* considera no incorporadas las cláusulas abusivas que crean un desequilibrio significativo en provecho del profesional y en perjuicio del consumidor o del co-contratante no profesional. Son los jueces quienes en cada caso deben apreciar la abusividad de la cláusula. Con el fin de facilitar tan delicada tarea, en 1978 el legislador francés creó una «Comisión de cláusulas abusivas» encargada de efectuar las recomendaciones pertinentes. Así, el 18 de marzo de 2009 se promulgó el Decreto núm. 2009-302, que incorpora en el *Code de la consommation* un nuevo artículo R 132-1 con dos listas de cláusulas abusivas:

- a) Una lista negra de doce cláusulas que se presumen siempre abusivas, cualquiera que sean las circunstancias que esgrima el profesional.
- b) Una lista gris de diez cláusulas que se presumen abusivas; es una presunción que el profesional puede desvirtuar si prueba que no existe perjuicio para el contratante que se encuentra en situación más débil.

La adopción de listas negras y grises pone de manifiesto la influencia que ejerce sobre el derecho francés el derecho comunitario. Con todo, el hecho de que el derecho francés proteja a los contratantes no profesionales hace presagiar problemas en el futuro, puesto que la regulación nacional colisiona con la Propuesta de directiva de la Comisión, sobre derechos de los consumidores, de 8 de octubre de 2008. Efectivamente, éste es un proyecto de armonización máxima que únicamente protege a los consumidores frente a las cláusulas abusivas utilizadas por los profesionales; esto es, sólo protege a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su profesión (art. 2.1 Propuesta de Directiva, 2008/0196/COM).

Ley de 4 de agosto de 2008, de modernización de la economía (*Loi n.º 2008-776, JORF du 5 août 2008*)

Tal y como indica su rúbrica, la finalidad de la norma es ambiciosa y es imposible resumir aquí todos sus objetivos. Por eso sólo apuntaremos dos de las reformas efectuadas por dicha ley en el ordenamiento jurídico francés.

Por un lado, se corrigen ciertas imperfecciones que se observaban en la *Loi Chatel* (*Loi n.º 2008-3, 3 enero 2008, pour le développement de la concurrence au service des consommateurs; JORF 4 enero 2008*) que tenía por objeto la transposición de la Dir. 2005/29, sobre prácticas comerciales desleales (DOUE L 149/22, de 11 de junio de 2005) y que en su momento fue objeto de comentario en esta crónica (ADC, 2008, 3, pp. 1504-1597). Efectivamente, la ley de modernización de la economía ha incorporado dos nuevos artículos en el *Code de la consommation* que adoptan –y adaptan– las listas de prácticas desleales que figuran en el anexo de la directiva (art. L 121-1-1, con la lista de prácticas engañosas; artículo L 121-11-1, con la de las prácticas agresivas). Sin embargo, merece la pena observar lo siguiente: en primer lugar, la ley francesa no establece si la presunción de deslealtad puede destruirse mediante prueba en contrario; y, en segundo lugar, el *Code de la consommation* así modificado indica *expressis verbis* que el juicio de deslealtad también puede darse respecto de las

prácticas que un profesional tiene frente a otro, lo que confirma la concepción tan amplia que el derecho francés dispensa al consumidor.

Por otro lado, más de seis años después de la fecha límite para la transposición de la Dir. 2000/35, sobre la lucha contra la morosidad (DOUE L 200/35, 8 agosto 2000), la ley de modernización de la economía ha llevado a cabo, por fin, una profunda reforma en el régimen jurídico de los plazos de pago entre profesionales. En esencia, la nueva regulación, que se aplica a todos los contratos y transacciones efectuadas con posterioridad al 1 de enero de 2009, establece por defecto un plazo de treinta días, cuyo *dies a quo* queda fijado el día de la emisión de una factura (art. L 441-6,4 *Code de commerce*). Ahora bien, a diferencia de lo previsto en la directiva, que parte del principio de libertad contractual, el artículo L. 441-6,5 *Code de commerce* dispone que –salvo acuerdos colectivos de vigencia temporal que deben ser ratificados por la nueva Autoridad francesa de la competencia– el plazo máximo que pueden acordar las partes es de «45 jours fin de mois» (N.T.: fecha de vencimiento que tiene en cuenta 45 días a contar desde la fecha de la factura y que establece el momento del pago el último día del mes que corresponda) o 60 días de calendario. La impronta autoritaria del legislador francés se deja ver en la sanción que impone para el caso de contravención de la norma cuando, ya sea mediante acuerdo contractual o en las condiciones generales de la contratación, se establezca un plazo distinto. La multa es de 15.000 € (art. L 441-6,10 *Code de commerce*), sin perjuicio de que cualquier operador que trate de someter o someta efectivamente a su contratante a un plazo más largo incurra en responsabilidad civil (art. L 442-6 I, 7.º *Code de commerce*).

Para concluir: si bien la trasposición francesa de la Dir. 2000/35 plantea todavía algunas dudas, la Ley de modernización de la economía tiene el mérito de haber modificado la regulación de las cláusulas de pago abusivas en el Derecho francés, a pesar de que la reforma parece haber pasado algo desapercibida.

GRAN BRETAÑA

Bibliografía (2008-2009)

ALEXANDRA BRAUN *

I. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

BARNARD, Catherine; ODUDU, Okeoghene (eds.): *The Outer Limits of European Union Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

BARNARD, Catherine (ed.): *Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Vol 10, 2007-2008*, Hart Publishing, Oxford, 2008.

BRAMMER, Silke: *Co-operation between National Competition Agencies in the Enforcement of EC Competition Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

DOUGAN, Michael; CURRIE, Samantha (eds.): *50 Years of the European Treaties. Looking Back and Thinking Forward*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

* Supernumerary Teaching Fellow in Law, St. John's College, Oxford.

EHLERMANN, Claus-Dieter; MARQUIS, Mel (eds.): *European Competition Law Annual 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford, 2008.

HODGES, Christopher: *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems. A New Framework for Collective Redress in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2008.

QUIGLEY, Conor: *European State Aid Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

ROGOWSKI, Ralf (ed.): *The European Social Model and Transitional Labour Markets. Law and Policy*, Ashgate, Aldershot, 2009.

TÜRK, Alexander H.: *Judicial Review in EU Law*, Elgar, Cheltenham, 2009

WATSON, Philippa: *EU Social and Employment Law Policy and Practice in an Enlarged Europe*, OUP, Oxford, 2009.

II. DERECHO COMPARADO

BACHNER, Thomas: *Creditor Protection in Private Companies. Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse*, CUP, Cambridge, 2009.

CARTWRIGHT, John; VOGENAUER, Stefan; WHITTAKER, Simon (eds.): *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

HENRARD, Kristin; DUNBAR, Robert (eds.): *Synergies in Minority Protection European and International Law Perspectives*, CUP, Cambridge, 2009.

MAK, Vanessa: *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

MARKESINIS, Basil (in co-operation with Professor Jörg Fedtke): *Engaging with Foreign Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

NIEMI, Johanna; RAMSAY, Iain; WHITFORD, William C.: *Consumer Credit, Debt and Bankruptcy. Comparative and International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

ODA, Hiroshi: *Japanese Law*, 3rd edn., OUP, Oxford, 2009.

RICHARDSON, Benjamin J; IMAI, Shin and MCNEIL, Kent (eds.): *Indigenous Peoples and the Law. Comparative and Critical Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

RINGE, Wolf-Georg; GULLIFER, Louise; THÉRY, Philippe (eds.): *Current Issues in European Financial and Insolvency Law. Perspectives from France and the UK*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

TULIBACKA, Magdalena: *Product Liability Law in Transition. A Central European Perspective*, Ashgate, Aldershot, 2009.

ITALIA

Bibliografía

MIRKO FACCIOLO, MAURO TESCARO, STEFANO TROIANO, BARBARA PASA

I. DERECHO PRIVADO EUROPEO (Mirko Faccioli*, Mauro Tescaro**, Stefano Troiano***)

AA. Vv., *Contratto e impresa*, n. 1 (gennaio-febbraio), 2009. Este número contiene, entre otros, algunos escritos de particular interés para el Derecho privado europeo. En particular: M. LIBERTINI, «Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scritte»; E. Russo, «Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»»; E. BARCELLONA, «Le tutele dell'acquirente nella vendita di beni di consumo tra responsabilità, garanzia ed esatto adempimento».

DE CRISTOFARO, G. (a cura di): *I «principi» del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, Giappichelli, 2009. El libro está precedido de una introducción de R. Schulze y recoge una serie de contribuciones que algunos estudiosos italianos han querido dedicar a los Principios del *Acquis* elaborados, con el soporte de la Comisión de la Comisión europea, por el *Research Group on the Existing EC Private Law*, cuyo primer volumen fue publicado en 2007 (*Principles of the Existing EC Contract Law – Acquis Principles*, Contract I – Pre-Contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, Munich 2007). En concreto, los aspectos centrales del estudio se centran, en particular, en la inderogabilidad *in pejus* de las normas aplicables a los contratos concluidos entre empresarios y consumidores, la forma del contrato, los contratos electrónicos, las cláusulas generales y las nociones jurídicas indeterminadas, los deberes de información precontractuales, la prohibición de discriminación, la disciplina del derecho de desistimiento y los efectos de su ejercicio, las cláusulas no negociadas, la transparencia en el contratos de adhesión, el cumplimiento de las obligaciones y las consecuencias del incumplimiento, el retraso en el pago.

GENOVESE, A. (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scritte. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, Cedam, 2008. El libro compila una serie de artículos que tratan de algunos problemas específicos del derecho relativo a las prácticas comerciales desleales y, en particular, la relación entre las normas específicas y las de cláusula general, así como las nociones de prácticas comerciales engañosas y agresivas, el papel que desempeñan los códigos de conducta, el *enforcement* y la tutela, la relación con la disciplina general de los contratos, y los aspectos de derecho internacional privado.

FARNETI, M.: *La vessatorietà delle clausole «principal» nei contratti del consumatore*, Padova, Cedam, 2009. Desde un punto de vista de derecho comparado del consumo, pero también desde un análisis de política jurí-

* Ricercatore di Diritto privato (Università di Verona).

** Ricercatore di Diritto privato (Università di Verona).

*** Professore straordinario di Diritto privato (Università di Verona).

dica, el autor se ocupa del problema de la exclusión del control de abusividad en la determinación del objeto del contrato y la adecuación del precio, así como del control de transparencia en este tipo de cláusulas contractuales.

FERRARO, F.: *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2008. El libro estudia la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros frente a los particulares (personas físicas o jurídicas), por violación del derecho comunitario. El estudio pone de manifiesto la vinculación del ordenamiento comunitario con el internacional, con especial atención a las orientaciones que proporciona la jurisprudencia comunitaria.

LA ROCCA, D.: *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, Giappichelli, 2008. La autora estudia la normativa comunitaria sobre el contrato, que ha dado lugar –y no sólo en el ámbito laboral– a lo que la autora define como un «nuevo derecho antidiscriminación», exigible directamente en las relaciones entre particulares, poniendo el acento en la prohibición de discriminación basada en el género, etnia, religión, discapacidad, edad u orientación sexual, y concluye poniendo de manifiesto la existencia de múltiples medios de tutela, todos ellos de naturaleza distinta, lo que puede comprometer su eficacia.

PATTI, S.; CUBEDDU, M.G. (a cura di): *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, Giuffrè, 2008. Participan en este volumen, además de los coordinadores, otros autores (S. Marino, W. Pintens y D. Henrich) que tratan de trazar las directrices que han caracterizado la evolución del derecho de familia en sus distintas vertientes, en varios ordenamientos jurídicos europeos, con especial atención al régimen patrimonial de los cónyuges, las modalidades de celebración y disolución del matrimonio, la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de los hijos menores de edad, o la determinación de la filiación.

RAGNO, F.: *Convenzione di Vienna e Diritto europeo*, Padova, Cedam, 2008. El libro se subdivide en cuatro capítulos: los tres primeros se dedican, respectivamente, a la relación entre el Convenio de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías y la unificación regional del derecho privado en Europa; entre el Convenio y las normas europeas de conflicto en materia de venta internacional de bienes muebles; y entre aquél y la normativa regional en materia de jurisdicción en el espacio judicial europeo. El cuarto y último capítulo analiza el rol que ha tenido el Convenio y el que podrá desarrollar en el futuro, como modelo de referencia en el proceso de construcción de un derecho privado europeo.

RUFFINI GANDOLFI, M. F.: *Cassette di sicurezza e responsabilità della banca: il problema in proiezione europea*, en *Rivista di diritto civile* 2008, II, p. 727 ss. La autora se pregunta si y de qué manera el contrato de alquiler de cajas fuertes que el banco pone a disposición del cliente debería ser objeto de una o más disposiciones en el proyecto de un *Code européen des contrats* que actualmente elabora la Academia de iusprudistas europeos.

RUSSO, E., *L'interpretazione dei testi normativi comunitari en Trattato di diritto privato a cura di G. Iudica e P. Zatti*, Milano, Giuffrè, 2008. El libro se ocupa de la interpretación de las normas comunitarias y destaca la idea según la cual tal actividad de interpretación no es, simplemente, un capítulo de la teoría general de la interpretación jurídica sino que pre-

senta perfiles absolutamente propios y particulares. La razón es que en la experiencia jurídica de los ordenamientos jurídicos particulares, los criterios tradicionales de la hermenéutica jurídica han sido pensados para interpretar datos normativos organizados en torno al código; es decir, según una estructura completamente desconocida para el legislador comunitario.

II. DERECHO COMPARADO (Barbara Pasa*)

BARIATTI, Stefania: *Casi e materiali di diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Giuffrè, 2009. ISBN 881414336.

BILLOTTA, Francesco: *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Milano, Mimesis edizioni, 2008. ISBN 978884837158.

BONOMI, Andrea: *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile* en: AJANI, Gianmaria; BENACCHIO, Gianantonio (dirs.): *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Vol. XIV, Torino, Giappichelli, 2009. ISBN 978-88-348-8619-9.

CANDIAN, Albina; GAMBARO, Antonio: *Casi e materiali per un corso di diritto privato comparato. Le tradizioni di common law e civil law*, Torino, Giappichelli, 2008. ISBN 9788834876411.

CARROZZA, Paolo; DI GIOVINE, Alfonso; FERRARI, Giuseppe F. (eds.): *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2009. ISBN 9788842078456.

CAVINO, Massimo (a cura di): *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Milano, Giuffrè, 2009. ISBN 8814145482.

CERCHIA, Rossella E.: *La responsabilità solidale in diritto privato comparato*, Milano, CUEM, 2008. ISBN 9788860011763.

CERINI, Diana Valentina: *Casi e materiali per un corso di diritto privato comparato. La responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2009. ISBN 978-88-348-8721-9.

CHIARELLA, M. Luisa: *Paradigmi della minore età. Opzioni e modelli di regolazione giuridica tra autonomia, tutela e responsabilità. Profili di diritto comparato*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2008, ISBN 9788849822274.

CUOMO ULLOA, Francesca: *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, Cedam, 2008. ISBN: 978-88-13-28092-5.

DONINI, Massimo; CASTRONUOVO, Donato (a cura di): *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, Cedam, 2008. ISBN: 978-88-13-26223-5.

EGIZIANO, Luca: *Separazione patrimoniale e tutela dei creditori. I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, Torino, Giappichelli, 2009. ISBN 978-88-348-9396-8.

FALLETTI, Elena: *I contratti di viaggio*, Padova, Cedam, 2008. ISBN: 978-88-13-28291-2.

GAMBA, Cinzia: *Diritto societario e ruolo del giudice*, Padova, Cedam, 2008. ISBN: 978-88-13-28103-8.

* Ricercatrice di Diritto Privato Comparato y Prof. Aggregato de Sistemi giuridici comparati (Università di Torino).

GHIA, Lucio: *L'esdebitazione. Evoluzione storica, profili sostanziali, procedure e comparativi*, Ipsoa, 2008. ISBN: 978-88-217-2846-4.

GUARNERI, Attilio: *Lineamenti di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2008, 3.^a ed. ISBN: 978-88-13-28172-4.

MARKEŠINIS, Basil; FEDTKE, Jörg: *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato* (traducción al italiano de A. Taruffo), Bologna, Il Mulino, 2009. ISBN 978-88-151-2858-4.

MEGALE, Fabrizio: *Teorie della traduzione giuridica fra diritto comparato e «translation studies»*, ESI Napoli, 2008. ISBN: 978-88-6342-065-4.

MEZZETTI, Luca (a cura di): *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2009, ISBN: 978-88-13-29119-8.

OBERTO, Giacomo: *La formazione dei magistrati alla luce dei principi internazionali e dei profili di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2008. ISBN: 978-88-13-28538-8.

PASA, Barbara: *La forma informativa nel diritto privato comunitario. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, Jovene ed., 2008. ISBN: ISBN 88-243-1837-1.

TORINO, Raffaele (a cura di): *Il diritto privato regionale in Spagna*, Padova, Cedam, 2009, ISBN: 978-88-13-29545-5.

Legislación

Mirko Faccioli, Mauro Tescaro, Stefano Troiano

El Título V del Libro V del *Codice civile* ha sido modificado y ampliado con nuevas normas introducidas por el d.lgs. 4 agosto 2008, n. 142, que traspone la Directiva 2006/68/CE (que modifica la Directiva 77/91/CEE, sobre la constitución de la sociedad por acciones y salvaguardia y modificación del capital social) y por el d.lgs. 3 noviembre 2008, n. 173, que traspone la Directiva 2006/46/CE (que modifica las Directivas 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE y 91/674/CEE, relativas, respectivamente, a las cuentas anuales de tales tipos de sociedad y anuales y consolidadas de la banca, de otros institutos financieros y de las empresas aseguradoras).

Sección temática: Espacio Judicial Europeo,
Derecho Procesal, Derecho de Contratos, Derechos Reales,
Derecho de Familia, Derecho Antidiscriminación, Derecho
de Autor, Derecho de Daños y
Derecho de *Trusts* en la Unión Europea

I. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS *

Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM(2009) 174 final de 21 de abril de 2009.

Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM(2009) 174 final de 21 de abril de 2009.

Como es bien sabido, el Reglamento 44/2001 (en adelante, R44/2001) constituye el fundamento de la cooperación judicial en materia civil y mercantil. Establece normas uniformes de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, transacciones y documento públicos con fuerza ejecutiva. El presente Informe de la Comisión tiene por objeto presentar al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social una evaluación sobre la aplicación del R44/2001. Va acompañado de un Libro verde, a través del cual se abre una amplia consulta a las partes interesadas sobre posibles formas de mejorar la aplicación del Reglamento respecto de los puntos que plantea el Informe. La fecha límite para presentar las observaciones es el 30 de junio de 2009. A continuación comento ambos documentos conjuntamente.

El Informe se ha elaborado de conformidad con el artículo 73 del R44/2001, sobre la base de un estudio general encargado por la Comisión sobre la aplicación práctica del R44/2001 (estudio elaborado por el Prof. Dr. Hess, el Prof. Dr. Pfeiffer y el Prof. Dr. Schlosser y que se puede consultar en http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm). Y un estudio específico sobre las normas de competencia judicial internacional nacionales aplicables cuando el demandado no está domicilia-

* Profesora de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de ESADE-Ramon Llull.

do en un Estado miembro («competencia subsidiaria») [estudio elaborado por el Prof. Dr. Nuyts y que se puede consultar en http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm], así como un estudio para evaluar el impacto de una posible ratificación, por la Comunidad, del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro (estudio preparado por CHK Consulting y que se puede consultar en: http://ec.europa.eu/justice_home/evaluation/dg_coordination_evaluation.htm)

El informe se estructura en dos partes. La primera versa sobre la aplicación del R44/2001 en general y la segunda lleva a cabo una evaluación específica de ciertos puntos del R44/2001. En cuanto a la aplicación en general, junto a algunos datos estadísticos, el informe valora el R44/2001 como un instrumento muy satisfactorio y que ha servido para simplificar los litigios transfronterizos mediante un sistema eficiente de cooperación judicial basado en normas de competencia exhaustivas, la coordinación de procedimientos paralelos y la circulación de resoluciones judiciales. Es un instrumento, señala el informe, muy apreciado por los profesionales del Derecho. Respecto del análisis específico de algunos puntos del R44/2001 se evalúa, en particular: *a)* la abolición del exequáutur; *b)* el funcionamiento del Reglamento en el ordenamiento jurídico internacional; *c)* la elección de foro; *d)* propiedad industrial; *e)* litispendencia y acciones relacionadas; *f)* medidas provisionales, *g)* la interfaz entre el Reglamento y el arbitraje; y finalmente se plantean otras cuestiones relativas al ámbito de aplicación, a las normas de competencia y a las normas de reconocimiento. A continuación dedicaré unas líneas a algunas de ellas.

El principal objetivo de la revisión del Reglamento deberá ser la abolición del procedimiento de exequáutur en todos los asuntos contemplados por el mismo. El estudio general sobre el R44/2001 muestra que la mayor parte de las solicitudes de otorgamiento de ejecución tienen éxito (entre el 90 por 100 y el 100 por 100). Solamente del 1 por 100 al 5 por 100 de las decisiones son recurridas. El motivo más alegado en caso de recurso contra el otorgamiento de ejecución es la falta de notificación en tiempo y forma (art. 34.2 R44/2001). No obstante, pocas veces han tenido éxito los recursos. En cuanto al orden público, aunque es un motivo que se invoca con frecuencia es aceptado muy pocas veces y generalmente a fin de salvaguardar los derechos procesales del demandado. Por ello, como señala el Libro Verde el objetivo de suprimir el procedimiento de exequáutur en todos los asuntos en materia civil y mercantil parece plausible. En la práctica, se trataría, sobre todo, de los créditos impugnados. Con todo, la supresión del exequáutur debería ir acompañada de las salvaguardas necesarias.

El funcionamiento del Reglamento en el ordenamiento jurídico internacional (con respecto a situaciones vinculadas a terceros Estados) ha sido objeto de varias cuestiones prejudiciales presentadas al TJCE (*Josi, Owusu, Dictamen 1/03*). Según el informe, la ausencia de normas uniformes sobre competencia subsidiaria (normas de competencia nacionales) produce un acceso desigual a la justicia para los ciudadanos comunitarios, especialmente en los casos en los que una de las partes no obtendría un juicio justo o una protección adecuada ante los tribunales de terceros Estados. Además, la ausencia de normas de competencia respecto de demandados de terceros Estados puede comprometer la aplicación de las normas imperativas comunitarias (por ejemplo, en materia de protección del consumidor pues éste no puede ejercer una acción contra demandados de terceros Estados).

En el Libro Verde se plantea la posibilidad de incluir a los demandados domiciliados en terceros países en el ámbito de aplicación personal de las normas de competencia judicial internacional del R44/2001 en cuyo caso

debería examinarse, por un lado, en qué medida las normas actuales (con los criterios de vinculación previstos) podrían aplicarse en tales situaciones y, por otro, en qué medida sería necesario y oportuno crear nuevos criterios de competencia para litigios en los que esté implicado un demandado de un tercer país. A nivel nacional, las normas de «competencia subsidiaria» persiguen el garantizar el acceso a la justicia. A este respecto, habría que encontrar un equilibrio entre el acceso a la justicia, por una parte, y la noción de cortesía internacional, por otra. En este contexto se proponen tres criterios: la competencia basada en el ejercicio de actividades siempre que el litigio se refiera a tales actividades, la localización de los bienes, siempre que la demandada guarde relación con dichos bienes; y un *forum necessitatis*, que permitiría iniciar una acción en aquellos casos en que sea ésta la única forma de garantizar el acceso a la justicia.

Por su parte, la ausencia de normas comunes sobre el efecto de las resoluciones judiciales de terceros Estados en la Comunidad puede llevar, en algunos Estados, a situaciones en las que estas resoluciones se reconozcan a pesar de que infrinjan el Derecho comunitario imperativo o cuando el Derecho comunitario establece la competencia exclusiva de los Estados miembros. En el Libro verde se plantea la posibilidad de establecer un régimen común de reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en terceros países.

Otra cuestión que es objeto de atención son los acuerdos de elección de foro. Respecto de estos acuerdos se observa que en ocasiones, además de las condiciones uniformes establecidas en el artículo 23 R44/2001, el consentimiento entre las partes se somete, además, al Derecho nacional aplicable al acuerdo. Ello lleva a consecuencias no deseadas, dado que un mismo acuerdo de elección de foro puede considerarse válido en un Estado miembro y no en otro. Otra de las preocupaciones es que parece que el R44/2001 no protege lo suficiente la voluntad expresada en dichos acuerdos pues es posible que una de las partes en dicho acuerdo acuda a los tribunales de un Estado miembro en violación del acuerdo, obstaculizando el procedimiento ante el foro elegido en la medida en que éste sea posterior al primer procedimiento. El TJCE ha confirmado (asunto *Gasser*) que la regla de litispendencia obliga al segundo tribunal a suspender hasta que el primero se declare incompetente y que los mecanismos procesales existentes conforme al Derecho nacional que permiten consolidar el efecto de los acuerdos de elección de foro (*anti-suit injunctions*) son incompatibles con el R44/2001 (asunto *Turner*). Por ello, el Libro Verde sugiere dar el mayor efecto posible a estos acuerdos. Entre otras, una de las soluciones podría consistir en liberar al órgano jurisdiccional designado en el acuerdo exclusivo de la obligación que le incumbe de suspender el proceso con arreglo a la norma de litispendencia. Esta opción presenta sin embargo un inconveniente pues hace posible procedimientos paralelos que pueden conducir a resoluciones inconciliables. Otra alternativa sería invertir la norma de prioridad en el caso de acuerdos exclusivos de elección de foro. Finalmente, también se podría mantener la norma actual de litispendencia pero favoreciendo una comunicación y cooperación directa entre órganos jurisdiccionales implicados, fijando además un plazo para que el primer tribunal decida sobre la competencia en caso de infracción de tales acuerdos. La eficacia de tales acuerdos podría reforzarse igualmente concediendo daños y perjuicios en caso de infracción de tales acuerdos.

Finalmente, respecto de los acuerdos de elección de foro se comenta que la Comisión ha propuesto firmar el Convenio de La Haya sobre acuerdos de

elección de foro que se celebró el 30 de junio de 2005. Se plantea la compatibilidad entre los regímenes del Convenio y el R44/2001.

Respecto al ámbito de la propiedad industrial se plantea fundamentalmente los problemas que ha ocasionado la norma de litispendencia al permitir la denominada táctica del «torpedeo», i.e. las partes intentan adelantarse al ejercicio de la competencia por parte del tribunal competente iniciando el procedimiento otro tribunal que por lo general, aunque no siempre, carece de competencia. A la espera de la creación del Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes, el Libro verde propone lo siguiente: en lo que respecta a la coordinación de los procedimientos paralelos de infracción, podría reforzarse la comunicación y la interacción entre los órganos jurisdiccionales a los que se ha sometido paralelamente el asunto y/o excluir la aplicación de esta norma en caso de resolución negativa declarativa.

La norma de litispendencia y conexidad del R44/2001 ha planteado problemas en otros casos, como en el de préstamos de empresas y asuntos de competencia. De nuevo, y con carácter general, el Libro Verde propone reforzar la comunicación y la interacción entre los órganos jurisdiccionales que conocen de procedimientos paralelos y/o excluyendo la aplicación de la norma en caso de resolución negativa declarativa.

Por lo que se refiere a las medidas provisionales, una primera dificultad surge respecto de las medidas protectoras ordenadas sin que se cite al demandado para que comparezca y cuyo objetivo es ser ejecutadas sin notificación previa al demandado. Según el TJCE dichas medidas no forman parte del sistema de reconocimiento y ejecución del R44/2001 (asunto, *Denilauer*). No está del todo claro, sin embargo, si dichas medidas pueden reconocerse y ejecutarse con arreglo al R44/2001 si el demandado tiene la posibilidad de impugnar posteriormente la medida. Según el Libro Verde, a la luz de lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Dir. 2004/48/CE tales medidas sí pueden ser reconocidas y ejecutadas.

Una segunda dificultad se plantea en relación con las medidas cautelares dirigidas a obtener información y pruebas. El TJCE sostuvo que una medida por la que se ordena la audiencia de un testigo a fin de permitir que el solicitante decida si debe recurrir a la justicia no está incluida en la noción de medidas provisionales (asunto *St. Paul Dairy*). No obstante, no está del todo claro que dichas medidas estén excluidas del artículo 31 del R44/2001.

Un tema de gran relevancia es el de la correlación entre el R44/2001 y el arbitraje. En principio, el arbitraje no entra dentro del ámbito de aplicación del R44/2001. Aunque por lo general se admite que el Convenio de Nueva York funciona bien, se producen procedimientos judiciales y de arbitraje paralelos cuando la validez de la cláusula de arbitraje es confirmada por el tribunal de arbitraje, pero no por el tribunal judicial. Los dispositivos procesales nacionales cuyo objetivo es reforzar la efectividad de los acuerdos son incompatibles con el Reglamento si interfieren indebidamente con la determinación por los tribunales de otros Estados miembros de su competencia con arreglo al Reglamento (asunto *West Tankers*); no hay una asignación uniforme de competencia en los procedimientos que complementan o apoyan los procedimientos de arbitraje; el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales que incorporan un laudo arbitral son inciertos. Dada la importancia del arbitraje en el comercio internacional, el Libro Verde hace varias sugerencias para reforzar la eficacia de los acuerdos de arbitraje y para promover el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales. Entre ellas, plantea la posibilidad de una supresión (parcial) de la exclusión del

arbitraje del ámbito de aplicación del R44/2001, cubriendo, por ejemplo, los procedimientos judiciales que apoyen soluciones arbitrales. En este sentido se propone dar competencia exclusiva en este tipo de procedimientos a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que tiene lugar el arbitraje, solución que podría estar sujeta al acuerdo entre las partes. Tal exclusión permitiría asimismo, el reconocimiento de las resoluciones sobre validez de un acuerdo de arbitraje y facilitaría el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones que incorporan una sentencia arbitral.

Finalmente, el informe y el Libro verde terminan planteando otras cuestiones como el concepto de «domicilio» o el funcionamiento de ciertas normas de competencia y de reconocimiento y ejecución.

Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 2008 sobre la petición del Reino Unido de aceptar el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), [notificada con el número C(2008) 8554], (2009/26/CE) [DOUE L 10/22 de 15 de enero de 2009]

De acuerdo con el artículo 1 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, el Reino Unido no participó en la aprobación del Reglamento Roma I. El 24 de julio de 2008 el Reino Unido notificó a la Comisión su deseo de ejercitar el *opt in* con respecto a dicho Reglamento, i.e. su deseo de aceptar y participar en el mismo. A través de la presente Decisión se establece que el Reglamento Roma I entrará en vigor en el Reino Unido a partir de la fecha de la notificación de la presente Decisión y será de aplicación a partir del 17 de diciembre del 2009, excepto el artículo 26, que se aplicará a partir del 17 de junio de 2009.

II. DERECHO PROCESAL EN LA UNIÓN EUROPEA

JORDI NIEVA FENOLL *

Pocas novedades en el periodo considerado en esta crónica. Solamente una modificación del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, para que sea lengua de procedimiento ante este tribunal la misma utilizada en el propio proceso ante el Tribunal de la función pública (Decisión del Consejo 16-2-2009, DO L 60/3 de 4-3-2009). En estas condiciones, en este periodo sólo resta por comentar el llamado «Libro verde sobre recurso colectivo de los consumidores».

Libro verde sobre recurso colectivo de los consumidores (27-11-2008, COM (2008) 794 final).

Hace tiempo que se sabe que el consumidor está francamente desprotegido frente a los abusos de las empresas. Por muchas normas en su protección que se promulguen, todas ellas topan con exactamente el mismo freno: los tribunales. Se trata de pequeños daños, casi siempre inferiores, no ya a 1.000 euros como

* Profesor titular de Derecho procesal. Universidad de Barcelona.

dice el libro verde, sino a 100 euros. Se trata de manifiestos abusos que dejan en la ciudadanía una sensación de injusticia, indefensión, y sobre todo de impotencia que acrecienta, más que ningún otro factor, la mala imagen que los ciudadanos tienen de la Justicia en muchos países de la Unión Europea.

Ahora el libro verde comentado trata de dar una nueva idea. Después de haber intentado un procedimiento de escasa cuantía, que será ineficaz por varios detalles de su regulación que fueron comentados en una crónica anterior; de un recurso a la mediación, que también lo va a ser; o una red de cooperación de muy difícil coordinación y con extraordinarias reticencias reflejadas en el propio libro verde, se centra ahora el legislador comunitario en instar la creación de un «recurso» colectivo.

Pido disculpas por tener que empezar diciendo que deben cuidarse las traducciones que se hagan del francés, puesto que de lo que habla el libro verde no es de ningún «recurso colectivo», sino de un «proceso colectivo», pura y simplemente, y ese es el vocablo que, unánimemente, utiliza toda la Doctrina internacional. La terminología del libro verde está copiada de la que se utiliza en el proceso jurisdiccional administrativo ante los Tribunales de la Unión en Luxemburgo al designar las diferentes acciones existentes, y que ni siquiera en ese ámbito es acertada pese a estar, al menos, extendida dicha terminología entre las leyes y la Doctrina administrativista.

Pero volviendo al tema del proceso colectivo del libro verde, sus líneas centran claramente cuál es el problema: que hay demasiados afectados, es difícil coordinarlos, y es muy caro tanto celebrar estos procesos como que los consumidores interpongan individualmente sus demandas, porque suele resultar antieconómico dado el interés por el que se litiga. A partir de ahí se dan algunas pinceladas de las características que podría tener el nuevo procedimiento, como el complicado tema de las costas de los consumidores en estos procesos, así como las facultades de *opt in* y *opt out* de las *class-actions* estadounidenses.

En una crónica como la presente no puedo extenderme en los detalles del nuevo procedimiento, que tampoco aparecen realmente en el libro verde. Pero sí querría advertir de que los procesos colectivos no están siendo la solución en ningún Estado del mundo para los problemas de los consumidores. Son procesos que tienen mucha fama, por razones doctrinales de los años setenta del siglo XX sobre todo, que ahora no vienen al caso. Los legisladores que los han implementado suelen hablar muy bien de ellos y, sobre todo, se refieren a los mismos como si constituyeran una gran novedad, cuando procesos colectivos se están celebrando al menos desde época romana (Nieve Fenoll, Jordi, «El primer escrito judicial de Hispania: reflexiones de Derecho Procesal sobre el Bronce II de Botorrita o *Tabula contrebienensis*», *Justicia*, 2008, 1-2, pp. 373 y ss). Y con toda esta, en buena medida incomprendible, operación de marketing, el consumidor sigue estando insatisfecho, siendo muy pocos los casos en los que, verdaderamente, se ha obtenido, después de mucho esfuerzo, una sentencia condenatoria en términos plenamente satisfactorios.

El problema principal de los procesos colectivos consiste, no sólo en la localización de los afectados, sino también en la recopilación de toda la prueba y en la valoración de la misma, temas en los que pocas veces se piensa. Otro problema es la participación del consumidor en el proceso, que debe ser escasa para hacer el proceso practicable, pero no hasta el extremo de ningunearle. Provoca graves problemas la cosa juzgada en estos procedimientos, inconvenientes que no resuelve realmente la facultad de *opt out*. Y si, finalmente, logra obtenerse la sentencia, luego hay que ejecutarla... lo que supone otra complicación relevante en la que tampoco se piensa. Por otra parte,

cuando el proceso colectivo tiene elementos de internacionalidad hay que pensar dónde se celebra el proceso, es decir, cual será el juzgado competente para conocer de un proceso de esta envergadura. Lo que va a plantear otra problemática de muy difícil solución adecuada.

Todos esos puntos, aunque no son los únicos, son los que debería resolver una futura norma comunitaria sobre la cuestión, puesto que de lo contrario será tan ineficaz como la mayoría de las normas de protección al consumidor que se han emitido hasta el momento, no dudo que con buena voluntad, pero con escasos resultados prácticos.

Por lo demás, en cuanto a los detalles que deben tener, en mi opinión, los procesos colectivos me remito a los siguientes trabajos en que expreso mi parecer sobre los puntos brevemente referidos: Nieva Fenoll, Jordi, «El procedimiento especial para la protección de consumidores y usuarios: lagunas, remedios e ideas de futuro», *Revista de Derecho Mercantil*, 264-265, 2007, pp. 619 y ss, y también en *Revista de Processo*, 156, febrero 2008; Nieva Fenoll, Jordi; Ebers, Martin, «El «auto-modelo»: un nuevo concepto para el Derecho procesal y un nuevo instrumento para la protección del consumidor», *Diario La Ley*, 6445, 21 de marzo de 2006.

III. DERECHO DE CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS *

1. *Timesharing*

Nueva Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

La directiva entró en vigor el 23 de febrero de 2009. Se hace eco de las nuevas modalidades de contratación en este ámbito, junto a la clásica regulación del contrato de tiempo compartido, que también se ve modificado, no sólo en cuanto al periodo de duración, que es un mínimo de 1 año (art. 2.1 a), sino también en relación con los deberes de información precontractuales, cuyo contenido amplía (art. 4), y la extensión del plazo para desistir, que pasa a ser de 14 días (art. 6). Los Estados miembros tienen como fecha límite para proceder a la transposición el 23 de febrero de 2011.

2. **Marco Común de Referencia**

Publicación de la versión ampliada de Marco Común de Referencia

A comienzos del año 2008 se hizo pública la versión provisional del Proyecto de Marco Común de Referencia. En febrero de 2009 se acaba de publi-

* Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto ***

car la versión última del proyecto académico de Marco Común de Referencia: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*. Se espera que a finales de 2009 aparezca la edición con los comentarios a cada uno de los artículos, con una extensión de 6 volúmenes y aproximadamente 6100 páginas. La editorial de todas esas publicaciones es la muniquesa Sellier.

Informe del Consejo de la Unión Europea sobre el Marco Común de Referencia y Consejo de la Unión Europea (Bruselas, 7 de noviembre de 2008).

El Consejo ha adoptado un informe sobre el establecimiento de un Marco Común de Referencia [MCR] para el Derecho contractual europeo, que será un instrumento no vinculante puesto a la disposición de los legisladores (doc. 15306/08; <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st15/st15306.es08.pdf>). El informe define las líneas generales que deberían orientar, en este momento, los trabajos de la Comisión sobre el futuro del Marco Común de Referencia. Se propone precisar su estructura y su ámbito de aplicación se insta al respeto de la diversidad jurídica. El Consejo afirma su voluntad de asociarse con el Parlamento Europeo en la elaboración de un Marco Común de Referencia futuro.

a) Estructura: El MCR debería incluir tres partes. Una con definiciones de conceptos clave en materia de derecho contractual; otra con principios fundamentales comunes de derecho contractual, eventualmente acompañados de líneas directrices para los casos en se requiriesen excepciones a dichos principios; y una tercera con «normas tipo» que se inspiren de dichos principios y que utilicen dichas definiciones.

La introducción de definiciones en el MCR tiene el objetivo de precisar nociones fundamentales en materia de derecho contractual, cuyo alcance y ámbito de aplicación pueden diferir dentro mismo de la normativa comunitaria. La determinación de los principios fundamentales permitiría conocer los valores fundamentales de los que se nutre el derecho contractual europeo, con el fin de que el MCR sea globalmente coherente. Las «normas tipo», que siguen la filosofía de los principios fundamentales, tienen el objetivo de proporcionar normas modelo en determinadas situaciones contractuales. Las tres partes están estrechamente vinculadas y deberían considerarse como un todo indisoluble. El MCR debería ser claro, sintético y de fácil comprensión.

b) Ámbito de aplicación: sería preferible que el MCR abordara el derecho contractual general, es decir, las normas comunes a todos los contratos, incluidos los contratos de consumo. Es preciso asegurar una coherencia entre el MCR y la Directiva horizontal. No es conveniente que los contratos especiales reciban un trato prioritario en el contexto del MCR, sin perjuicio de que se incluyan en una fase posterior. Se impone un planteamiento realista que aconseja a los redactores del MCR centrarse en el acervo comunitario existente y las materias que podrían integrar dicho acervo en un futuro próximo. El MCR debe ser un instrumento evolutivo al servicio de las autoridades legislativas comunitarias y debe estar en permanente revisión.

c) Respeto de la diversidad: en la elaboración del MCR deben respetarse plenamente las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. Deben tomarse en consideración todos los trabajos de carácter universitario o prácticos, junto con un análisis del derecho comparado de los Estados miembros

y del acervo comunitario. Por eso el Proyecto de MCR podría presentar soluciones alternativas sobre ciertas cuestiones.

d) Asociación del Consejo, del Parlamento Europeo y de la Comisión en la elaboración del MCR: en el mes de abril de 2008, el Consejo decidió que el MCR sería un instrumento jurídico no vinculante constituido por un conjunto de orientaciones que las autoridades legislativas comunitarias utilizarían, con carácter voluntario, como fuente común de inspiración o de referencia en el proceso legislativo. Para poder utilizar el MCR en condiciones óptimas, parece necesario que el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión estén plenamente asociados al proceso de elaboración porque, de otro modo, el MCR vería reducido su alcance. Se precisarán más adelante las formas de participación de estas instituciones en el momento en que la Comisión presente al Consejo y al Parlamento Europeo la totalidad de los elementos que propone incluir en el MCR.

3. Propuesta de directiva sobre los derechos de los consumidores

Documento de trabajo del Parlamento europeo sobre los derechos de los consumidores (Comisión de Asuntos Jurídicos. Ponente: Diana Wallis), de 15 de abril de 2009 [PE423.804v01-00].

La Comisión de Asuntos Jurídicos trabaja conjuntamente con la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor y muestra de ello es la audiencia conjunta para el estudio de la Propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores que tuvo lugar el día 2 de abril de 2009 en la que, por cierto, la iniciativa de la Comisión europea no salió muy bien parada. La Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento europeo ha decidido presentar su propio documento de trabajo, con el fin de llamar la atención sobre las cuestiones que en el futuro deberá abordar la Comisión europea.

Tras señalar las características principales de la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores (enfoque basado en la armonización horizontal limitado a 4 directivas y armonización plena), la Comisión de Asuntos Jurídicos se extraña de la desconexión que existe entre el proyecto de revisión del acervo comunitario y el proyecto de MCR. No aluden a este último ni el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo (COM (2006)0744 final), de 8 de febrero de 2007, ni la misma Propuesta de Directiva de la Comisión sobre derechos de los consumidores. Lo que no deja de sorprenderle, puesto que ya que aquél está elaborado con el método del derecho comparado, hay que presuponer que sus soluciones se adaptarían mejor a los sistemas nacionales. De ahí que la Comisión de Asuntos Jurídicos proponga examinar con más detalle las diferencias existentes entre las soluciones previstas por la propuesta de Directiva marco y el proyecto de MCR y garantizar, así, la coherencia entre los dos proyectos.

No se descarta que el enfoque político de la Comisión europea pudiera consistir en la elaboración de un Código de consumo europeo, pero la Comisión de Asuntos Jurídicos considera que tal elección debe realizarse de manera consciente y transparente. Por eso se la requiere para que, si ese es su proyecto, exponga con claridad sus planes de futuro y el lugar que ocupa la propuesta actual en dichos planes. De igual modo, la Comisión de Asuntos Jurídicos considera que queda por determinar la cuestión de si

la introducción de un instrumento facultativo puede suponer una solución menos problemática (y con menos interferencias en el Derecho nacional) e insiste en la bondad del sistema que permitiría hacer tal elección mediante un sencillo clic en un «botón azul». Añade que eso tendría la ventaja de que podría ampliarse más allá de los contratos entre empresas y consumidores, a la vez que brindaría la oportunidad de hacer un pleno uso del MCR.

La Comisión de Asuntos Jurídicos no ve claras las pruebas que aporta la Comisión para valorar si las diferencias existentes en los sistemas jurídicos nacionales en materia de consumo crean barreras al comercio transfronterizo y distorsiones apreciables de la competencia, que es lo que justificaría el sistema de armonización plena. Asimismo, considera que no hay evidencias suficientes de que ésta fuera realmente a unificar los sistemas jurídicos nacionales y, finalmente, añade el coste de esta armonización, que distorsionaría las estructuras jurídicas nacionales establecidas, debe ser objeto de una cuidadosa consideración. Adicionalmente, considera que el cambio de una armonización mínima a una armonización máxima en el instrumento horizontal propuesto plantea una serie de preocupaciones en relación con el principio de subsidiariedad (art. 5.2 TCE). Se dice que la propuesta de Directiva, en tanto que instrumento horizontal y basada en la armonización máxima, tendría prácticamente el efecto de un reglamento: los Derechos contractuales nacionales resultarían inaplicables en el ámbito de aplicación de las normas de armonización máxima. Los Estados miembros, como resultado de la armonización plena, no tendrían ningún margen discrecional al regular este ámbito. Por lo tanto, la Comisión de Asuntos Jurídicos entiende que debe examinarse si no sería más apropiada, y en su caso hasta qué punto, una armonización plena dirigida en mayor medida a cuestiones concretas. Además, existe la preocupación de que la armonización plena, tal como se presenta en la propuesta, pueda conllevar una reducción del nivel de protección de los consumidores existente en los Estados miembros. Eso, además, sería contrario al artículo 95.3 TCE, que exige que las propuestas de medidas relativas a la protección del consumidor se basen en un nivel de protección elevado (*vid.* también art. 3.1, letra *t* TCE). Por eso la Comisión de Asuntos Jurídicos cree que la Comisión debería haber explicado detalladamente el modo en que las disposiciones propuestas difieren de las normas mínimas establecidas en las Directivas objeto de revisión y hasta qué punto los Estados miembros han mantenido o establecido normas más favorables en este ámbito. Añade que debe tenerse en cuenta que el Derecho contractual en materia de consumo forma parte del Derecho contractual y del Derecho privado, y que la armonización máxima de partes importantes del Derecho contractual en materia de consumo vinculadas a un Derecho contractual general no armonizado originaría una serie de cuestiones jurídicas conflictivas en puntos de cruce donde la referencia al fondo del Derecho contractual nacional es necesaria. Y concluye diciendo que esto daría lugar al efecto paradójico de que las disposiciones plenamente armonizadas del Derecho contractual en materia de consumo contrastarían con otras disposiciones no plenamente armonizadas de Derecho contractual en materia de contratos entre empresas y consumidores y contratos entre empresas a escala nacional, y también con la jurisprudencia nacional en este ámbito. La fragmentación de las normas a nivel nacional y las incoherencias aumentarían. A causa del ámbito de aplicación poco claro de la propuesta, en particular respecto a sus repercusiones sobre las accio-

nes que atanen al derecho civil nacional y a problemas de delimitación relacionados con esto, el impacto práctico de la propuesta sigue siendo poco claro. De lo que se desprende que cada vez más el TJCE debería decidir sobre cuestiones preliminares relativas a la interpretación del Derecho contractual en materia de consumo.

La Comisión de Asuntos Jurídicos también critica que la propuesta sólo cubra cuatro Directivas del acervo en materia de consumo. Sugiere que la relación con otra legislación comunitaria en vigor, en particular la Directiva sobre el comercio electrónico, la Directiva sobre prácticas comerciales leales, la Directiva de servicios y el Reglamento «Roma I» deban examinarse con mayor detenimiento.

IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR *

El período que ahora revisamos, en cuanto a derechos reales, viene marcado por la publicación del *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference-Outline Edition* (DCFR; 2009) elaborado, esencialmente, por el Study Group on a European Civil Code (Study Group) y el Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group). Aunque se trata de un texto doctrinal especialmente dedicado a las obligaciones contractuales (Libros I a V), también hay sitio para la responsabilidad civil (Libro VI), el enriquecimiento injusto (Libro VII), trusts (Libro X) y, en cuanto nos atañe para esta Crónica, adquisición y pérdida del dominio (Libro VIII) y garantías reales sobre bienes muebles (Libro IX).

Además, los cuatro Principios sobre los que se sustenta todo el proyecto (libertad, seguridad, justicia y eficiencia) tienen su reflejo en los aspectos del dominio y derechos reales regulados.

Sobre la adquisición y pérdida del dominio, lo cierto es que no se trata de una regulación global de los modos de adquirir la propiedad, porque muchos quedan descartados en el artículo 1:101 (2) del capítulo VIII. Además sólo se refiere a la adquisición de muebles. En el artículo 1:204 se reconoce la existencia de los *limited proprietary rights*, que son tanto las garantías reales sobre cosa mueble del Capítulo IV DCFR, como el derecho de uso, los derechos de adquisición y los derechos fiduciarios, estos tres cuando sean creados como derecho real. En el artículo 1:205 también se da una definición de posesión, que puede ser tanto directa como indirecta. Los requisitos de la transmisión del dominio sobre bienes muebles vienen detallados en el artículo 2:101 así como el momento en que pasa el derecho, que sigue la teoría del título y el modo, ya que requiere título del transmitente (2:101 (1) c) DCFR) y entrega y obtención de la posesión por parte del transmitido (2:101 (1) e) y 2:104 DCFR), aunque el momento de la traslación del dominio puede pactarse, siempre que la ley nacional no requiera inscripción en el Registro (2:103 DCFR). En caso de doble transmisión del dominio, lo adquirirá aquel que cumpla los requisitos del artículo 2:101 y es de buena fe (2:301). También se prevé la protección del adquirente oneroso de buena fe a *non domino*

* Profesor Agregado de Derecho Civil, Universitat Rovira i Virgili.

(art. 3:101). El artículo 4:101 prevé la usucapición de bienes muebles en 10 años si es de buena fe y, si no, en 30 años (art. 4:101). El Capítulo 5 del Libro VIII se dedica a regular la creación de un bien con materiales ajenos, la mezcla y la combinación inseparables. El Capítulo 6, a su vez, prevé las acciones de protección del dominio a través de la acción reivindicatoria, la declarativa de dominio junto a una *protection order* (que implica prohibir futura influencia en la propiedad, cesación de la existente amenaza y remoción de las consecuencias de una intervención negativa) y el derecho a recobrar si el acto por el que se ha transmitido el dominio es nulo o ha sido anulado (arts. 6:101 y 6:102 DCFR). En el mismo Capítulo se tratan las acciones posesorias de retener y recobrar (1 año), además de reconocer la posibilidad de recurrir a la denominada *self-help* que es la actuación unilateral del desposeído de carácter inmediato y proporcional para conseguir recuperar o evitar la interferencia. (arts. 6:201 a 6:204 DCFR). Por último, en el Capítulo 7 se liquida la situación posesoria.

Por su parte el Libro IX se dedica a los derechos reales sobre muebles (especialmente al prenda, pero entendido como tal todo aquél derecho que dé a su titular un derecho de satisfacción preferente sobre la cosa mueble gravada), al derecho de retención del dominio, garantías bajo *trust* y garantías jurídicas unilaterales; entrarían también las ventas en garantía, el *sale and lease-back* y el *sale and resale*. Mientras el Capítulo 2 del Libro IX se dedica a la constitución de dichos derechos reales de garantía, el Capítulo 3 se dedica a su eficacia frente a terceros, especialmente a través de la inscripción (art. 3:102 DCFR). A este efecto, se prevé la creación del Registro Europeo de Garantías reales, de folio personal y electrónico y accesible *on line* a sus usuarios (art. 3:302 DCFR). En caso de conflicto entre diversos derechos sobre una misma cosa, si éstos son de garantía, el primero en el tiempo del registro (Capítulo 4 Libro IX). Todas las cuestiones generales sobre el funcionamiento de las garantías vienen en el Capítulo 5, como el deber de cuidado de la cosa dada en garantía, derechos y obligaciones de quien presta la garantía y del tenedor de la misma, transmisión de la garantía o de la cosa, etc. El Capítulo 6 se dedica a la terminación de la garantía mientras que el 7 se refiere al incumplimiento y la ejecución; en este último aspecto destaca la interdicción general del pacto comisorio, con excepciones (art. 7:105 Libro IX).

Los *trusts* vienen recogidos en el Libro X y se definen como la relación legal en la cual el fiduciario queda obligado a administrar o disponer de uno o más activos de acuerdo con los términos que gobiernan la relación en beneficio de un tercero o de la colectividad (art. 1:201). El *trust*, tal y como viene concebido en el Libro X tiene efectos reales al provocar la creación un patrimonio diferente del patrimonio personal del fiduciario y de cualquier otro patrimonio gestionado u otorgado al fiduciario (art. 1:202).

Otro texto científico aparecido recientemente ha sido la publicación de las conclusiones de los trabajos elaborados por un grupo de 32 expertos sobre *Flexibilität der Grundpfandrecht in Mitteleuropa* desde 2005, en el que se comparan 22 tipos de derechos reales de garantía inmobiliaria (las más flexibles; para España se ha tomado la hipoteca de máximo) de 22 países, mayoritariamente europeos, más Japón (*vid. Stöcker, Otmar; Stürner, Rolf, Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*, Vol. III, Berlin, 2009). La técnica para confeccionar tal comparativa ha sido la siguiente:

1. Elaboración de unos amplios cuestionarios clave que versen, en profundidad, sobre la naturaleza jurídica del derecho real estudiado, los requisitos de publicidad, cuestiones sobre la accesорiedad, protección del propietario, costes y cuestiones prácticas. Los informes completos de las jurisdicciones se han venido publicando en volúmenes *ad hoc* en 2006 y 2007 (STÖCKER, Otmar M. (ed.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band I, Berlin, 2006; Band II, 2007). Así, pueden hallarse estudios profundos de las hipotecas en Bosnia/Herzegovina, Alemania, Estonia, Croacia, Austria, Polonia, Eslovenia, Hungría, Noruega, Rumanía, Rusia, Serbia y Ucrania.

2. Tras ello, se elaboró un cuestionario más reducido, de 89 preguntas claves sobre 7 apartados, para así analizar el grado de seguridad, flexibilidad, eficiencia y utilidad que tienen dichos derechos reales de garantía inmobiliaria en las diversas jurisdicciones; fueron preguntas a contestar por parte de cada uno de los 22 representantes de países, todos ellos académicos especialistas en derecho hipotecario o *stakeholders* del mercado hipotecario. Estas áreas fueron: tipos de hipotecas, requisitos de publicidad y protección del tercero, accesорiedad, protección del propietario, ejecución, insolvencia y cuestiones de utilidad práctica.

3. Discusiones plenarias mediante *Workshops* desde julio 2005 hasta el último hasta el momento en marzo 2009, tanto de los cuestionarios nacionales como la redacción y corrección de las definitivas 89 preguntas internacionales más relevantes.

4. A través de la colaboración por internet cada representante de cada país ha ido contestando las 89 preguntas, que daban un rango de respuestas cerradas adaptadas al máximo a la realidad de las respuestas de las jurisdicciones, que luego se han plasmado en mapas que siguen un código de colores. Esta simplificación, que no ha perdido rigor científico, es muy práctica para visualizar claramente cuál es el estado de cada hipoteca nacional estudiada en relación a los *items* preguntados. Además, dichas respuestas han sido comparadas con el modelo de Eurohipoteca 2005 (www.eurohypothec.com), como modelo ideal más flexible y útil concebido.

5. Realización del estudio comparativo entre las diferentes jurisdicciones que, apriorísticamente ya puede afirmarse, evidenciará la necesidad de revisión de algunos modelos de hipotecas nacionales las cuales, debido a su configuración jurídica, no pueden alcanzar el grado de seguridad, o de seguridad o de utilidad necesario en el actual tráfico jurídico-económico y que puede estar contribuyendo a lastrar el desarrollo de sus economías (sobre el particular, *vid.* DAHAN, Frederique; SIMPSON, Jon, *Secured Transactions Reform and Access to Credit*, European Bank for Reconstruction and Development, 2008; *vid.* sección reseñas). También se ha dado, por parte de todos los participantes, una jerarquía de la importancia de las preguntas, para las entidades de crédito, para los hipotecantes y para el legislador, así como la conveniencia para todos ellos de las respuestas que se hayan dado. Los primeros resultados ya están siendo utilizados por entidades de crédito europeas para adaptar su sistema de evaluación interna a los requisitos de los acuerdos de Basilea II. La utilidad de estos trabajos puede ir más allá, aplicándose por ejemplo al riesgo de las inversiones inmobiliarias en cada país (y, en consecuencia, para valorar el tipo de interés al que se debe prestar), la solidez de la garantía de los valores hipotecarios que se emiten en cada jurisdicción (y su capacidad, por lo tanto, de atraer capitales extranjeros), los negocios que pueden y no pueden realizarse con cada una de las hipotecas nacionales, orientar

reformas legales en las jurisdicciones para hacer sus hipotecas más seguras, más útiles y/o más flexibles, entre otras.

Ya pueden encontrarse algunas conclusiones de estos trabajos puestas en relación a la Ley española 41/2007 sobre la utilización de créditos hipotecarios garantizados con finca situada en el extranjero para cubrir valores hipotecarios de la Ley 2/1981, del Mercado Hipotecario (*Vid. Muñiz, Esther; Narro, Sergio; Sánchez Jordán, Elena, La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de crisis económica*, Madrid, 2009). Entre las preguntas más relevantes para los acreedores hipotecarios (seguridad y usabilidad de la hipoteca) destaca, por ejemplo, la de «¿Qué y cuántas cargas ocultas van por delante de una hipoteca registrada tanto en caso de ejecución singular como en caso de concurso?». La mejor solución para acreedor y legislador (los más afectados por ello) se ha considerado que sea que solamente vayan por delante de la hipoteca los gastos del proceso, lo que es cumplido por 9 países, entre los que están Rusia, Ucrania, Holanda y Austria. En cambio, la peor solución de entre las respuestas existentes, que sólo la da Bélgica, es aquella que no sólo engloba dichos gastos, sino también los impuestos sobre inmuebles y otras cargas de derecho público, salarios de los trabajadores muy limitados, todos los salarios laborales debidos y también todos los demás impuestos (no sólo sobre inmuebles) y demás salarios debidos.

Con la finalidad de completar esta Crónica, hacemos referencia a continuación a la nueva normativa europea que versa sobre derechos reales, así como a trabajos de investigación llevados a cabo sobre la materia:

- a) Directiva 2008/122/CE. *Vid. Sección III. Derecho de Contratos.*
- b) Reglamento 2009/207/CE, de 26 febrero. Marca comunitaria (DOUE 78, de 24 marzo 2009). Su titular tiene un derecho exclusivo frente a terceros, puede ser objeto de propiedad y darse como venta en garantía o como objeto derechos reales (arts. 9, 17.1 y 19), de forma semejante al dibujo o modelo comunitario (Reglamento 6/2002, art. 29).
- c) Informe del Parlamento Europeo sobre la eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea. *Vid. Sección Miscelánea.*
- d) El grupo que lleva el Proyecto EULIS en su Encuentro General de 8-1-2009 tuvo la oportunidad de acoger a 4 nuevos países (no miembros todavía de este Proyecto que se concreta en el portal web www.eulis.org), entre los cuales Italia ya ha dicho que se conectará durante 2009, Letonia que inicia la preparación de los requisitos técnicos para poderlo hacer y Bélgica y Chipre mostraron su interés por el Proyecto. De momento nada se sabe sobre España.

V. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS *

De entre los acontecimientos que se han producido en el primer semestre del año 2009 destacaremos, de un lado, la sentencia dictada por el Tribunal

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

de Justicia en el asunto «A» (I) y de otro la promulgación del Reglamento comunitario en materia de alimentos (II).

I. STJCE (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009, Asunto C-523/07, «A»

La sentencia dictada por el TJCE en el asunto «A» interpreta algunas de las reglas que en materia de responsabilidad parental introduce el *Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental* (también denominado Reglamento Bruselas II bis). De entre las diversas cuestiones sobre las que se pronuncia esta importante sentencia, destaca la elaboración de un concepto autónomo y uniforme de residencia habitual.

Los hechos que dan lugar al planteamiento del recurso prejudicial son los siguientes. En Diciembre de 2001 la señora A se instala en Suecia junto a sus tres hijos (C, D y E) y el padrastro de los niños, F. Anteriormente la familia había residido en Finlandia donde las autoridades públicas ya habían intervenido en la vida familiar como consecuencia de episodios de violencia protagonizados por F. En verano de 2005 la familia abandona Suecia para pasar unas vacaciones en Finlandia, alojándose en caravanas en diversos campings. El 30 de octubre solicitan una vivienda social en el municipio de Y. El 16 de noviembre de 2005 las autoridades públicas finlandesas declaran el abandono de los niños, asumen su guarda y los alojan en un establecimiento de acogida. Dicha medida es recurrida en diversas instancias por la señora A y el Sr. F. Uno de los argumentos que se hacen valer es que las autoridades finlandesas no son competentes pues los niños tienen la nacionalidad sueca y residen en dicho país.

Al considerar el Tribunal Administrativo Supremo que para resolver es necesaria una interpretación del Reglamento, se suspende el procedimiento, planteándose un recurso prejudicial referido a varias cuestiones. Desde el punto de vista de esta Crónica la segunda pregunta planteada por el tribunal estatal es la que reviste mayor interés. Se trata, en definitiva, de dilucidar si puede o no afirmarse que los menores, pese a llevar una vida errante, residen habitualmente en Finlandia puesto que el concepto de «residencia habitual» es fundamental para la determinación de la autoridad competente en materia de responsabilidad parental. En efecto, el artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis establece que las autoridades competentes en esta materia son las del Estado de la residencia habitual del niño en el momento en que se inicia el procedimiento. Según se desprende del artículo 13 las autoridades del Estado en el que el niño se halle sólo son competentes a título subsidiario, cuando no pueda determinarse la residencia habitual del niño. El Reglamento no proporciona, sin embargo, ninguna definición del concepto.

Respecto a la residencia habitual el Tribunal de Justicia realiza varias consideraciones importantes. Subraya, en primer lugar, que «se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión al Derecho de los Estados miembros... normalmente debe ser objeto... de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trata pretende alcanzar» (FJ 34). Se considera especialmente relevante al respecto el duodécimo considerando del Reglamento que especifica que las normas de competencia de autoridades están concebidas en función del interés superior del niño y en particular en

función del criterio de proximidad (FJ 35). Ello implica que la jurisprudencia del Tribunal relativa al concepto de «residencia habitual» dictada en otros ámbitos del Derecho de la Unión europea no sea trasladable a la interpretación del Reglamento Bruselas II bis (FJ 36).

El Tribunal señala a continuación que la residencia habitual de un niño debe ser determinada por las autoridades internas sobre la base del conjunto de circunstancias concretas del caso. Además de la presencia física del menor han de valorarse los factores que indiquen que la presencia no es temporal u ocasional, habiéndose producido cierta integración del menor en su entorno social y familiar. Serían relevantes, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y las razones por las que se está en el territorio de un Estado miembro, así como la nacionalidad del niño, su escolarización, los conocimientos lingüísticos y sus relaciones familiares y sociales. En concreto, respecto a las circunstancias que concurren en el asunto de autos, se señala que pueden ser significativas las intenciones de los padres de los niños expresadas a través de circunstancias externas como la compra o alquiler de una vivienda o la solicitud de una vivienda social y el lapso de tiempo que se ha permanecido en un determinado Estado.

Como se advierte fácilmente la dificultad radica en que en un caso como el de autos los indicios pueden ser contradictorios. Esta dificultad no es resuelta por el Tribunal de Justicia que, en definitiva, acaba declarando que corresponde a las autoridades internas realizar una evaluación de todos los factores enumerados y determinar el lugar de residencia de los niños. Si ello no fuera posible serían competentes las autoridades del Estado miembro en los que el niño está presente, en virtud de lo establecido en el artículo 13 del Reglamento. Ello implica reconocer que un niño puede no tener ninguna residencia habitual.

La sentencia reseñada es de interés para una crónica sobre el Derecho de familia europeo porque permite constatar que para el avance del Derecho internacional privado europeo de la familia resulta necesario unificar los conceptos básicos del Derecho material. Por otro lado, se ponen de relieve algunas tensiones que produce la especial naturaleza de la actividad del Tribunal europeo. Mientras que por un lado la determinación del lugar de residencia habitual de un niño corresponde a los tribunales internos, por otro el concepto ha de ser interpretado de manera autónoma y uniforme. Dado que en Derecho los conceptos acaban elaborándose por un procedimiento de decantación al hilo de las circunstancias de sucesivos casos concretos existe cierta contradicción entre una y otra afirmación. No se evitan asimismo por esta vía posibles conflictos positivos, esto, es que las autoridades judiciales de Estados miembros distintos acaben llegando a conclusiones diferentes sin que quepa la posibilidad de fijar criterios comunes a través de un órgano superior común.

II. Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos

El 10 de enero de 2009 se publica en el DOUE el Reglamento en materia de alimentos, de manera que el Derecho de familia de la Unión Europea

consta ya de dos instrumentos específicos, el Reglamento 2201/2003 en materia de nulidad, separación y divorcio y responsabilidad parental y el nuevo Reglamento en materia de obligaciones de alimentos. Este nuevo instrumento sustituye a las disposiciones que en materia de alimentos contenía el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I). Mientras que este último texto se limitaba a los sectores de la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones, el nuevo Reglamento es, al menos nominalmente, un instrumento completo que se refiere no solo a las tradicionales cuestiones de ley aplicable y cooperación de autoridades sino también a un aspecto, el acceso gratuito a la justicia, que resulta especialmente relevante en materia de alimentos así como al sector de la cooperación de autoridades.

En el sector de la competencia de autoridades las novedades destacables son dos. De un lado, se limitan las posibilidades de prorrogación de foro. Mientras que bajo el imperio del Reglamento Bruselas I resultaba posible elegir a cualquier tribunal de un Estado miembro aunque careciera de relación alguna con la controversia, la autonomía de la voluntad se limita en la regulación contenida en el artículo 4 del nuevo instrumento, excluyéndose incluso de manera radical en el caso de los litigios relativos a obligaciones alimenticias respecto de menores de dieciocho años. Es asimismo digno de mención que se haya introducido un *forum necessitatis* europeo de forma que cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los criterios del Reglamento, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro puedan, en casos excepcionales, conocer del litigio si un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulta imposible en un Estado tercero.

Aunque nominalmente el Reglamento pretenda unificar las normas en materia de ley aplicable, por lo que respecta a este sector el Reglamento remite al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, recientemente elaborado por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Por consiguiente, en este punto la unificación normativa se produce no a través de una normativa común, sino de manera indirecta a partir de la pertenencia a un instrumento internacional y depende de que los Estados miembros estén vinculados por este instrumento. La fragmentación que puede producirse se traslada además al sector del reconocimiento y ejecución de decisiones, puesto que la supresión del *exequatur*, esto es la certificación de una decisión en la materia como título ejecutivo europeo, solo es posible si se ha aplicado el Protocolo. Se introduce, por tanto, un doble régimen en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones cuya operatividad en la práctica resulta un tanto dudosa.

La fragmentación que se advierte en el Derecho europeo halla su reflejo en el texto de un Reglamento. Se justifica por el deseo de que la Codificación europea no interfiera en la codificación internacional. Sin embargo, el precio que se paga es posiblemente excesivo pues la regulación es muy compleja y exige la aplicación conjunta de fuentes normativas de diferente naturaleza y origen.

VI. DERECHO ANTIDISCRIMINACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO *

I. Jurisprudencia TJCE

STJCE 5 marzo 2009 (edad), Asunto C-388/07, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la High Court of Justice (England and Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court, Reino Unido), mediante resolución de 24 de julio de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 9 de agosto de 2007, en el procedimiento entre The Queen, a instancia de The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) y Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform.

1) Una normativa nacional como la recogida en los artículos 3, 7, apartados 4 y 5, y 30 del Reglamento de 2006 relativo a la igualdad en materia de empleo (edad) [Employment Equality (Age) Regulations 2006] está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

2) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una medida nacional que, al igual que el artículo 3 del Reglamento controvertido en el litigio principal, no contiene una enumeración precisa de los objetivos que justifican el establecimiento de excepciones al principio de prohibición de la discriminación por razón de edad. Sin embargo, el mencionado artículo 6, apartado 1, restringe la posibilidad de establecer tales excepciones a las medidas justificadas por objetivos legítimos de política social, como los vinculados a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional. Corresponde al juez nacional comprobar si la normativa controvertida en el litigio principal responde a un objetivo legítimo de este tipo y si la autoridad legislativa o reglamentaria nacional podía estimar legítimamente, habida cuenta del margen de apreciación de que disponen los Estados miembros en materia de política social, que los medios escogidos eran adecuados y necesarios para lograr tal objetivo.

3) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 reconoce a los Estados miembros la posibilidad de prever, en el marco del Derecho nacional, ciertas formas de diferencias de trato por razón de edad cuando estén «objetiva y razonablemente» justificadas por una finalidad legítima, como las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. Impone a los Estados miembros la carga de demostrar la legitimidad del objetivo invocado como justificación a un nivel elevado de exigencia probatoria. No debe reconocerse especial significación a la circunstancia de que el término «razonablemente», empleado en el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva, no figure en el artículo 2, apartado 2, letra b), de ésta.

* Catedrática de Derecho Civil. Universitat Autònoma de Barcelona.

STJCE 23 septiembre 2008 (edad), Asunto C-427/06, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesarbeitsgericht (Alemania), mediante resolución de 27 de junio de 2006, recibida en el Tribunal de Justicia el 18 de octubre de 2006, en el procedimiento entre Birgit Bartsch y Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GMBH.

El Derecho comunitario no contiene una prohibición de toda discriminación por motivo de la edad, cuya aplicación deban garantizar los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando el comportamiento eventualmente discriminatorio carece de vínculo alguno con el Derecho comunitario. Tal vínculo no nace del artículo 13 CE ni, en circunstancias como las del litigio principal, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, antes de expirar el plazo concedido al Estado miembro del que se trate para la adaptación de su Derecho nacional a esa Directiva.

STJCE 17 julio 2008 (discapacidad por asociación), Asunto C-303/06, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Employment Tribunal, London South (Reino Unido), mediante resolución de 6 de julio de 2006, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de julio de 2006, en el procedimiento entre S. Coleman y Attridge Law, Steve Law.

1) La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circumscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredeite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a).

2) La Directiva 2000/78 y, en particular, sus artículos 1 y 2, apartados 1 y 3, deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de acoso que establecen no se circumscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso establecida en el citado artículo 2, apartado 3.

STJCE 1 abril 2008 (orientación sexual), Asunto C-267/06, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bayerisches Verwaltungsgericht München (Alemania), mediante resolución de 1 de junio de 2006, recibida en el Tribu-

nal de Justicia el 20 de junio de 2006, en el procedimiento entre Tadao Maruko y Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen.

1) Una prestación de supervivencia otorgada en el marco de un régimen de previsión profesional como el gestionado por el Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

2) El artículo 1 en relación con el artículo 2 de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge supérstite, cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el miembro superviviente de una pareja inscrita se halla en una situación comparable a la de un cónyuge beneficiario de la prestación de supervivencia establecida en el régimen de previsión profesional gestionado por el Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen.

II. Propuestas de Directivas

Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (COM(2008) 426 final).

El principal objetivo de la Directiva es luchar contra la discriminación por razón de los criterios discriminatorios que se detallan en el propio título de la misma: religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Además, se pretende que la aplicación del principio de igualdad en estos casos se haga más allá del ámbito laboral.

El concepto de discriminación (directa e indirecta) que recoge la Propuesta es el mismo que aparece en las Directivas anteriores y, concretamente, en 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* (DOCE L 373 de 21.12.2005). Como en esta Directiva 2004/113/CE es posible justificar la discriminación indirecta siempre que la disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y los medios para alcanzar dicha finalidad son adecuados y necesarios.

El acoso se considera una forma de discriminación. También la denegación de un ajuste razonable de acuerdo con lo establecido en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

Las diferencias de trato basadas en la edad pueden llegar a ser lícitas si se justifican con un fin legítimo y los medios para conseguir tal fin son apropiados y necesarios. En materia de seguros y de servicios de banca se reconoce que el hecho de que la edad y la discapacidad puedan constituir elementos esenciales para la valoración del riesgo en ciertos productos y en la prima a satisfacer por ellos.

El ámbito de aplicación de la Propuesta, tanto en el sector público como en el privado, se centra en la protección social (incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria), los beneficios sociales, la educación y el acceso y suministro de bienes y servicios a disposición de la población incluida la vivienda. En relación con el acceso y suministro de bienes y servicios sólo se comprenden actividades profesionales o comerciales excluyéndose, por tanto, las transacciones privadas. Los temas relacionados con el estado civil y la situación familiar quedan fuera del ámbito de la Propuesta de Directiva. Por lo tanto, se excluyen los derechos reproductivos. El artículo 3 de la Propuesta deja al margen las disposiciones nacionales relativas al carácter laico del estado y sus instituciones o el de las organizaciones religiosas. Así, los estados miembros podrán prohibir o permitir que se muestren símbolos religiosos en las escuelas. Tampoco regula las diferencias de trato por nacionalidad.

El artículo 4 de la Propuesta aparece dedicado al principio de igualdad de trato para las personas con discapacidad para lo cual podrán requerirse ajustes razonables determinados para garantizar el acceso efectivo a una persona con discapacidad concreta.

Como no siempre la igualdad formal se traduce en igualdad material, el artículo 5 de la Propuesta establece la necesidad de aplicar medidas específicas para prevenir las situaciones de desigualdad (acciones positivas).

La Propuesta de Directiva es una propuesta de «mínimos», de manera que se deja a los estados miembros que establezcan una protección mayor. Incluso, pudiendo recurrir a procesos judiciales o a procedimientos administrativos aun cuando haya finalizado la relación en la que aleguen haber sido objeto de discriminación. La defensa de los derechos se refuerza al permitir que las organizaciones con un interés legítimo ayuden a las víctimas de discriminación en dichos procesos (art. 7). A ello contribuye la inversión de la carga de la prueba que se recoge en el artículo 8 y, que desde la Directiva 97/80/CE, viene siendo reconocida en todas las normas comunitarias que versan sobre el principio de igualdad de trato y no discriminación.

Cuestión importante que debe destacarse es el establecimiento de una norma que se corresponde con la jurisprudencia del TJCE (vid. al respecto mi trabajo, «El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo», *ADC*, T. LXI, 2008, fasc. III, pp. 1488-1489), según la cual se prohíbe la fijación de un tope máximo en las indemnizaciones abonables en casos de incumplimiento del principio de igualdad de trato (art. 14).

En relación con esta Propuesta de Directiva se ha elaborado un Informe de 20 de marzo de 2009 por la Comisión de libertades civiles, justicia y asuntos de interior (A6-0149/2009).

III. Resoluciones del Parlamento

Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre la igualdad entre mujeres y hombres [2008/2047(INI)].

Acoge positivamente el informe de la Comisión sobre la igualdad [COM(2008) 10 final] e insiste en el carácter dual de la política de igualdad de oportunidades a escala de la UE, por una parte garantizando la igualdad entre mujeres y hombres en todas las políticas (integración de la dimensión de género) y, por otra, elaborando medidas específicas para frenar la discriminación de las mujeres, incluidas campañas de sensibili-

zación, intercambio de buenas prácticas, diálogo con los ciudadanos e iniciativas de cooperación de los sectores público y privado.

Insiste en que es importante combatir la violencia contra las mujeres para lograr la igualdad entre mujeres y hombres; pide a los Estados miembros y a la Comisión que emprendan una acción concertada en dicho ámbito; insta a la Comisión a examinar la posibilidad de adoptar nuevas medidas para combatir la violencia contra las mujeres.

Insta a la Comisión y a los Estados miembros a que combinen sus esfuerzos en la lucha contra las redes de tráfico y delincuencia organizada y a que adopten y refuercen medidas legislativas, administrativas, educativas, sociales y culturales que desincentiven la demanda de prostitución. Insta a los Estados miembros a que ratifiquen urgentemente el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos.

Considera que la participación general de las mujeres en la toma de decisiones a escala local, nacional y de la UE es insuficiente y pide, por ello, a la Comisión, a los Estados miembros y a los partidos políticos que estudien medidas destinadas a mejorar esta situación; señala, a este respecto, que la utilización de cuotas electorales tiene efectos positivos en la representación de las mujeres. Destaca la correlación existente entre la participación de las mujeres en la política y en la toma de decisiones y su implicación en ONG y en actividades de la sociedad civil; insta, por ello, a la Comisión y a los Estados miembros a apoyar acciones que fomenten dicha implicación. Subraya la importancia de la participación activa de las mujeres en los sindicatos con tareas centradas en proteger a las mujeres en el lugar de trabajo y garantizarles los derechos que les corresponden. Señala que, para la emancipación de las mujeres, es importante poder controlar sus derechos en materia sexual y reproductiva; apoya, por lo tanto, las medidas y acciones destinadas a mejorar el acceso de las mujeres a los servicios de salud sexual y reproductiva y a sensibilizarlas respecto de sus derechos y de los servicios disponibles.

Manifiesta su preocupación por la falta de progresos en relación con la diferencia de retribución en función del género a lo largo de los últimos años e insta, por ello, a la Comisión y a los Estados miembros a evaluar estrategias y acciones en dicho ámbito para determinar, en caso necesario y en colaboración con los interlocutores sociales, nuevas medidas o nuevos enfoques en la puesta en práctica de las medidas existentes para mejorar la situación; apoya, en este contexto, la propuesta de la Comisión consultiva sobre la igualdad de oportunidades destinada a reforzar la legislación europea aplicable en la materia imponiendo a los empresarios la obligación de realizar auditorías sobre los salarios y desarrollar planes de acción capaces de acabar con las diferencias salariales; subraya la necesidad de emprender acciones concertadas, especialmente en el contexto del nuevo ciclo de la Estrategia europea de crecimiento y empleo, y de establecer principios comunes en materia de seguridad.

Manifiesta su preocupación por la desfavorable situación de las mujeres en el mercado laboral, que las lleva a acumular menos derechos individuales a pensión y otros beneficios sociales, especialmente en los regímenes en que dichos derechos están estrechamente relacionados con las contribuciones o los ingresos profesionales de cada persona; por ello, pide a los Estados miembros que adopten medidas eficaces destinadas a garantizar el cumplimiento de las normas sociales y un trabajo que respete los derechos de los asalariados en los diferentes sectores de actividad, de forma que se garantice una retribución digna a los trabajadores y, en particular a las mujeres, el derecho

a la seguridad y a la salud en el trabajo, a la protección social y a la libertad sindical, lo que contribuiría a eliminar la discriminación entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.

Manifiesta su preocupación por el persistente desfase entre, por una parte, el nivel educativo de las mujeres y los hombres, a pesar de que los resultados de las mujeres son mejores que los de los hombres, y, por otra, la situación en el mercado laboral, en cuyo marco las mujeres cobran salarios más bajos, tienen empleos más precarios y desarrollan una carrera profesional más lenta que los hombres; insta a la Comisión y a los Estados miembros a que examinen las razones y encuentren soluciones para esta situación.

Pide a la Comisión y a los Estados miembros que adopten más medidas para mejorar el acceso de las mujeres al mercado laboral y su participación en el mismo, en particular en los sectores en que siguen estando infrarrepresentadas, como las altas tecnologías, la investigación, las ciencias y la ingeniería, así como que mejoren la calidad de sus empleos, en particular mediante programas de formación y educación a lo largo de toda la vida en todos los niveles; insta a la Comisión y a los Estados miembros a utilizar los Fondos estructurales europeos para realizar este objetivo.

Pide a la Comisión y a los Estados miembros que tengan presente la situación de las cónyuges que ayudan en la artesanía, el comercio, la agricultura, la pesca y las pequeñas empresas familiares desde la perspectiva de la igualdad de género y teniendo en cuenta el hecho de que las mujeres se encuentran en una situación más vulnerable que los hombres; pide a la Comisión que presente sin demora una propuesta destinada a modificar la Directiva 86/613/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, con objeto de eliminar la discriminación indirecta, desarrollar una obligación positiva de igualdad de trato y mejorar la situación jurídica de las cónyuges colaboradoras. Pide a los Estados miembros que desarrollen el concepto jurídico de propiedad compartida con el fin de garantizar el pleno reconocimiento de los derechos de la mujer en el sector agrícola, la adecuada protección en el ámbito de la seguridad social y el reconocimiento de su labor. Anima a los Estados miembros a fomentar el espíritu empresarial de las mujeres en el sector industrial y a facilitar apoyo financiero y estructuras de asesoramiento profesional a las mujeres que crean empresas, así como una formación adecuada.

Insta a los Estados miembros a que presten especial atención a la disponibilidad de servicios de maternidad para las mujeres autónomas. Insta a la Comisión y a los Estados miembros a que tengan especialmente en cuenta el creciente número de mujeres que son formalmente autónomas pero que en realidad se pueden clasificar como «trabajadoras económicamente dependientes». Insta a los Estados miembros a que reconozcan a las empresas que adoptan medidas para promover la igualdad entre las mujeres y los hombres y faciliten el equilibrio trabajo-vida privada, con objeto de fomentar la difusión de buenas prácticas en este ámbito.

Pide a la Comisión y a los Estados miembros que den prioridad y tengan especialmente presente a los grupos más vulnerables de mujeres, en concreto las mujeres discapacitadas, las mujeres con personas dependientes a cargo, las mujeres de edad avanzada, las mujeres pertenecientes a minorías y las inmigrantes, así como las mujeres encarceladas, y que desarrollen medidas específicas para satisfacer sus necesidades. Insta a la Comisión y a los Esta-

dos miembros a que adopten y apliquen las medidas necesarias para ayudar a las mujeres con discapacidad de modo que puedan progresar en los ámbitos de la vida social y del mundo laboral, cultural y político en los que siguen estando infrarrepresentadas.

Insta a la Comisión y a los Estados miembros a que promuevan el acceso de las mujeres inmigrantes a la educación y el empleo, mediante la adopción de medidas para luchar contra la doble discriminación que sufren las mujeres inmigrantes en el mercado laboral y la creación de condiciones favorables para su acceso al mercado laboral, con el fin de que consigan un equilibrio entre su vida profesional y su vida privada, y que les garanticen una formación profesional adecuada. Acoge positivamente la consulta celebrada entre la Comisión y los interlocutores sociales para mejorar los marcos legislativos y no legislativos que permitan compaginar la vida profesional, familiar y privada; está a la espera de que se analicen los resultados de dicha consulta y se presenten propuestas basadas en la misma, en particular en relación con el permiso por maternidad, el permiso de paternidad, el permiso por paternidad, el permiso por adopción y el permiso por asistencia a persona dependiente; considera, por otra parte, que el acuerdo marco relativo al permiso de paternidad puede mejorarse en relación con los puntos siguientes: aplicación de medidas incentivadoras destinadas a alentar a los padres a solicitar el permiso de paternidad, refuerzo de los derechos de los trabajadores que toman un permiso de paternidad y flexibilización del régimen de permisos, aumento de la duración y de la indemnización del permiso de paternidad. Recuerda que toda política en materia de conciliación de la vida profesional y la vida familiar debe basarse en el principio de libre elección de las personas y adaptarse a los diferentes ciclos de la vida. Pide a los Estados miembros que presenten medidas específicas para luchar contra las desigualdades entre mujeres y hombres provocadas por la interrupción de la actividad laboral a resultas, en particular, del permiso por maternidad o del permiso para ocuparse de personas dependientes, y que reduzcan sus efectos negativos para las carreras profesionales, los salarios y los derechos a pensión. Señala que compaginar la vida laboral, privada y familiar es una de las claves para aumentar el empleo, y pide a la Comisión que recopile y divulgue las mejores prácticas relativas al equilibrio entre el empleo y la vida y una mayor implicación de los hombres en la vida familiar. Insta a la Comisión y a los Estados miembros a que fomenten la participación de los hombres en la ejecución de las políticas de igualdad de género, especialmente en el ámbito de la conciliación de la vida privada, laboral y familiar. Pide a los Estados miembros y a las autoridades regionales y locales que incrementen la disponibilidad, la calidad y la accesibilidad de los servicios de atención a la infancia y a las personas dependientes, en consonancia con los objetivos de Barcelona, y que garanticen que la disponibilidad de dichos servicios es compatible con horarios de trabajo a tiempo completo para mujeres y hombres y con las responsabilidades respecto de niños y personas dependientes.

Pide a los responsables de las empresas que incluyan medidas flexibles de política familiar en su plan de gestión de personal, con el fin de facilitar la reincorporación al trabajo de los empleados después de un periodo de interrupción de la carrera laboral. Llama la atención de la Comisión y de los Estados miembros en relación con la feminización de la pobreza, a la vista de que las mujeres, especialmente las mujeres de edad avanzada y las mujeres con hijos a cargo, corren el riesgo de hallarse en una situación de exclusión y

pobreza, y les insta a desarrollar medidas para impedir que se desarrolle esta tendencia.

IV. **Informes**

Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al comité económico y social y al comité de las regiones. La igualdad entre hombres y mujeres – 2008 [COM(2008) 10 final].

Las conclusiones a las que llega el informe son las siguientes:

- a)* Aumento tanto cuantitativo como cualitativo del empleo de las mujeres en el nuevo ciclo de la Estrategia europea para el crecimiento y el empleo;
- b)* integración de una perspectiva de género en todas las dimensiones de la calidad del trabajo;
- c)* desarrollo tanto de la oferta como de la calidad de los servicios que permiten conciliar la vida profesional y la vida privada tanto en el caso de los hombres como en el de las mujeres;
- d)* lucha contra los estereotipos en la educación, empleo, medios de comunicación y el impulso del papel de los hombres en el fomento de la igualdad;
- e)* desarrollo de los instrumentos de evaluación del impacto de las políticas en una perspectiva de género.

VII. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO *

I. **Jurisprudencia del TJCE**

STJCE 23 abril 2009, Asunto C-533/07, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo a los artículos 68 CE y 234 CE, por el Oberster Gerichtshof (Austria), mediante resolución de 13 de noviembre de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de noviembre de 2007, en el procedimiento entre Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch y Gisela Weller-Lindhorst:

- 1) El artículo 5, número 1, letra b), segundo guión, del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que un contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho como contrapartida por el pago de una remuneración no es un contrato de prestación de servicios en el sentido de dicha disposición.

* Catedrática de Derecho Civil. Universitat Autònoma de Barcelona.

2) Para determinar, con arreglo al artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento núm. 44/2001, cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer de una demanda de pago de la remuneración adeudada en virtud de un contrato por el cual el titular de un derecho de propiedad intelectual autoriza a la otra parte contratante a explotar dicho derecho, procede seguir teniendo en cuenta los principios derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 5, número 1, del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 26 de mayo de 1989 relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa.

STJCE 20 enero 2009, Asunto C-240/07, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesgerichtshof (Alemania), mediante resolución de 29 de marzo de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 16 de mayo de 2007, en el procedimiento entre Sony Music Entertainment (Germany) GMBH y Falcon Neue Medien Vertrieb GMBH.

1) El plazo de protección establecido en la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, se aplica igualmente, en virtud del artículo 10, apartado 2, de dicha Directiva, cuando la obra litigiosa no haya estado nunca amparada en el Estado miembro en el que se reclama su protección.

2) El artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2006/116 debe interpretarse en el sentido de que los plazos de protección previstos por dicha Directiva se aplican en un supuesto en que la obra o el objeto controvertidos estaban, el 1 de julio de 1995, protegidos como tales en al menos un Estado miembro en aplicación de las disposiciones nacionales de dicho Estado miembro relativas al derecho de autor o a los derechos afines y en que el titular de tales derechos sobre esa obra u objeto, nacional de un país tercero, gozaba, en dicha fecha, de la protección prevista en esas disposiciones nacionales.

STJCE 11 diciembre 2008, Asunto C-52/07, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Marknadsdomstolen (Suecia), mediante resolución de 2 de febrero de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 6 de febrero de 2007, en el procedimiento entre Kanal 5 Ltd, TV 4 AB y Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) u.p.a.

1) El artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que tiene una posición dominante en una parte sustancial del mercado común no explota de forma abusiva dicha posición cuando, en concepto de retribución debida por la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual, aplica a las cadenas de televisión privadas un sistema de tarifas según el cual los importes de dichas tarifas corresponden a una parte de los ingresos de esas cadenas, siempre que dicha parte sea globalmente proporcional a la cantidad de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual realmente emitida o que pueda emitirse y salvo que

exista otro método que permita identificar y cuantificar de forma más precisa la utilización de dichas obras así como la audiencia, sin que por ello aumenten desproporcionadamente los gastos a que da lugar la gestión de los contratos y el control de la utilización de dichas obras.

2) El artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que, al calcular las tarifas percibidas en concepto de retribución debida por la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual de modo diferente según se trate de sociedades de televisión privadas o de sociedades de servicio público, una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual puede explotar de forma abusiva su posición dominante a efectos de dicho artículo cuando aplica a estas sociedades condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y les ocasiona por este motivo una desventaja competitiva, salvo que tal práctica pueda estar objetivamente justificada.

II. Propuestas de Directivas

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines. COM(2008) 464 final (16 de julio de 2008).

Según establece la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, el plazo de protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas es de cincuenta años. En el caso de los artistas intérpretes o ejecutantes, este período comienza a contar desde la fecha de la interpretación o ejecución, o si, dentro de ese período de cincuenta años, se publica o se comunica al público una grabación de la interpretación o ejecución, desde la fecha de primera publicación o la fecha de primera comunicación al público, si esta última es anterior. En el caso de los productores de fonogramas, el período comienza a contar desde la fecha de grabación del fonograma, o desde la fecha de publicación de la grabación, si ésta se produce dentro del período de cincuenta años, o, si no se efectúa publicación, desde la fecha de su comunicación al público, cuando ésta se produzca dentro del período de cincuenta años.

Es preciso, sin embargo, que la importancia que socialmente se atribuye a la contribución creativa de los artistas intérpretes o ejecutantes se refleje en un nivel de protección que reconozca esa contribución creativa y artística. Los artistas intérpretes o ejecutantes comienzan, en general, su carrera profesional jóvenes, y el actual plazo de cincuenta años de protección de las interpretaciones o ejecuciones grabadas en fonogramas, y de los propios fonogramas, a menudo no protege tales interpretaciones o ejecuciones durante todo el período de vida del artista. Esto hace que, al final de sus vidas, los artistas intérpretes o ejecutantes se enfrenten a una pérdida de ingresos. Además, con frecuencia, no pueden valerse del derecho impedir o restringir el uso improcedente de sus interpretaciones o ejecuciones que se produzca a lo largo de su vida. Los artistas intérpretes o ejecutantes deben poder percibir, al menos, durante toda su vida los ingresos procedentes de los derechos exclusivos de reproducción y puesta a disposición del público, previstos en la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001,

relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, así como una compensación equitativa por la reproducción para uso privado, conforme a la citada Directiva, y los ingresos derivados de los derechos exclusivos de distribución y alquiler, previstos en la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

En consecuencia, el plazo de protección de la grabación de las interpretaciones o ejecuciones, y de los fonogramas, debe ampliarse a un período de noventa y cinco años, a contar desde la fecha de publicación del fonograma y la correspondiente interpretación o ejecución. Si el fonograma o la interpretación o ejecución grabada en un fonograma no se publican en los primeros cincuenta años, el plazo de protección debe ser de noventa y cinco años a contar desde la primera comunicación al público. Cuando celebran un contrato con un productor de fonogramas, los artistas intérpretes o ejecutantes deben habitualmente ceder a dicho productor sus derechos exclusivos de reproducción, distribución, alquiler y puesta a disposición de las grabaciones de sus interpretaciones o ejecuciones. A cambio, los artistas intérpretes o ejecutantes reciben un anticipo sobre los cánones y no perciben otro importe hasta que el productor del fonograma haya recuperado el anticipo inicial y efectuado las posibles deducciones que prevea el contrato. Los artistas intérpretes o ejecutantes que actúan en un segundo plano y no figuran en los títulos de crédito (artistas de estudio) suelen ceder sus derechos exclusivos a cambio de un pago único (remuneración que no se repite).

En aras de la seguridad jurídica, debe establecerse que, salvo indicación manifiesta en contrario, las cesiones o concesiones contractuales de derechos conexos a la grabación de interpretaciones o ejecuciones, acordadas antes de la fecha límite en la cual los Estados miembros deban haber adoptado disposiciones de aplicación de la Directiva, sigan surtiendo efecto durante el plazo ampliado. A fin de garantizar que los artistas intérpretes o ejecutantes que hayan cedido sus derechos exclusivos a productores de fonogramas antes de la ampliación del plazo de protección se beneficien realmente de esa ampliación deben adoptarse diversas disposiciones transitorias adicionales. Tales disposiciones se aplicarán a aquellos contratos celebrados entre los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas que sigan efectivamente vigentes durante el plazo ampliado.

En este sentido, ha de establecerse que los productores de fonogramas tengan la obligación de reservar, al menos una vez al año, como mínimo el 20 por 100 de los ingresos procedentes de los derechos exclusivos de distribución, reproducción y puesta a disposición de aquellos fonogramas que, de no ampliarse el plazo de protección por publicación o comunicación lícitas, pasarían a ser de dominio público. Los Estados miembros deben poder exigir a ciertos productores de fonogramas que, a la luz de los ingresos anuales que obtengan con la explotación comercial de fonogramas, se consideren de pequeño o mediano tamaño. Esos fondos deben destinarse exclusivamente a los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas interpretaciones o ejecuciones estén grabadas en un fonograma y que hayan cedido sus derechos al productor del fonograma a cambio de un pago único. Los fondos así reservados deben distribuirse individualmente entre los diferentes artistas de estudio al menos una vez al año. Los Estados miembros pueden establecer que esos

fondos sean distribuidos por sociedades recaudadoras en representación de los artistas intérpretes o ejecutantes. Si la distribución de tales fondos se confía a sociedades recaudadoras, pueden aplicarse las disposiciones nacionales sobre ingresos no distribuibles.

No obstante, el artículo 5 de la Directiva 2006/115/CE sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual ya otorga a los artistas intérpretes o ejecutantes el derecho irrenunciable a una remuneración equitativa por el alquiler, entre otras cosas, de fonogramas. Del mismo modo, en la práctica, los artistas intérpretes o ejecutantes no ceden habitualmente en sus contratos con los productores de fonogramas su derecho a una remuneración equitativa por radiodifusión y comunicación al público, conforme a lo establecido en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115/CE, y a una compensación equitativa por reproducción para uso privado, de conformidad con el artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE. En el cálculo del importe total que el productor de fonogramas deba destinar al pago de la remuneración suplementaria, no deben entrar, por tanto, ni los ingresos que dicho productor haya obtenido del alquiler de fonogramas, ni las remuneraciones equitativas únicas por radiodifusión y comunicación al público, ni la compensación equitativa por copia privada.

Los derechos por grabación de la interpretación o ejecución reviertan al artista intérprete cuando el productor del fonograma no ponga a la venta un número suficiente de copias de un fonograma que, sin ampliación del plazo, sería de dominio público, o no ponga tal fonograma a disposición del público. En consecuencia, los derechos del productor del fonograma con respecto al fonograma deben expirar, a fin de que tales derechos no coexistan con los del artista intérprete o ejecutante con respecto a la grabación de la interpretación o ejecución, no siendo ya estos últimos objeto de cesión o concesión al productor del fonograma. Esta medida adicional debe garantizar también que un fonograma deje de estar protegido cuando, transcurrido un cierto período de tiempo tras la ampliación del plazo, no se ponga a disposición del público, debido a que los titulares de los derechos no lo explotan o a que no es posible identificar o localizar al productor del fonograma o a los artistas intérpretes o ejecutantes. Si, tras recuperar los derechos, el artista intérprete o ejecutante ha dispuesto de un plazo razonable para poner a disposición del público un fonograma que, de no haberse ampliado el plazo, no estaría ya protegido, y dicho fonograma no se pone a disposición del público, los derechos inherentes al fonograma y a la grabación de la interpretación o ejecución deben expirar.

En algunos Estados miembros, las composiciones musicales con letra gozan de un plazo único de protección, calculado a partir del fallecimiento del último autor con vida, al tiempo que, en otros Estados miembros, se aplican plazos de protección independientes para la música y la letra. Las composiciones musicales con letra son habitualmente de autoría compartida. Por ejemplo, en el caso de la ópera, a menudo la música y la letra se deben a autores diferentes. Y en géneros tales como el jazz, el rock y la música pop el proceso creativo se desarrolla con frecuencia en colaboración. En consecuencia, la armonización del plazo de protección de las composiciones musicales con letra es incompleta, lo que obstaculiza la libre circulación de bienes y servicios, tales como los servicios transfronterizos de gestión colectiva.

Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. COM(2008) 23 final (28 de enero de 2008).

El objeto de la presente propuesta es proceder a la codificación de la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991 sobre la protección jurídica de programas de ordenador. La nueva Directiva sustituirá a las que son objeto de la operación de codificación. La propuesta respeta en su totalidad el contenido de los textos codificados y se limita, por tanto, a reagruparlos realizando en ellos únicamente las modificaciones formales que la propia operación de codificación requiere.

El desarrollo de los programas de ordenador exige una considerable inversión de recursos humanos, técnicos y financieros y dichos programas pueden copiarse con un coste mínimo en relación con el preciso para crearlos de forma independiente. Los programas de ordenador están desempeñando un papel de creciente importancia en una amplia gama de sectores y, en consecuencia, cabe considerar la tecnología informática como de capital importancia para el desarrollo industrial de la Comunidad.

El marco jurídico comunitario sobre protección de programas de ordenador puede, en primer término, limitarse a establecer que los Estados miembros deban conceder a dichos programas una protección con arreglo a la legislación sobre derechos de autor como obras literarias. Debe establecerse el sujeto y el objeto de la protección, los derechos exclusivos a los que pueden acogerse los sujetos de la protección para autorizar o prohibir determinados actos y la duración de dicha protección.

El término «programa de ordenador» incluye programas en cualquier forma, incluso los que están incorporados en el «hardware». Este término designa también el trabajo preparatorio de concepción que conduce al desarrollo de un programa de ordenador, siempre que la naturaleza del trabajo preparatorio sea tal que más tarde pueda originar un programa de ordenador. Entre los criterios que deben utilizarse para determinar si un programa de ordenador constituye o no una obra original, no deben aplicarse los de carácter cualitativo o los relativos al valor estético del programa. La función de un programa de ordenador es comunicarse y trabajar con otros componentes del sistema de ordenador y con sus usuarios y, a tal fin, se exige contar con un sistema lógico y, cuando sea conveniente, físico de interconexión e interacción para permitir a los elementos de los soportes físicos y lógicos trabajar con otros soportes físicos y lógicos y con usuarios, en la forma prevista. Las partes del programa que establecen dicha interconexión e interacción entre los elementos de «software» y «hardware» suelen denominarse «interfaces». La interconexión e interacción funcional suele conocerse como «interoperabilidad»; dicha interoperabilidad puede ser definida como la capacidad de los programas de ordenador para intercambiar información y utilizar mutuamente la información así intercambiada.

A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por «alquiler» la operación de ofrecer la utilización, por un período limitado y con fines de lucro, de un programa de ordenador o una copia del mismo. Este término no incluye el préstamo público que, en consecuencia, no entra dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva.

III. Resoluciones del Consejo

Resolución del Consejo de 25 de septiembre de 2008 sobre un plan europeo global de lucha contra la falsificación y la piratería (2008/C 253/01)

El Consejo solicita a la Comisión que cree un observatorio europeo de la falsificación y la piratería, precisando su método de funcionamiento y los elementos necesarios, incluidos los financieros, para su creación; el observatorio, que deberá apoyarse en las estructuras existentes de la Comisión, deberá permitir que se obtenga, a partir de datos que los sectores público y privado deseen facilitar, una evaluación regular de la magnitud de la falsificación y de la piratería, así como un análisis más preciso de estos fenómenos. Además, solicita la difusión, en particular, por Internet de información sobre el fenómeno de la falsificación y la piratería dirigida a los protagonistas de la lucha contra estos fenómenos, el desarrollo de acciones de sensibilización y comunicación dirigidas a los protagonistas de la lucha contra la falsificación y la piratería y a los consumidores, incluidos los más jóvenes, incluso mediante actuaciones llevadas a cabo en una jornada europea de sensibilización a los peligros de la falsificación y mediante la elaboración de guías prácticas.

También solicita a la Comisión y a los Estados miembros, en el marco de sus competencias respectivas, que apliquen todos los medios adecuados para luchar de manera eficaz contra la falsificación y la piratería, y, en particular, que presenten un plan aduanero de lucha contra la falsificación para los años 2009 a 2012 que favorezca el intercambio de información mediante una plena utilización de los sistemas electrónicos, el desarrollo de la cooperación entre las autoridades interesadas, en particular en la frontera y especialmente con las autoridades aduaneras así como con los titulares de derechos; realicen un inventario de la legislación aplicable en materia aduanera y que evalúen las mejoras que hay que introducir en el marco jurídico con el fin de luchar mejor contra las falsificaciones peligrosas para los consumidores y de permitir que se tome conciencia de los riesgos de este fenómeno, establezcan una red de intercambio rápida de información sobre los productos y servicios falsificados, en particular, mediante el refuerzo de la cooperación administrativa transfronteriza basándose en puntos de contactos nacionales y en instrumentos modernos de intercambio de información, fomenten la coordinación entre las instituciones implicadas en la lucha contra la falsificación y la piratería, en particular, mediante intercambios de buenas prácticas entre las administraciones nacionales, estudien la eficacia del marco jurídico para hacer que se respeten los derechos de propiedad intelectual, presenten propuestas adecuadas para favorecer asociaciones entre sector público y sector privado para luchar contra la falsificación y la piratería, para recomendar buenas prácticas relativas, en particular, a la venta en Internet y para promover la colaboración entre profesionales, refuercen la protección de los derechos de propiedad intelectual a nivel internacional: fomenten, en los acuerdos bilaterales y multilaterales celebrados por la Unión Europea, la incorporación de medidas relativas a estos derechos en cumplimiento del acervo comunitario y contribuyan al respeto de dichas medidas; participen activamente en las negociaciones para la celebración de un acuerdo comercial multilateral de lucha contra la falsificación, especialmente intentando obtener la creación, en su momento, de un grupo operativo encargado de estudiar la aplicación del acuerdo; promuevan este tema en el diálogo entre la Unión Europea y los terceros países y en el marco de las medidas de cooperación con los terceros.

Conclusiones del Consejo, de 20 de noviembre de 2008, relativas al desarrollo de las ofertas legales de contenidos culturales y creativos en línea y a la prevención y la lucha contra la piratería en el entorno digital (2008/C 319/06).

El Consejo solicita a los Estados miembros que pongan en marcha o fomenten, con la mayor brevedad, soluciones concertadas entre las partes implicadas, a fin de que surjan soluciones concretas, eficaces, equitativas y proporcionadas que favorezcan el desarrollo de la oferta legal en línea y la prevención y la lucha contra la piratería, animen, en su caso y de conformidad con sus tradiciones jurídicas, a las partes implicadas a que revisen los plazos en los que las obras cinematográficas pueden estar disponibles con objeto de favorecer la diversidad y el atractivo de la oferta legal en línea de obras cinematográficas, contribuyan activamente a la promoción de la oferta de obras audiovisuales y cinematográficas europeas por los servicios lineales y no lineales en el marco de la transposición de la Directiva de servicios de medios audiovisuales, en particular mediante el intercambio de buenas prácticas.

Además, solicita a la Comisión que contribuya a un mayor conocimiento, en estrecha cooperación con los Estados miembros y los profesionales implicados, en particular a través del desarrollo y la mutualización de los datos estadísticos, la economía cultural digital en su diversidad, en particular la oferta legal en línea, y la piratería, su amplitud, sus causas y sus consecuencias en la economía de la creación y la diversidad cultural, difunda la información, en particular procedente de la plataforma, sobre las buenas prácticas y las respuestas innovadoras aportadas a los retos definidos en el marco de la consulta del 3 de enero de 2008, presente, en un plazo de 18 meses, apoyándose en las contribuciones de los Estados miembros, un informe sobre las diversas iniciativas puestas en marcha para contribuir al desarrollo de la oferta legal en línea y prevenir y luchar contra la piratería, examine las modalidades de un refuerzo de la digitalización y de la difusión en línea de las obras cinematográficas y audiovisuales en el marco de la aplicación de los programas comunitarios, en particular del programa MEDIA, de forma más general, contribuya a través del conjunto de políticas pertinentes, al desarrollo de la oferta legal en línea y a la lucha contra la piratería.

Y, finalmente, solicita a los Estados miembros y a la Comisión que en sus respectivos ámbitos de competencia mejoren la información de los consumidores, en particular mediante campañas de comunicación objetivas, sobre los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor y las consecuencias de no respetarlos y, de modo más general, sensibilicen a todos los actores, incluidos los profesionales, a las consecuencias de la piratería en la creación y la diversidad culturales, contribuyan a la información de los consumidores relativa a las condiciones de utilización de los contenidos en diferentes equipos y plataformas y a las restricciones vinculadas a la utilización de medidas técnicas de protección y gestión de los derechos, inicien o fomenten trabajos concertados entre la industria, los titulares de derechos y los consumidores a fin de favorecer la interoperabilidad y garantizar la transparencia de las medidas técnicas de protección y gestión de derechos, a través por ejemplo de un sistema de señalización del etiquetado, prosigan el objetivo de la diversidad cultural, en particular en el marco de sus políticas en materia de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor aplicados a los contenidos culturales.

les y creativos en línea, contribuyan activamente a fortalecer el respeto y la protección de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor a escala internacional, en el marco de los acuerdos bilaterales y multilaterales pertinentes y del diálogo político y la cooperación con los terceros países.

IV. Libros verdes de la Comisión

Los derechos de autor en la economía del conocimiento (COM(2008) 466 final.

El objetivo del presente Libro verde es promover un debate sobre la mejor manera de garantizar la difusión en línea de los conocimientos en los ámbitos de la investigación, la ciencia y la educación. El Libro verde pretende plantear una serie de cuestiones relacionadas con el papel de los derechos de autor en la «economía del conocimiento» y poner en marcha una consulta a este respecto.

El Libro verde consta básicamente de dos partes. La primera aborda la problemática general de las excepciones a los derechos exclusivos previstas en el principal acto legislativo europeo sobre derechos de autor: la Directiva 2001/29/CE 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 (en lo sucesivo «la Directiva»). El otro acto legislativo sobre los derechos de autor, pertinente para la economía del conocimiento, la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos, se ha analizado en otro informe (*vid. crónica anterior*). Sin embargo, algunos de sus aspectos, como las excepciones y las limitaciones, también se abordan en el presente informe.

La segunda parte se refiere a problemas específicos, relacionados con las excepciones y limitaciones, que afectan especialmente a la difusión de conocimientos, y plantea la conveniencia de que estas excepciones evolucionen en la era de la difusión digital. El Libro verde aborda todas estas cuestiones de manera equilibrada, teniendo en cuenta los puntos de vista de los editores, las bibliotecas, los centros educativos, los museos, los archivos, los investigadores, las personas con minusvalías y el público en general.

El Libro verde examina cómo se difunde al público el material científico, de investigación y educativo y si los conocimientos circulan libremente en el mercado interior. Sin embargo, no se limitará al material científico y educativo. También se incluye en el ámbito de este Libro verde el material que no se ajusta a estos parámetros pero que reviste interés para mejorar el conocimiento.

El «público» al que se dirige el presente documento comprende los científicos, los investigadores y los estudiantes, así como las personas con minusvalías o los ciudadanos en general que desean elevar su nivel de conocimientos y de formación mediante Internet. Una difusión más amplia del conocimiento mejora la integración y la cohesión de la sociedad, fomentando la igualdad de oportunidades, de acuerdo con las prioridades de la futura Agenda Social renovada.

Un nivel elevado de protección de los derechos de autor es esencial para la creación intelectual. Los derechos de autor garantizan el mantenimiento y el desarrollo de la creatividad en interés de los autores, los productores, los consumidores y el público en general. Se necesita un sistema

riguroso y eficaz de protección de los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor, con el fin de que autores y productores reciban una compensación por su labor creativa y para animar a productores y editores a invertir en actividades de creación. La contribución del sector de la edición a la economía europea es notable. Las medidas relativas a los derechos de autor responden también al imperativo de estimular el progreso y la innovación.

La Comisión desea recabar los puntos de vista de los investigadores sobre las nuevas formas de entrega de los contenidos digitales. Estas nuevas formas de entrega deberían permitir a los consumidores e investigadores acceder a contenidos protegidos respetando plenamente los derechos de autor.

La legislación vigente en materia de derechos de autor ha procurado tradicionalmente encontrar el equilibrio entre la compensación por las inversiones y creaciones del pasado y la difusión futura de los productos del conocimiento, introduciendo una lista de excepciones y limitaciones que afectan a determinadas actividades concretas relacionadas con la investigación científica, las actividades de las bibliotecas y las personas con minusvalías. A este respecto, la Directiva incluye una lista exhaustiva de excepciones y limitaciones. No obstante, estas excepciones no son obligatorias para los Estados miembros y cuando las han adoptado a nivel nacional, a menudo las han formulado de manera más restringida que en la Directiva.

VIII. EL DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉN TRIGO GARCÍA *

I. Legislación

A) LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas (Diario Oficial núm. L 312, de 22/11/2008, pp. 3-30).

La Directiva 2008/98/CE establece medidas destinadas a proteger el medio ambiente y la salud humana mediante la prevención o la reducción de los impactos adversos de la generación y gestión de los residuos, la reducción de los impactos globales del uso de los recursos y la mejora de la eficacia de dicho uso (art. 1. *Objeto y ámbito de aplicación*). Para ello se parte del principio de quien contamina paga, sin perjuicio de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad ambiental (cdos. 26 y 45).

Con la intención de asegurar un alto nivel de protección del medio ambiente y de la salud humana, se contempla la posibilidad de que los Esta-

* Profesora contratada Doctor de Derecho civil, Universidad de Santiago de Compostela.

dos miembros adopten medidas legislativas o no legislativas para garantizar que cualquier persona física o jurídica que desarrolle, fabrique, procese, trate, venda o importe productos de forma profesional (el productor del producto) vea ampliada su responsabilidad de productor, teniendo en cuenta la viabilidad técnica y económica y el conjunto de impactos medioambientales, sobre la salud humana y sociales, respetando la necesidad de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (art. 8; cfr. art. 15. *Responsabilidad de la gestión de residuos*).

La Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 42), debiendo los Estados miembros poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ella antes del 12 de diciembre de 2010 (art. 40).

Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal (Diario Oficial núm. L 328, de 6/12/2008, pp. 28-37).

La Directiva 2008/99/CE establece medidas relacionadas con el Derecho penal para proteger con mayor eficacia el medio ambiente (art. 1). Ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con su artículo 6, los Estados miembros se asegurarán de que las personas jurídicas pueden ser consideradas responsables por los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4 cuando tales delitos hayan sido cometidos en su beneficio por cualquier persona. Recuérdese que la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal se encuentra regulada en el ordenamiento español en los artículos 109 y siguientes del Código Penal.

La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 9), debiendo los Estados miembros poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ella antes del 26 de diciembre de 2010 (art. 8).

B) LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN PREPARACIÓN

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones. COM (2008) 134 final-2004/0055 (COD) (Diario Oficial núm. C 77, de 31/3/2009, pp. 69-70).

Posición Común (CE) núm. 29/2008, de 9 de diciembre de 2008, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al seguro de los propietarios de buques para las reclamaciones de Derecho marítimo (Texto pertinente a efectos del EEE) (Diario Oficial núm. C 330E, de 30/12/2008, pp. 7-12).

C) LEGISLACIÓN NACIONAL DE INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE NORMAS COMUNITARIAS

Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (BOE número 310, de 25/12/2008, pp. 51995-51997).

El objeto de esta Ley es adaptar la normativa española a lo dispuesto en 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. De acuerdo con su artículo 10, los profesionales del mercado del arte que intervengan en las reventas sujetas al derecho de participación (*vid. art. 3*), responderán solidariamente con el vendedor del pago del derecho.

Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (BOE número 308, de 23/12/2008, pp. 51626-51646).

El presente Real Decreto desarrolla parcialmente la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (*vid. disposición final tercera*), por medio de la cual se incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva comunitaria 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. El Reglamento, dividido en tres capítulos, aborda la cooperación entre administraciones públicas, la recopilación y difusión de información relevante para la reparación del medio ambiente, y las reglas aplicables a los supuestos de concurrencia de normas aplicables; a continuación, proporciona un marco metodológico para determinar el daño medioambiental que se ha producido y, en función de su alcance, establecer las medidas de reparación necesarias en cada caso; finalmente, el capítulo III se ocupa de la garantía financiera obligatoria.

Real Decreto 714/2009, de 24 de abril, relativo a la seguridad de las aeronaves de terceros países que utilizan aeropuertos situados en territorio español (BOE número 112, de 8/5/2009, pp. 39525-39533).

El Real Decreto 714/2009 incorpora la Directiva 2008/49/CE de la Comisión, de 16 de abril de 2008, por la que se modifica el anexo II de la Directiva 2004/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a la seguridad de las aeronaves de terceros países que utilizan los aeropuertos de la Comunidad, sustituyendo el Real Decreto 547/2006, de 5 de mayo, relativo a la seguridad de las aeronaves de terceros países que utilizan los aeropuertos y otros aeródromos situados en territorio español.

II. Jurisprudencia

A) TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Responsabilidad en materia de transporte aéreo.—La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Cuarta) de 22 de diciembre

bre de 2008 (asunto C-549/07), resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por el *Handelsgericht Wien* (Austria), en el procedimiento entre Friederike Wallentin-Hermann y Alitalia.-Linee Aeree Italiane SpA. Al respecto, el tribunal señala que el artículo 5, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) núm. 295/91, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «circunstancias extraordinarias» utilizado en dicha disposición no se aplica a un problema técnico surgido en una aeronave que provoque la cancelación de un vuelo, a menos que este problema se derive de acontecimientos que, por su naturaleza o por su origen, no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo de que se trate y escapen al control efectivo de dicho transportista. El Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, concluido en Montreal el 28 de mayo de 1999, no resulta determinante para la interpretación de las causas de exoneración contempladas en el artículo 5, apartado 3, del Reglamento núm. 261/2004. A su vez, la frecuencia con que un transportista aéreo sufra problemas técnicos no constituye en sí un dato que permita pronunciarse sobre la presencia o la ausencia de «circunstancias extraordinarias» en el sentido del artículo 5, apartado 3, del Reglamento núm. 261/2004. Finalmente, el hecho de que un transportista aéreo haya respetado las normas mínimas de mantenimiento de una aeronave no basta por sí solo para acreditar que dicho transportista adoptó «todas las medidas razonables» con arreglo al artículo 5, apartado 3, del Reglamento núm. 261/2004 y para exonerar, por tanto, a dicho transportista de la obligación de indemnizar que le imponen los artículos 5, apartado 1, letra c), y 7, apartado 1, de dicho Reglamento. Ha de tenerse en cuenta, que no se distingue según la relación jurídica que una al transportista aéreo y al pasajero, esto es, el régimen aplicable será el mismo se trate de una relación contractual o extracontractual. Por tanto, el Reglamento será de aplicación a cualquier transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo que proporcione transporte a los pasajeros, conforme a un contrato con un pasajero o, cuando no tenga contrato con el pasajero, se considerará que lo hace en nombre de otra persona, jurídica o física, que tenga un contrato con dicho pasajero [cfr. artículos 2 b y 3.º Reglamento (CE) núm. 261/2004].

B) TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias que mencionan los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil.—Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.º) de 21 de noviembre de 2008 y de 24 de noviembre de 2008. *Vid.* la Sección «Jurisprudencia nacional».

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.—STS (Sala de lo Civil, Sección 1.º), de 15 octubre de 2008.—En el supuesto, se reclamaba responsabilidad civil por el contagio de hepatitis vírica consecuencia de la administración de un fármaco; el tribunal no contempla la aplicación de la Ley 22/1994, de 6 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985,

sobre responsabilidad civil por daños ocasionados por productos defectuosos, pues los hechos que dieron lugar a la demanda tuvieron lugar antes de su entrada en vigor.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.—STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 7 de noviembre de 2008.—En relación con los daños sufridos por la falta de funcionamiento del airbag en un supuesto de accidente de circulación, el tribunal considera que sólo puede reducirse la responsabilidad del fabricante por concurrir culpa del perjudicado si la anomalía de funcionamiento del producto se debe a la intervención del sujeto dañado al manipularlo o dañarlo, o si de algún otro modo resta su eficacia.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.—STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 21 de noviembre de 2008.—El tribunal atribuye el daño al uso indebido del producto realizado por su adquirente, pues se trataba de un producto nocivo etiquetado debidamente en sus características de manejo.

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.—STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 19 de febrero de 2009.—En el supuesto, se examina la eventual responsabilidad de Repsol Butano, S.A., por deflagración de una bombona de butano de reserva almacenada en un trastero de la vivienda de la víctima. Considera el tribunal que la sentencia recurrida acude a unos criterios de responsabilidad más allá de lo estrictamente subjetivo para llegar a criterios de responsabilidad por riesgo, fundamentando la condena en una acción distinta de la extracontractual, como es la que resulta de la normativa de los consumidores y usuarios en cuyo artículo 26 establece la responsabilidad de quienes suministran o facilitan servicios a los consumidores o usuarios cuando no se acredite que han cumplido las exigencias reglamentarias y los cuidados exigidos por la naturaleza del servicio, concretando el artículo 28 la responsabilidad por los daños originados por el uso de servicios que por su propia naturaleza o por disposición reglamentaria incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad. Ambos preceptos refuerzan la responsabilidad por el uso y consumo de aquellos bienes y servicios, entre los que se mencionan expresamente los del gas, a cuyo régimen, y no al de la Ley 22/1994, de 6 de junio, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, la sentencia recurrida considera sometido el producto. El tribunal desestima la reclamación de responsabilidad al considerar inadecuado el juicio de imputación objetiva realizado por la Audiencia Provincial. Al respecto señala: «es evidente que aun pudiendo derivar del mismo hecho acciones distintas —extracontractual, contractual y consumidores— (en un exceso normativo, que más que dotar de seguridad al sistema, lo confunde), el efecto dañoso y la causa que lo produce tienen un origen común para el que no es posible ofrecer soluciones no solo distintas sino contradictorias».

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.—STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 4 de marzo de 2009.—A propósito de la responsabilidad civil imputada a Tabacalera (hoy Altadis) por la

viuda e hijos de fallecido por adenocarcinoma de pulmón asociado al consumo de tabaco, considera el tribunal que se trataría de un supuesto de responsabilidad extracontractual; al haberse planteado la demanda transcurridos más de cuatro años desde el fallecimiento del perjudicado, se desestima por prescripción. Al respecto, el tribunal reconoce el carácter discutible de la justificación de la diferencia entre los plazos de prescripción de la responsabilidad contractual y extracontractual en el derecho español. Ello explica soluciones unificadoras del plazo de prescripción como el artículo 12.1 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos en línea con el artículo 10.1 de la Directiva 85/374/CEE. Ahora bien, esta Ley no es aplicable al caso de autos, pues según su disposición transitoria única no será aplicable a la responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos puestos en circulación antes de su entrada en vigor, que se regirá por las disposiciones vigentes en dicho momento.

Responsabilidad profesional.—STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 9 de octubre y de 14 octubre 2008.—El tribunal, para apreciar la posible responsabilidad por negligencia de los auditores frente a los terceros que se relacionen con la sociedad auditada, toma en consideración la Directiva 2006/43/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas.

Ámbito de la responsabilidad extracontractual.—STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 22 de diciembre de 2008.—A propósito de la responsabilidad por vertidos contaminantes, el tribunal se ocupa de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, con mención de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que, en el ámbito del Derecho comunitario, al abordar la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual a los efectos de la aplicación de los reglamentos Roma I y Roma II (subrayando que el concepto de responsabilidad extracontractual es un concepto autónomo a los efectos de la aplicación de los reglamentos comunitarios independiente de los Derechos de los Estados miembros), considera como extracontractual «toda responsabilidad que no se derive o no se haya producido en el marco de una relación libremente establecida entre las partes o por una parte frente a la otra».

Responsabilidad derivada de la confianza legítima.—STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), de 16 de diciembre de 2008.—El tribunal sostiene, a propósito de la responsabilidad por acto legislativo, que la responsabilidad patrimonial no puede sustentarse en la invocación del principio de confianza legítima, el cual no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, y cuya virtualidad se viene restringiendo, incluso en el ámbito del Derecho comunitario, al que se acude para determinar su alcance. Al respecto, el propio Tribunal de Justicia señala que la invocación de dicho principio no puede impedir las nuevas regulaciones hacia el futuro o servir de medio para mantener una determinada situación beneficiosa.

TRUSTS

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN *

La postura de la DGRN ante una fundación panameña de derecho privado: la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 24 de enero de 2008 [RJ 2008/627].

La DGRN ha tenido la ocasión de pronunciarse, mediante resolución de 24 de enero de 2008, sobre la posibilidad de inscribir una figura cercana al *trust* anglosajón aunque menos extraña a nuestra tradición jurídica: la fundación de interés privado. Aunque el derecho civil español no admite con carácter general las fundaciones que persiguen fines de interés particular, éstas sí que existen en otros países europeos, como Liechtenstein, Suiza, Alemania o Italia. Y en nuestro país, algunos de sus objetivos se pueden alcanzar a través de la fiducia continuada, figura de derecho foral regulada por la Compilación Navarra (leyes 293-295) bajo el título «De los herederos de confianza», y con la que se puede crear, *mortis causa*, un patrimonio autónomo afectado de modo duradero al cumplimiento de fines de interés privado (CAMARA LAPUENTE, *La fiducia sucesoria secreta*, Navarra, 1996, pp.1311 ss.).

En el supuesto aquí comentado, «Best Brothers Foundation» es una fundación de interés privado, constituida según el derecho de Panamá y que tiene como objetivo la conservación y administración del patrimonio fundacional, primero en beneficio de los padres de los fundadores y, al fallecimiento de éstos, en beneficio de los propios fundadores.

En Panamá, este tipo de fundaciones se encuentran reguladas por la ley núm. 25, de 12 de junio de 1995, *por la cual se regulan las Fundaciones de Interés Privado*, inspirada en las fundaciones familiares o mixtas de Liechtenstein (*Stiftung*) y en la figura anglosajona del *Trust*, tal y como se encuentra regulada en las legislaciones del Caribe, Jersey y Guernsey. La Fundación panameña de interés privado se utiliza habitualmente como instrumento de planificación familiar o transferencia privada de bienes del fundador a sus beneficiarios o herederos. Otro de sus usos es el de la protección de bienes o activos. La formación de la fundación permite separar ciertos bienes del patrimonio personal del fundador (art. 11 de la ley núm. 25), sin dejar de proteger por ello a sus acreedores. Si el aporte de bienes es fraudulento, los perjudicados tienen tres años para impugnarlo (art.15 de la ley núm. 25).

En este caso, la propia representante de la fundación había donado a la misma varias fincas rústicas radicadas en la Comunidad de Galicia. Presentada la escritura en el Registro, el Registrador deniega la inscripción por considerar que la escritura de constitución de la fundación tiene dos defectos. Uno, insubsanable, pues se trata de una fundación de interés privado; y, un segundo, subsanable, que consiste en no haber acreditado la inscripción de la Fundación en el Registro de Fundaciones competente.

De acuerdo con el artículo 7.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, *de Fundaciones de competencia estatal* (en adelante, LF), las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España

* Prof. contratada Doctor, Universidad de Cantabria.

han de mantener una delegación en territorio español e inscribirse en el Registro de Fundaciones competente, según el ámbito territorial en que desarrolleen principalmente sus actividades. Y para ello, deben acreditar ante el Registro de Fundaciones correspondiente su válida constitución con arreglo a su ley personal, pudiendo denegarse la inscripción cuando los fines no sean de interés general con arreglo al ordenamiento español.

De las dos obligaciones que –*ex art. 7.1 LF.*– han de cumplir las fundaciones extranjeras para ejercer sus actividades en España, el establecimiento de una delegación en nuestro país y la inscripción en el Registro correspondiente, el Registrador sólo discute el cumplimiento de la segunda. De ahí que, en el recurso contra la calificación registral, el Notario autorizante de la escritura centre sus objeciones en que no es necesario que las fundaciones extranjeras se inscriban en el Registro de fundaciones español para poder adquirir bienes en nuestro país: «*(...) en la escritura y en la inscripción debe suprimirse de la denominación de la entidad la palabra “Fundación”, no siendo admisible la nulidad de pleno derecho de la donación, ni que la entidad carezca en España de personalidad jurídica, ni que sea contraria al orden público español, ya que podrá denegarse su inscripción en el Registro de Fundaciones, pero subsiste su personalidad jurídica si ha sido válidamente constituida con arreglo a su Ley personal, y si subsiste su personalidad jurídica es claro que puede adquirir y poseer bienes de todas clases conforme a las Leyes y reglas de su constitución (38 CC) y, en su consecuencia, inscribirlos en el Registro de la Propiedad español».*

La DGRN desestima el recurso. Considera que «*(...) de la propia esencia del derecho –de propiedad– adquirido (de que es sobradamente conocida su característica de perpetuidad) se deriva una clara vocación de estabilidad –por no hablar de permanencia– en lo relativo, por ejemplo, a todas aquellas obligaciones –crecientes dicho sea de paso– que legalmente vengan establecidas por las normas españolas de aplicación territorial y se deriven precisamente (...) de esa finalidad que aparece reseñada en la escritura como propia de la entidad donataria (“...el fin de la fundación es la conservación de los activos y llevar a cabo la administración y gestión del patrimonio asignado...”). Siendo por tanto ineludible ese control previo de legalidad que desembocará, en su caso, en la inscripción en el Registro de Fundaciones correspondiente, sin cumplir tal requisito no cabrá que la escritura otorgada (sobre cuya validez sustantiva este Centro Directivo carece de competencias para pronunciarse) pueda acceder al Registro de la Propiedad».* Añade el Centro Directivo que «*(...) en modo alguno cabe sostener, tal y como hace el notario en su recurso, que aun eliminando la palabra “fundación” de la denominación de la entidad donataria puede inscribirse su adquisición dominical –entre otras razones porque habría que preguntarse en favor de quién–, toda vez que es evidente que ello implicaría la aparición en escena de un sujeto de derecho (y obviamente un titular registral tras la inscripción) diferente del que se consignó en el título presentado, que es al fin y a la postre lo que el registrador califica y, en su caso, accede al Registro (cfr. arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento)».*

Sin duda, no es cometido del Registrador el de recalificar la naturaleza de los sujetos de derecho que otorgan los actos, aunque la función desempeñada por los mismos en el tráfico jurídico se asemeje más a la de otras instituciones españolas que a la acuñada en nuestro derecho con el mismo nombre. Ahora bien, también es indudable que, a diferencia de la inscripción de las fundaciones españolas, la inscripción de las fundaciones extranjeras –aunque

desarrollen habitualmente sus actividades en España– no es a efectos constitutivos. Si la fundación ha sido válidamente constituida con arreglo a su ley personal, su reconocimiento en España no atenta contra nuestro orden público y la entidad no actúa principalmente en España (lo que contravendría el art. 6.1 LF), deberá reconocerse la misma como sujeto de derechos y obligaciones.

En este caso, por una parte el Centro Directivo presupone la válida constitución de la fundación ya que afirma, refiriéndose a Notario y Registrador, que «(...) dichos funcionarios tampoco parecen albergar duda alguna sobre la legal constitución de la entidad donataria a la vista de la legislación panameña que resultaría prima facie aplicable (básicamente la Ley núm. 25 de 12 de junio de 1995, reguladora de las Fundaciones de Interés Privado)». Por otra parte, una entidad constituida con el objetivo de conservar y administrar el patrimonio fundacional, primero en beneficio de los padres de los fundadores y, al fallecimiento de éstos, en beneficio de los propios fundadores, no contraviene, *per se*, ningún principio del orden público español.

No se comparte la afirmación de la DGRN cuando afirma que «los rasgos esenciales de la persona jurídica fundación en el ordenamiento jurídico español», «pueden ser considerados de orden público, básicamente en orden a la aplicación del artículo 12.3 del Código Civil». Aunque el artículo 34 CE reconoce el derecho a coadyuvar a la satisfacción del interés general por medio del establecimiento de fundaciones, ello no implica, a falta de prohibición expresa, que no puedan operar en nuestro país fundaciones familiares extranjeras que desempeñen actividades lícitas. Se les llame o no fundaciones, ya existen figuras en España, como la fiducia continuada aragonesa, que permiten alcanzar los mismos resultados que las fundaciones familiares y nadie pone en entredicho su conformidad con el orden público. Administrar y preservar el patrimonio familiar en beneficio de varias generaciones no es incompatible con los principios vigentes en derecho español. Del mismo modo que tampoco lo es con los principios vigentes en derecho alemán o italiano, donde se admiten tales fundaciones. Salvaguardados, por una parte, los derechos de los legitimarios y los intereses de los acreedores frente a las aportaciones fraudulentas que se hagan al patrimonio fundacional y prohibida, por otra parte, la posibilidad de instaurar vinculaciones más allá del límite de las sustituciones fideicomisarias, sólo cabe erigir la barrera del orden público frente a fundaciones que persigan objetivos ilícitos o que encubran actividades delictivas.

Finalmente, no parece discutirse que la actividad de gestión de interés particular, desarrollada por «*Best Brothers Foundation*», en España, no constituye su actividad principal. Luego tampoco podemos considerar que estamos ante una fundación española defectuosamente constituida. «*Best Brothers Foundation*» es una fundación extranjera, válidamente constituida con arreglo al derecho de Panamá y que desarrolla de forma habitual actividades lícitas en España.

La no inscripción en el Registro de Fundaciones español impedirá, tal y como mantiene la resolución comentada, que la fundación «pueda utilizar tal nombre con propiedad». El artículo 7.3 LF dice expresamente que «*Las fundaciones extranjeras que incumplan los requisitos establecidos en este artículo no podrán utilizar la denominación de Fundación.*» Ello conlleva la imposibilidad de beneficiarse de las especiales ventajas con las que actúan estas entidades, fundamentalmente en el ámbito fiscal y en materia de subvenciones, y la imposibilidad de oponer a terceros los actos sujetos a inscrip-

ción en el Registro de Fundaciones (art. 24 del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal*). Cosa bien distinta es el no reconocimiento de la fundación y la imposibilidad de que ésta actúe en nuestro territorio (María de Prada, Pau Pedrón, Campuzano Díaz, Gardeñes Santiago. *Vid.* Palao Moreno, «Fundaciones extranjeras», en Olavarria Iglesia (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia, 2008, pp. 217-218).

En este sentido –aunque no sea en nuestro caso norma vinculante–, el *Convenio de la Haya sobre el Reconocimiento de la Personalidad Jurídica de Sociedades, Asociaciones y Fundaciones Extranjeras*, de 1 de junio de 1956, ratificado por Bélgica, Francia y Países Bajos y firmado por España y Luxemburgo prevé, expresamente, en su artículo 5 que «*El reconocimiento de la personalidad jurídica (de las sociedades, asociaciones y fundaciones) implicará la capacidad que le confiera la ley en virtud de la cual se adquirió dicha personalidad. Sin embargo, podrán denegarse los derechos que la ley del Estado que reconozca no conceda a las sociedades, asociaciones y fundaciones del tipo correspondiente.*»

No vemos razón alguna para que «Best Brothers Foundation», persona jurídica válidamente constituida con arreglo a su ley personal (art. 9.11 CC), no pueda transmitir o recibir bienes inmuebles radicados en España, ya sea a título oneroso o gratuito. Por lo que respecta a los aspectos jurídico-reales, es cierto que la ley del lugar (art. 10.1 CC), es decir la española, no reconoce las fundaciones españolas de interés privado pero esto no significa que no reconozca las extranjeras cuando éstas hayan sido válidamente constituidas con arreglo a su ley personal, máxime cuando la LF ni siquiera distingue entre fundaciones de países comunitarios y no comunitarios. ¿Debemos entender que las fundaciones de interés privado alemanas, válidamente constituidas con arreglo al Derecho alemán pero no inscritas en el Registro de Fundaciones español, no pueden adquirir bienes en España e inscribir el título adquisitivo en el Registro de la Propiedad?

Es evidente que el reconocimiento debe ir acompañado de la posibilidad de inscribir los bienes en el Registro de la Propiedad (así se entiende, por ejemplo, por lo que respecta a la figura anglosajona del *trust*, en el artículo 12 del *Convenio de la Haya sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento*, de 1.º de julio de 1985). La inscripción no podrá hacerse utilizando la denominación de *Fundación* pero sí la de «Fundación panameña de interés privado» o simplemente la de «Fundación de interés privado».

En Derecho inglés, los fines propios de las fundaciones se desarrollan frecuentemente a través de la figura del *trust*, lo que acarrea problemas cuando los bienes del *trust* se encuentran en España debido al desconocimiento de la figura anglosajona en derecho español. La institución del *trust* plantea, en nuestro ordenamiento jurídico, con carácter previo al problema de su reconocimiento, el de la calificación de la figura y consiguiente determinación de la norma de conflicto aplicable. Vimos en la anterior crónica, publicada en esta Sección, cuáles son las dificultades ocasionadas por la ausencia en DIP español de una norma de conflicto específica en materia de *trust*. Sin embargo, en el supuesto de las fundaciones, la calificación –a la que se supedita como es lógico el reconocimiento– no plantea problema alguno ya que, al tratarse de una persona jurídica, es indudable la aplicación de la ley de la nacionalidad para determinar –*ex art. 9.11 CC*– todo lo relativo a «*capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción*». Aplicada dicha ley (en nuestro caso la panameña) y determinada por el

Notario la válida constitución con arreglo al derecho extranjero (en este caso, así ha sido), el reconocimiento debería encontrar como único límite el del orden público español, en el sentido anteriormente propuesto.

La RDGRN de 24 de enero de 2008 constituye un caso más de recelo ante una institución extranjera, utilizada en ocasiones, es cierto, para alcanzar fines fraudulentos (principalmente en el ámbito fiscal) pero en ningún caso incompatible, por sí misma, con nuestros principios jurídicos o nuestro concepto de orden público. La desconfianza ante las fundaciones familiares es difícilmente conciliable con la necesidad de una mayor iniciativa privada en el cuidado de familiares especialmente vulnerables (discapacitados, menores de edad, ancianos) y con un contexto de sociedad globalizada donde erigir barreras legales, sin que sea realmente necesario, puede ahuyentar a mecenas e inversores hacia países más receptivos.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (octubre 2008-mayo 2009)

HELENA TORROJA MATEU * Y DAVID BONDIA GARCIA **

Asunto Golf de Extremadura, S.A. c. España (demanda núm. 1518/04), sentencia 28 de 8 de enero de 2009.—Artículo 6 del CEDH (derecho al proceso equitativo).

La demandante es una sociedad anónima con sede social en Badajoz. En 1991, en el marco de un proyecto de construcción de un complejo de ocio en Extremadura, solicitó a la *Comisión Regional para la planificación del territorio* que declarase el proyecto como de interés social. La Comisión rechazó esta petición alegando que dicho proyecto prevéía la construcción de diversas viviendas y que por este motivo se apartaba de una finalidad estrechamente turística. La demandante recurrió esta decisión por vía administrativa, siendo confirmada en diversas ocasiones la resolución de la Comisión. Ante esta situación, la empresa Golf Extremadura, S.A. interpuso recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Éste, mediante sentencia de 8 de mayo de 1998, confirmó la decisión de la Comisión.

Posteriormente, la demandante presentó recurso de casación alegando que consideraba que había sido tratado de forma menos favorable que la sociedad G.G.S.A. cuyo proyecto inmobiliario obtuvo la calificación de «interés social». En este sentido, la demandante consideraba que dicho proyecto poseía una finalidad estrechamente idéntica al suyo. Por decisión de 5 de junio de 1998, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura constató la presentación del recurso y le dio traslado al Tribunal Supremo, que lo admitió el 6 de julio de 1999.

En el momento procesal oportuno, la Junta de Extremadura se opuso al recurso y solicitó que se declarara su inadmisión. Sin que la demandante se hubiera beneficiado de la posibilidad de subsanar eventuales errores de forma, mediante sentencia de 3 de julio de 2002 —casi tres años después—, el Tribunal Supremo rechazó finalmente el recurso. El argumento utilizado consistía en una falta de motivación puesto que, tratándose de la impugnación de un acto de la Junta de Extremadura (resolución emanando de un órgano autónomo), el artículo 96.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 establecía la obligación para el demandante en casación de motivar las razones por las que la violación de una regla que no provenía de órganos de las comunidades autónomas habría contribuido de forma

* Profesora Lectora de Derecho Internacional Público de la Universitat de Barcelona.

** Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universitat de Barcelona.

determinante a lesionar sus intereses. De esta forma, el Tribunal Supremo consideró que la demandante había omitido facilitar tal justificación en el momento de presentar el recurso de casación.

En fecha de 16 de junio de 2003, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo al estimar que no podía considerar que la sentencia del Tribunal Supremo contuviera un razonamiento arbitrario o desrazonable que debiera ser corregido.

En su sentencia, el TEDH constata que tanto los hechos originarios del presente caso como los problemas jurídicos que se plantean son idénticos a los del caso *Barrenechea Atucha contra España*, en el que el TEDH estimó la existencia de una violación del artículo 6.1 del CEDH mediante sentencia de 22 de julio de 2008.

En particular, en el presente caso, según el TEDH sería difícil mantener que la forma en la que el recurso de casación de la demandante fue presentado impedía al Tribunal Supremo ejercer su control judicial. En efecto, en la memoria de presentación del recurso de casación, la demandante expuso que el juicio *a quo* se había basado en la aplicabilidad de diversas reglas de carácter estatal, a saber, el artículo 5.4 de la LOPJ, el principio de legalidad reconocido en el artículo 14 de la Constitución, el artículo 38 (libertad de mercado) también de la Constitución, así como los artículos 1249 y 1253 del Código Civil y diversas disposiciones de la ley de defensa de la competencia.

El TEDH toma igualmente en consideración el plazo de más de casi tres años que transcurrió entre la primera decisión declarando el recurso admisible y el pronunciamiento declarando la inadmisibilidad del recurso de casación. El TEDH recuerda igualmente su jurisprudencia establecida en los casos *Beles y otros contra la República Checa* y *Zvolsky y Zvolska contra la República Checa* y a la luz de estas consideraciones estima que la aproximación particularmente estricta y rigurosa del Tribunal Supremo en el caso concreto vulneró la sustancia misma del derecho de la demandante a un tribunal, componente de su derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del CEDH.

Asunto Igual Coll c. España (demanda núm. 37496/04), sentencia de 10 de marzo de 2009.–Artículo 8 del CEDH (derecho a un proceso equitativo).

Mediante sentencia de 5 de septiembre de 2002, después de una audiencia pública en presencia del demandante, el Juzgado de lo Penal núm. 10 de Valencia absolvió al demandante, legalmente separado de la madre de su hijo, del delito de abandono de familia por el impago de la pensión de alimentos fijada en la sentencia de separación. Posteriormente, la Audiencia Provincial de Valencia, ante el recurso de su ex esposa, revocó la sentencia inicial y condenó, al ahora demandante, a la pena de ocho fines de semana de prisión y al pago de las pensiones debidas y las costas del proceso.

Invocando el artículo 24.1 y 2 de la Constitución (derecho al proceso debido y presunción de inocencia), el demandante formuló recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando, entre otros motivos, la ausencia de audiencia pública durante la apelación. En fecha de 14 de abril de 2004, el Tribunal Constitucional rechazó dicho recurso.

En su sentencia, el TEDH recuerda que las modalidades de aplicación del artículo 6 del CEDH a los procedimientos de apelación dependen de las

características del procedimiento que se trate; se debe tener en cuenta en su conjunto el procedimiento interno y la función otorgada a la jurisdicción de apelación en el orden jurídico interno. Cuando una audiencia pública se ha celebrado en primera instancia, la ausencia de debates públicos durante la apelación puede justificarse por las particularidades del procedimiento en cuestión, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación interno, la extensión de los poderes de la jurisdicción de apelación, la forma como los intereses han sido realmente expuestos y protegidos ante ella y, principalmente, la naturaleza de las cuestiones tratadas (*Botten contra Noruega*). De esta forma, ante un tribunal de apelación que goce de plenitud de jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una audiencia pública ni, si esta audiencia ya se ha celebrado, asistir personalmente a los debates (*Golubev contra Rusia*).

No obstante, el TEDH ha declarado reiteradamente que, cuando una instancia de apelación debe conocer sobre los hechos y los fundamentos de derecho de un asunto y estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones sin la apreciación directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado que manifiesta que no ha cometido el acto considerado como infracción (*Dondarini contra San Marino*).

En el presente caso, el TEDH observa que no se ha contestado el hecho que el demandante había sido condenado por la Audiencia Provincial de Valencia sin haber sido escuchado en persona. La extensión del análisis efectuado por la Audiencia Provincial en el presente caso lleva al TEDH a considerar que era necesaria la realización de una audiencia pública. En rigor, la Audiencia Provincial no se limitó a realizar una interpretación en derecho diferente a la del juez *a quo* en cuanto al conjunto de los elementos objetivos, sino que realizó una nueva apreciación de los hechos probados en primera instancia y los reconsideró, cuestión que se extiende más allá de argumentos estrictamente jurídicos. En consecuencia, la jurisdicción de apelación conoció de nuevo el asunto en hecho y en derecho (*Spînu contra Rumanía*).

En las circunstancias particulares de este caso, a saber la absolución del demandante en primera instancia después de celebrarse una audiencia pública –en la que se presentaron diversas pruebas tanto documentales como personales–, el TEDH considera que su condena en apelación ante la Audiencia Provincial, sin ser escuchado personalmente, no fue conforme con las exigencias del debido proceso garantizado por el artículo 6.1 del CEDH.

Asunto Bigaeva c. Grecia (demanda núm. 26713/05), sentencia de 28 de mayo de 2009.—Artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar).

La demandante, Violetta Bigaeva, de nacionalidad rusa, nació en 1970 y en 1993 se estableció en Grecia después de obtener un permiso de trabajo válido hasta el 31 de marzo de 1994. Este permiso fue renovado de forma sucesiva hasta el 5 de julio de 1996. Durante su estancia en Grecia, la demandante aprendió el idioma de este país y, en 1995, fue admitida en la Facultad de Derecho de Atenas. El 21 de agosto de 1996, obtuvo un permiso de estancia en virtud de los estudios universitarios que estaba siguiendo. Este permiso se le renovó anualmente sin interrupción hasta el 30 de junio de 2005. En el 2000, obtuvo una maestría en Derecho y se inscribió posteriormente en un programa de estudios post-universitarios en Derecho internacional. En 2002

obtuvo su diploma de estudios post-universitarios y decidió comenzar un programa de doctorado.

Durante este tiempo, la demandante fue admitida para realizar una pasantía en el Colegio de Abogados de Atenas. Según consta en un certificado, de fecha de 3 de enero de 2007 del Colegio de Abogados de Atenas, la demandante fue admitida como pasante al poseer una maestría de una universidad griega.

Según el Código de la Abogacía griega, la realización de una pasantía reglamentaria de dieciocho meses era una condición *sine qua non* para inscribirse posteriormente en el Colegio de Abogados. En 2002, después de finalizar su pasantía, la demandante solicitó su inscripción para participar en los exámenes para poder colegiarse como abogada. Su demanda fue rechazada alegando que no poseía la nacionalidad griega, condición exigida por el artículo 3 de la ley de la abogacía. La demandante recurrió dicha decisión ante las diversas instancias internas en Grecia.

Ante el TEDH, la demandante alegó que el rechazo de su petición para poder examinarse y posteriormente colegiarse como abogada vulneró su derecho a la vida privada profesional y que la exclusión de los nacionales extranjeros de la profesión de abogado constituía una medida discriminatoria.

El gobierno griego planteó una causa de inadmisibilidad *ratione materiae* puesto que consideraba que la noción de «vida privada» incluía elementos relativos a la identidad de la persona, a su integridad física y moral, a su salud y, en determinadas condiciones, a su vida profesional. En particular, tratándose de su vida profesional, el Gobierno consideraba que toda injerencia en ésta no quedaba cubierta automáticamente por el artículo 8 del CEDH. Afirmaba que, en el caso presente, el artículo 8 no era aplicable puesto que la profesión de abogado era asimilable, según el derecho interno, a una función al servicio del interés público, hecho que justificaba la exclusión de los extranjeros.

En su sentencia, el TEDH recuerda que la «vida privada» es una noción extensa que no se presta a una definición exhaustiva (*Sidabras y Dzautas contra Lituania*). En efecto, el artículo 8 del CEDH protege el derecho al disfrute personal (*K.A. y A.D. contra Bélgica*), ya sea bajo la forma de desarrollo personal (*Christine Goodwin contra el Reino Unido*) o bajo el aspecto de la autonomía personal, que refleja un principio importante subyacente en la interpretación de las garantías del artículo 8 (*Pretty contra el Reino Unido*). Si, de una parte, el TEDH admite que cada uno tiene el derecho a vivir en privado, lejos de toda atención no deseada (*Smirnova contra Rusia*), considera, de otra parte, que sería muy restrictivo limitar la noción de «vida privada» a un «círculo íntimo» en el que cada uno puede desarrollar su vida personal a su gusto y descartar enteramente al mundo exterior de este círculo (*Niemietz contra Alemania*). El artículo 8 garantiza así la «vida privada» en el sentido extenso de la expresión, que comprende el derecho a llevar una «vida privada social», a saber la posibilidad para el individuo de desarrollar su identidad social. Bajo este aspecto, este derecho consagra la posibilidad de estrechar y desarrollar relaciones con los otros (*Campagnano contra Italia*).

Apuntando lo que precede, el TEDH afirma que no hay ninguna razón para considerar que la «vida privada» excluye las actividades profesionales. Las restricciones sobre la vida profesional pueden ser analizadas bajo el prisma del artículo 8 cuando repercutan en la forma en la que el individuo forje su identidad social para el desarrollo de sus relaciones con los otros.

Así, entrando en el fondo del asunto, el TEDH recuerda que el artículo 8 tienen esencialmente por objeto proteger a los individuos contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos. Para conciliarse con el párrafo 2.º del artículo 8, una injerencia en el ejercicio de este derecho debe estar «prevista por ley», justificada por una o varias de las finalidades legítimas establecidas en este párrafo y ser «necesario en una sociedad democrática» (*Vitiello contra Italia*).

Teniendo en cuenta las condiciones que preceden, el TEDH observa que, en las circunstancias del caso, el rechazo a la demanda de participación en los exámenes para la inscripción en el Colegio de Abogados de Atenas constituye, con toda evidencia, una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada de la demandante. Además, el TEDH constata que esta injerencia estaba prevista por ley (artículo 3 del Código de la Abogacía) y perseguía la finalidad legítima de la defensa del orden puesto que pretendía reglamentar el acceso a la abogacía, profesión vinculada a la buena administración de justicia.

El TEDH entra entonces a analizar si la injerencia era «necesaria en una sociedad democrática» en el sentido del artículo 8.2 del CEDH y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla aparecían pertinentes y suficientes. El TEDH constata que inicialmente el Colegio de Abogados de Atenas admitió a la demandante como pasante y que ésta realizó la pasantía reglamentaria necesaria para su inscripción en el Colegio de Abogados. De esta forma, el Colegio de Abogados de Atenas generó en la demandante, de alguna manera, la esperanza de poder participar en el examen final. Por tanto, el centro del problema reside en el hecho que el Colegio de Abogados de Atenas entró en contradicción con su decisión inicial de permitir a la demandante realizar la pasantía y posteriormente no la autorizó a realizar el examen preceptivo para su inscripción. Este Colegio transformó bruscamente la situación profesional de la demandante después de haberla conducido a consagrarse dieciocho meses de su vida a satisfacer la condición de la pasantía reglamentaria. Es decir, la demandante no hubiera tenido ninguna razón de realizar dicha pasantía si el Colegio de Abogados *ab initio* hubiese rechazado su petición.

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, el TEDH constata que este comportamiento por parte de las autoridades competentes tiene una falta de coherencia y de respeto por la persona y la vida profesional de la demandante y, por tanto, se trata de una violación de su derecho a la vida privada en el sentido del artículo 8 del CEDH.

Sin embargo, el TEDH no considera que el hecho de restringir el acceso a la profesión de abogado sólo a los nacionales sea una medida discriminatoria contraria al artículo 14 del CEDH combinado con el artículo 8. El TEDH declara que corresponde a las autoridades nacionales, que disponen de un margen propio de apreciación con respecto a la fijación de las condiciones para el acceso a la profesión de la abogacía, decidir si la nacionalidad griega o la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Europea puede ser una condición requerida en este sentido. La reglamentación vigente, al excluir a los nacionales de terceros Estados del acceso de la profesión de la abogacía, no bastaría por sí sola para ser considerada como una distinción discriminatoria.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

LIDIA ARNAU RAVENTÓS *

STJCE 11 de diciembre de 2008, Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de España.—Recurso por incumplimiento. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 3, apartados 1, 2 y 4, de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. El motivo: haber autorizado un plazo máximo de noventa días para el pago de determinados productos de alimentación y gran consumo sin establecer, como exige el artículo 3, apartado 2, de la Directiva y para el caso de plazos superiores a los 60 días, un tipo de interés obligatorio sustancialmente superior al tipo legal (véase art. 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, en su versión modificada por la Disposición Final Segunda, apartado 1, de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales). A ello se suma haber demorado la entrada en vigor del artículo 17.3 de la Ley 7/1996 hasta el 1 de julio de 2006, infringiendo así el artículo 6.1 de la Directiva que fija como término del plazo para su adaptación al derecho interno el 8 de agosto de 2002 (véase Disposición Transitoria Segunda de la Ley 7/1996, introducida por la Disposición Final Segunda, apartado 2, de la Ley 3/2004). A propósito de lo primero, el Tribunal desestima el recurso al considerar que los requisitos del artículo 3, apartado 2, de la Directiva rigen sólo en defecto de pacto entre las partes sobre el plazo de pago, siendo así que el plazo de que trata el artículo 17 de la Ley 7/1996 exige acuerdo expreso entre los contratantes. En cuanto al segundo motivo, entiende el Tribunal que tampoco asiste la razón a la Comisión: el artículo 17.3 de la Ley 7/1996 no constituye una medida de adaptación del Derecho interno a la Directiva toda vez que, como se ha indicado, ésta regula el plazo para el caso de falta de acuerdo sobre el particular que es, precisamente, el presupuesto del artículo 17.

STJCE 16 de diciembre 2008, Lodewijjk Gysbrechts v. Santurel Inter BVBA.—Petición de decisión prejudicial. Hof van beroep te Gent (Bélgica). Interpretación de los artículos 28 a 30 CE. Se plantea, en esencia, si constituye una infracción de tales preceptos una norma de derecho interno que, a propósito de la transposición de la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en mate-

* Profesora Agregada de Derecho civil de la Universitat de Barcelona.

ria de contratos a distancia, prohíbe exigir al consumidor ningún anticipo ni pago antes de expirar el plazo para desistir del contrato. Entiende el Tribunal que similar medida tiende a reforzar la protección del consumidor y la eficacia del derecho de desistimiento. Y ello constituye un objetivo legítimo de interés general que permite justificar una restricción a la libre circulación de mercancías como la que, en una primera lectura, sugiere aquella prohibición de anticipos. No ocurre lo mismo, sin embargo, con la prohibición de exigir al consumidor el número de la tarjeta de crédito antes de la expiración del plazo para desistir. A juicio del Tribunal similar medida va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo descrito, luego es inapropiada. Y ello porque, en principio, similar prohibición únicamente resulta útil para evitar el riesgo de que el proveedor efectúe el cobro del precio antes de la expiración del plazo de resolución. Y ocurre que, si dicho riesgo se materializa, el comportamiento del proveedor ya infringe la prohibición de pago anticipado.

STJCE 16 de diciembre de 2008, Tietosuojavaltuutettu v. Satakunnan Markkinapörssi Oy.—Petición de decisión prejudicial. Korkein hallinto-oikeus (Finlandia). Interpretación de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. El litigio principal se suscita a propósito de la publicación de extractos de datos públicos de la administración fiscal que revelan el nombre y apellidos de determinadas personas, sus ingresos y otros datos relativos a su patrimonio. La publicación se realiza por orden alfabético, por tipos de rentas y en listas pormenorizadas clasificadas por municipios. En un primer momento aquella divulgación se canaliza a través de las ediciones regionales de un periódico y, en un segundo momento, a través de un sistema de mensajes de texto (SMS). Se plantea si tal actividad constituye, a efectos de la Directiva 95/46/CE, «tratamiento de datos de carácter personal con fines exclusivamente periodísticos». Con carácter previo, el Tribunal matiza que la publicación de datos personales con ánimo de lucro no excluye *a priori* que la actividad se realice con fines exclusivamente periodísticos, que a fin de apreciar esto último no resulta determinante el soporte empleado y que las «actividades periodísticas» no están reservadas a los medios de comunicación. Concluye que la actividad de que trata el litigio podrá considerarse tratamiento de datos de carácter personal con fines exclusivamente periodísticos si su finalidad es, sólo, la de divulgar al público información, opiniones o ideas, siendo esta apreciación competencia del tribunal nacional competente.

STJCE 22 de diciembre de 2008, Friederike Wallentin-Hermann v. Alitalia-Linee Aeree Italiane SpA.—Petición de decisión prejudicial. Handelsgericht Wien (Austria). Interpretación del artículo 5, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. Dicho precepto excusa al transportista de abonar una compensación al usuario si la cancelación obedece a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables. En este contexto, considera el Tribunal que el concepto «circunstancias extraordinarias» no se puede aplicar a un problema técnico surgido en una aeronave que provoque la cancelación del vuelo, a no ser que dicho problema derive de acontecimientos

mientos que, por su naturaleza o por su origen, no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo de que se trate y escapen al control efectivo de dicho transportista. Por lo demás, tampoco resulta un dato adecuado para apreciar la presencia o ausencia de «circunstancias extraordinarias» la frecuencia con que el transportista ha sufrido o sufre problemas técnicos en sus aeronaves. Y tampoco implica que se hayan tomado «todas las medidas razonables» de que habla el artículo 5 de la Directiva el hecho de que se hayan respetado las normas mínimas de mantenimiento de las naves.

STJCE 10 de febrero de 2009, Allianz SpA v. Generali Assicurazioni Generali SpA, y West Tankers Inc.—Petición de decisión prejudicial. House of Lords (Reino Unido). Interpretación del Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se plantea si resulta compatible con dicho Reglamento que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro dicte una orden cominatoria por la que se prohíba a una persona iniciar o proseguir un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro por considerar que tal procedimiento es contrario a un convenio arbitral. El Tribunal resuelve que similar orden resulta incompatible con el Reglamento fundamentalmente por dos razones: en primer lugar, porque con ella dejaría de observarse el principio general que se deduce de la jurisprudencia del Tribunal relativa al Convenio de Bruselas, según la cual cada órgano jurisdiccional ante el que se presenta una demanda determina, por sí solo, y en virtud de las normas que le son aplicables, si es competente para resolver el litigio que se le someta. En segundo lugar, porque si se impidiera al Tribunal ante el que se plantea la demanda examinar la cuestión previa de la validez y aplicabilidad del convenio arbitral, cualquiera de las partes podría sustraerse del procedimiento limitándose a invocar dicho convenio y, de este modo, se impediría al demandante que pretende aquella invalidez o inaplicabilidad el acceso al órgano jurisdiccional estatal competente según el Reglamento.

STJCE 12 de febrero de 2009, Christopher Seagon v. Deko Marty Belgium NV.—Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del artículo 3, apartado 1, del Reglamento núm. 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. Dispone que son competentes para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor presumiéndose, tratándose de personas jurídicas, que dicho centro se sitúa en el lugar de su domicilio social. Siendo ello así, se plantea si según el Reglamento 1346/2000 son competentes internacionalmente, para conocer de una acción revocatoria por insolvencia contra un demandado con domicilio estatutario en un Estado miembro, los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto el procedimiento de insolvencia sobre el patrimonio del deudor. El Tribunal resuelve la cuestión afirmando dicha competencia. A su entender, la concentración de todas las acciones directamente asociadas a la insolvencia de una empresa ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competente para abrir el procedimiento de insolvencia se sigue de la voluntad del legislador y coadyuva a mejorar la eficacia y rapidez de los procedimientos de insolvencia con repercusiones transfronterizas, luego el efecto útil del Reglamento.

STJCE 26 de marzo de 2009, Turgay Semen v. Deutsche Tamoil GmbH.—Petición de decisión prejudicial. Landgericht Hamburg (Alemania). Interpretación del artículo 17 de la Directiva 86/653, 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. A propósito de la indemnización a percibir por el agente tras la terminación del contrato, el apartado 2, letra a), del precepto exige que el pago de dicha indemnización resulte equitativo, habida cuenta de todas las circunstancias y, en particular, de las comisiones que el agente comercial pierda y que resulten de las operaciones con dichos clientes. Se pregunta al Tribunal si resulta compatible con similar disposición que el derecho de un agente comercial a una indemnización quede limitado por el importe de las comisiones perdidas como consecuencia de la terminación del contrato, aunque el valor de las ventajas que siga obteniendo el empresario sea superior. El Tribunal lo niega al tratarse, las comisiones perdidas, sólo de uno de los posibles criterios a considerar por el órgano jurisdiccional ante el que se defiende el derecho a la indemnización. Por lo demás, en el caso de que el comitente pertenezca a un grupo de sociedades, las ventajas obtenidas por las sociedades de dicho grupo no forman parte, en principio, de las ventajas del comitente y, en consecuencia, no deben tenerse en cuenta necesariamente para el cálculo de la indemnización a que tiene derecho el agente comercial.

STJCE 2 de abril de 2009, Marco Gambazzi v. DaimlerChrysler Canada Inc., CIBC Mellon Trust Company.—Petición de decisión prejudicial. Corte d'appello di Milano (Italia). Interpretación del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. La cuestión se plantea, en particular, a propósito del artículo 27.1 del Convenio en cuya virtud las resoluciones dictadas en un Estado miembro no se reconocerán en otro si fueren contrarias al orden público de este último. A su amparo, se pretende que el Tribunal resuelva si, sobre la base de la cláusula de orden público, el juez del Estado requerido puede tener en cuenta el hecho de que el juez del Estado de origen se haya pronunciado sobre las pretensiones del demandante sin haber previamente oído al demandado que fue excluido del procedimiento por no haber cumplido determinadas obligaciones impuestas mediante una resolución adoptada con anterioridad en el marco del mismo procedimiento. Planteada así la cuestión, recuerda el Tribunal que sólo cabe recurrir a la cláusula de orden público en aquellos casos en que la resolución dictada en un Estado choque de manera inaceptable con el ordenamiento del Estado requerido. Tratándose de una resolución dictada habiéndose negado el derecho de defensa al demandado, corresponde al juez del Estado requerido valorar aquella incompatibilidad si bien, para ello, debe considerar el procedimiento en su integridad y todas sus circunstancias; así, por ejemplo, si el demandado tuvo la oportunidad de exponer sus alegaciones antes de su exclusión del procedimiento o si le asistió la posibilidad efectiva de impugnar la medida adoptada.

STJCE 23 de abril de 2009, Draka NK Cables Ltd, AB Sandvik International, VO Sembodja BV, Parc Healthcare International Ltd v. Omnipol Ltd.—Petición de decisión prejudicial. Hof van Cassatie (Bélgica). Interpretación del artículo 43, apartado 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. Se plantea si el precepto, que establece que la resolución sobre la solicitud de ejecución podrá ser recurrida por cualquiera de las partes, puede interpretarse en el sentido de permitir que un acreedor del deudor pueda interponer un recurso contra una resolución sobre una solicitud de ejecución, siendo así que que dicho acreedor no ha intervenido formalmente en el litigio en el que otro ha solicitado dicha declaración de ejecución. El Tribunal resuelve que similar facultad se reserva sólo a las partes demandante y demandada. Se sirve para ello de la interpretación dada por el propio Tribunal a los artículos 36 y 40 del Convenio de Bruselas, interpretación válida también para el Reglamento núm. 44/2001 en la medida en que las disposiciones a interpretar puedan calificarse de equivalentes. Siendo ello así, resulta que aquellos preceptos permitían a ambas partes recurrir la resolución de ejecución. Ello equivale al contenido del artículo 43, apartado 1, del Reglamento, que habría reagrupado en una sola disposición lo que en el Convenio se dispersaba en dos.

STJCE 23 de abril de 2009, VTB-VAB NV v. Total Belgium NV, Galatea BVBA v. Sanoma Magazines Belgium NV.—Petición de decisión prejudicial. Rechtbank van Koophandel te Antwerpen (Bélgica). Interpretación del artículo 49 de la Directiva 2005/29, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Se plantea si resulta contraria a la Directiva una norma nacional que prohíbe la oferta conjunta de un vendedor a un consumidor, siendo así que tal práctica se prohíbe con independencia de las circunstancias del caso y, en particular, de la influencia que la oferta concreta pueda tener sobre el consumidor medio. Por «oferta conjunta», la norma en cuestión (el artículo 54 Ley del Parlamento belga, de 14 de julio de 1991, relativa a las prácticas comerciales y a la protección del consumidor) entiende aquella oferta de adquisición, a título oneroso o gratuito, de un producto, servicio o ventajas, que aparece vinculada a la adquisición de otros productos o servicios. Con carácter previo, el Tribunal estima que las ofertas conjuntas constituyen actos comerciales perfectamente subsumibles en la definición que el artículo 2, letra d) de la Directiva ofrece del concepto de «práctica comercial»; de ahí, la aplicación de la Directiva al caso. En segundo lugar, el Tribunal recuerda que la Directiva establece reglas uniformes relativas a las prácticas comerciales desleales de las empresas con consumidores, de forma que lleva a cabo una armonización completa a escala comunitaria sin que sea posible adoptar, por parte de los Estados miembros, normas más restrictivas. Siendo ello así, las ofertas conjuntas sólo pueden prohibirse, por desleales, si obedecen a alguno de los criterios que enumera el artículo 5 de la Directiva que, en ningún caso, atribuye aquel carácter a las ofertas conjuntas por el simple hecho de serlo (así, no aparecen en el listado del Anexo I de la Directiva).

STJCE 23 de abril de 2009, Luigi Scarpelli v. NEOS Banca SpA.—Petición de decisión prejudicial. Tribunale di Bergamo (Italia). Interpretación del artículo 11, apartado 2, de la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo. El precepto contempla la posibilidad, sujeta a determinados requisitos, de reclamar contra el prestamista en caso de falta de suministro o de suministro defectuoso de los bienes o servicios contratados. Se pregunta si dicha disposición debe interpretarse en el sentido de que el acuerdo entre el vende-

dor y la entidad financiera, en virtud de la cual dicho prestamista sólo podrá conceder crédito a los clientes de dicho proveedor, también constituye un presupuesto necesario del derecho del consumidor a dirigirse contra el prestamista en caso de incumplimiento del vendedor. El Tribunal entiende que supeditar el recurso del consumidor contra el prestamista a la existencia de una cláusula de exclusividad se opone al objetivo de la Directiva 87/102, que es, en primera instancia, proteger al consumidor como contratante débil (véase, sin embargo, el artículo 11.2, b).

STJCE 28 de abril de 2008, Meletis Apostolides v. David Charles Orams, Linda Elisabeth Orams.—Petición de decisión prejudicial. Court of Appeal (Reino Unido). Interpretación 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. Se plantean diversas cuestiones a propósito del Reglamento: en primer lugar, se pregunta si el hecho de que una resolución haya sido dictada por un tribunal de un Estado miembro respecto de un inmueble sito en una zona del mismo en la que el Gobierno no tiene un control efectivo puede infringir la regla de competencia prevista en el artículo 22, número 1, del Reglamento (que contempla la competencia en materia de derechos reales inmobiliarios) y, en consecuencia, justificar la denegación del reconocimiento o ejecución de dicha resolución. El Tribunal lo niega tras advertir que el precepto se limita a establecer la competencia judicial internacional de los Estados miembros y no la competencia judicial interna de éstos. En segundo lugar, se pregunta si la circunstancia de que una resolución dictada por los tribunales de un Estado miembro respecto a un inmueble sito en una zona no controlada, no pueda ser efectivamente ejecutada, constituye un motivo de denegación de su reconocimiento y ejecución al amparo del artículo 34, apartado 1, del Reglamento, relativo a la cláusula de orden público. Entiende el Tribunal que ello sólo es posible si la resolución choca de manera inaceptable con el ordenamiento del Estado requerido, no siendo suficiente a estos efectos, por tanto, el mero hecho de referirse a un inmueble situado en zona no controlada. Sin embargo, esta circunstancia sí puede resultar relevante a efectos del artículo 38, apartado 1, del Reglamento. Se deduce de su tenor que el carácter ejecutorio de la resolución judicial en el Estado miembro de origen constituye un requisito para la ejecución de la misma en el Estado requerido. En tercer lugar, se pregunta si, al amparo del artículo 34, apartado 2, del Reglamento, puede denegarse el reconocimiento o ejecución de una sentencia dictada en rebeldía debido a que la cédula de emplazamiento no se ha entregado al demandado de forma regular y con tiempo suficiente para poder defenderse, siendo así, sin embargo, que el demandado ha podido interponer un recurso contra dicha resolución ante los tribunales del Estado miembro de origen y así lo ha hecho. Estima el Tribunal que, en estas circunstancias, no se ha vulnerado el derecho de defensa toda vez que se ha facilitado el recurso al demandado y éste ha hecho uso efectivamente a él. No procede, pues, desestimar el reconocimiento.

STJCE 7 de mayo de 2009, College van burgemeester en wethouders van Rotterdam v. E. E. Rijkeboer.—Petición de decisión prejudicial. Raad van State (Países Bajos). Interpretación del artículo 12, letra a), de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. El

precepto obliga a los Estados miembros a garantizar un derecho de acceso a la información sobre los destinatarios o categorías de destinatarios a quienes se comunican los datos y el contenido de la información comunicada, no sólo para el presente, sino también para el pasado. Corresponde a los Estados miembros fijar un plazo de conservación de dicha información, así como el acceso a ésta, guardando el justo equilibrio entre, por un lado, el interés del afectado en proteger su intimidad y, por otro, la carga que la obligación de dicha información puede representar para el responsable del tratamiento. Siendo ello así, una normativa que limita la conservación de la información sobre los destinatarios y contenido de la información transmitida, al período de un año, no constituye un justo equilibrio a menos que pueda demostrarse que un período de conservación más largo constituiría una carga excesiva para el responsable del tratamiento. Esta valoración corresponde al juez nacional.

STJCE 14 de mayo de 2009, Rante Ilsinger v. Martin Dreschers.— Petición de decisión prejudicial. Oberlandesgericht Wien (Austria). Interpretación del artículo 15, apartado 1, letra c), 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. Se pregunta, básicamente, si resulta aplicable el Reglamento a la acción judicial a través de la cual el consumidor puede reclamar judicialmente a una empresa de venta por correspondencia un premio aparentemente ganado, no vinculado a la adquisición de otros bienes. El Tribunal recalca que el artículo 15 sólo se aplica en aquellos casos en que la acción judicial deriva de un contrato entre consumidor y profesional. Y, a estos efectos, es necesario que al menos una de las partes se obligue jurídicamente frente a la otra, a través de una oferta en firme, suficientemente clara e inequívoca, respecto al objeto y contenido del negocio. Estima el Tribunal que esta exigencia sólo puede considerarse cumplida cuando, ante una promesa de premio, la empresa vendedora adquiera una obligación jurídica o, de otro modo, haya expresado claramente su voluntad de obligarse en caso de que exista aceptación por la otra parte. Y apreciar si concurre o no este requisito corresponde al órgano jurisdiccional remitente.

Jurisprudencia Nacional (octubre 2008 a abril 2009)

MIRIAM ANDERSON *

TRIBUNAL SUPREMO

Cláusulas abusivas: cuestión prejudicial

STS (Sala Civil) de 20 de octubre de 2008 (JUR 2008/387488).—Ponente: José Ramón Ferrández Gabriel. La Sala acuerda plantear ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas las siguientes cuestiones prejudiciales: <1.º) ¿El artículo 8 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, debe ser entendido en el sentido de que un Estado miembro puede establecer, en su legislación y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas que excluye de dicho control el artículo 4.2 de la misma Directiva?; 2.º) En consecuencia, ¿el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, puesto en relación con el artículo 8 de la misma, impide a un Estado miembro establecer en su ordenamiento, y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a “la definición del objeto principal del contrato” o “a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida”, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible?; 3.º) ¿Sería compatible con los artículos 2, 3.1.g) y 4.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea una interpretación de los artículos 8 y 4.2 de la antes citada Directiva que permita a un Estado miembro un control judicial del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por los consumidores y redactadas de manera clara y comprensible, que definan el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida?»

Propiedad Industrial

STS (Sala Civil) de 12 de noviembre de 2008 (RJ 2009/139).—Ponente: Francisco Marín Castán. Se admite el recurso por el interés casacional derivado de la ampliación del ámbito territorial en que se estima que se produce el agotamiento de la marca, que en el artículo 36.1 de la Ley de Marcas de 2001 se extiende al Espacio Económico Europeo, por contraste con lo que

* Profesora Agregada de Derecho civil de la Universitat de Barcelona.

ocurría al amparo del artículo 32 de la Ley de Marcas de 1988, que se refería a España. FJ 3.º: «Pues bien, si la jurisprudencia de esta Sala, representada por las citadas sentencias de 28 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 8718), 20 de diciembre de 2005, 29 de noviembre de 2006 y 23 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2317), ya interpretó el artículo 32.1 de la Ley de Marcas de 1988, de acuerdo con la directiva 89/104/CEE y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en el sentido de que el titular de la marca no podía prohibir la comercialización en España de productos genuinos previamente comercializados con su consentimiento no sólo en España sino también en otros territorios comprendidos en el Espacio Económico Europeo, aunque sí de los productos genuinos previamente comercializados fuera del tal Espacio, no cabe duda de que esta misma interpretación corresponde aún con más claridad al artículo 36.1 de la Ley de Marcas de 2001, pues la referencia a España se ha sustituido ya por la que explícitamente se hace al Espacio Económico Europeo.—Esta mayor claridad del artículo 36.1 de la Ley de Marcas de 2001, en cuanto despeja cualquier duda al respecto, se señaló ya por la citada sentencia de 23 de marzo de 2007, aun cuando versara sobre un caso al que era aplicable el artículo 32.1 de la Ley de Marcas de 1988, se ha reafirmado por la sentencia de 20 de octubre último (rec. 2707/02 [RJ 2008, 5780]), también sobre un caso al que era aplicable el artículo 32.1 de la Ley de Marcas de 1988, y, en fin, tiene que reiterarse ahora, ya sobre un caso al que sí es aplicable el artículo 36.1 de la Ley de Marcas de 2001. En definitiva, y siguiendo lo que se declara en la sentencia de 20 de octubre, que precisamente casa la de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia citada en su apoyo por la hoy recurrente en el inadmitido primer motivo, el titular del derecho de marca no puede oponerse a la importación o a la comercialización de un producto genuino con su marca que haya sido comercializado en el Espacio Económico Europeo por él mismo o con su consentimiento, pero sí a la comercialización en España de un producto genuino de su marca previamente comercializado con su consentimiento fuera del Espacio Económico Europeo, cual es el caso de las prendas Ralph Lauren del litigio causante de este recurso de casación.» Respecto de la concurrencia o no de consentimiento, en el FJ 4.º se afirma que: «[...] la ya citada sentencia de esta Sala de 29 de noviembre de 2006 trató del consentimiento del titular de la marca para la comercialización en el Espacio Económico Europeo de los productos designados con su marca. Y siguiendo la doctrina de las sentencias del TJCE de 20 de noviembre de 2001 (TJCE 2001, 313) en los casos “Davidoff”, declaró que si bien dicho consentimiento podía ser tácito, éste había de resultar de elementos o circunstancias anteriores, concomitantes o posteriores a la comercialización fuera del EEE que, apreciados por el juez nacional, revelasen “con certeza la renuncia del titular a su derecho de oponerse a la comercialización en el EEE”; que el consentimiento debía expresarse positivamente; y en fin, que correspondía a quien invocara la existencia de consentimiento aportar la prueba correspondiente “y no al titular de la marca acreditar la falta de consentimiento”.—Pues bien, lo declarado entonces por esta Sala en relación con el consentimiento a que se refería el artículo 32.1 de la Ley de Marcas de 1988 debe ratificarse ahora en relación con el consentimiento a que se refiere el artículo 36.1 de la Ley de Marcas de 2001, y por ello en modo alguno puede entenderse infringido este último precepto por la sentencia recurrida, que en definitiva viene a considerar insuficientemente reveladores de un consentimiento tácito los elementos señalados al respecto por la demandada-recurrente.»

STS (Sala Civil) de 19 de diciembre de 2008 (RJ 2009/24).—Ponente: Jesús Corbal Fernández. Marcas. Se rechazan las pretensiones del recurso en que se solicitaba que se declarase procedente la llamada prescripción por tolerancia recogida en el artículo 9.1 de la Directiva 89/104/CE, por no contemplarla la Ley 13/1988, de Marcas, aplicable al caso; se reitera la jurisprudencia que entiende inaplicables las Directivas en las relaciones horizontales y se estima impertinente forzar la letra de la Ley de 1988 para proceder a la «interpretación conforme». Igualmente, se estima innecesario plantear una cuestión prejudicial (FJ 2.º).

Propiedad intelectual

STS (Sala Civil) de 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009/163).—Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Cláusulas abusivas por discriminatorias. El TS confirma la sentencia apelada, que había estimado nulas las cláusulas que fijaban, en un contrato celebrado entre la SGAE y un productor individual, una remuneración que excedía en un 37 por 100 la establecida en contratos celebrados con asociaciones representativas del sector. Se estima que esta práctica, además de contravenir el principio de igualdad, infringe lo establecido en el artículo 157 LPI y, al tratarse de un contrato de adhesión, debe ser integrado aplicando las tarifas pactadas por la SGAE en otros contratos del mismo tipo. Según el TS (FJ 3.º): «[...] el establecimiento de tarifas más gravosas para los productores individuales que para aquellos que se presentan como asociados, en la medida en que, por una parte, se imponga con carácter unilateral que haga imposible o muy difícil una real negociación y, por otra parte, tenga carácter discriminatorio y, por ello, contrario al principio de igualdad, debe considerarse que conculca el mandato de racionabilidad contenido en el artículo 157 a) LPI y, por ende, determina la nulidad de las cláusulas contratuales que vulneran de este modo los límites impuestos por la ley al principio de autonomía de la voluntad, a los que se refiere expresamente el artículo 1256 CC [...]».

STS (Sala Civil) de 26 de enero de 2009 (RJ 2009/1273).—Ponente: José Almagro Nosete. Retransmisión de señales televisivas en habitaciones de hotel. Se aplica una vez más la doctrina sentada por la STS de 16 de abril de 2007. En el FJ 2.º se puede leer que: «[...] La cuestión jurídica suscitada en este recurso, relativa a si la señal televisiva emitida por los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles es o no, a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, acto de comunicación pública que genera derecho de indemnización a los titulares de los derechos reconocidos en la Ley, ha sido resuelta recientemente por la Sentencia del Pleno de esta Sala, de fecha 16 de abril de 2007 (RJ 2007, 3780). Dicha Sentencia se adecuó a la necesaria armonización y unificación de la interpretación jurisprudencial del artículo 20.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual al Derecho Comunitario, tras el pronunciamiento realizado al respecto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Sentencia de fecha 7 de diciembre de 2006 (TJCE 2006, 354), en la cuestión prejudicial C-306/05 (SGAE/ Rafael Hoteles), tomando en consideración esta Sala la interpretación jurisprudencial del Tribunal de Justicia al ser plenamente aplicable a la norma interna. En igual sentido se pronunciaron las Sentencias de Pleno de 15 de enero de 2008 (RJ 2008, 205) y de 10 de julio de 2008 (RJ 2008, 3358).» Igualmente, la sentencia reconoce la legitimación individual de la entidad

que representa a los productores y resuelve la cuestión de las tarifas aplicables por años anteriores.

Principios del derecho europeo de los contratos y principios UNIDROIT

STS (Sala Civil) de 3 de diciembre de 2008 (RJ 2009/525).—PONENTE: Encarnación Roca Trías. Calificación de un incumplimiento como esencial, empleando los textos de referencia, FJ 3.º: «Ante un incumplimiento de este tipo, la jurisprudencia ha venido entendiendo, si bien no de una forma lineal, que los incumplimientos esenciales o sustanciales permiten la resolución del contrato o exigir el cumplimiento (art. 1124.2 CC). Aunque una tendencia jurisprudencial haya exigido lo que se ha calificado como "voluntad deliberadamente rebelde del deudor", sentencias recientes han introducido criterios más matizados para determinar cuándo se produce un caso de incumplimiento, por el hecho de la frustración del fin del contrato, "sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando [...] que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte" [SSTS 18 octubre 2004 (RJ 2004, 6571), 3 marzo 2005 (RJ 2005, 4731) y 20 septiembre 2005 (RJ 2006, 8401) y 31 octubre 2006 (RJ 2006, 8405), entre otras]. Modernamente, los textos internacionales relativos a obligaciones y contratos han recogido una línea, fundada en el derecho inglés, que se resume diciendo que una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial (art. 7.3.1 de los Principios sobre los Contratos Comerciales internacionales, UNIDROIT), y se considera que es esencial si priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato, o bien, "si otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento efectivo de la otra". Este principio se repite en el artículo 8.101 (1) de los Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL), que en el artículo 8.103 recoge los supuestos del incumplimiento esencial, entre los cuales se encuentran los casos en que la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato, o bien si el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato. Reglas parecidas se encuentran en vigor en España a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 y ratificada por España en 1991; en su artículo 49.1, al tratar del incumplimiento del vendedor, se dice que se podrá resolver cuando esta conducta constituya "un incumplimiento esencial del contrato" [SSTS 5 abril (RJ 2006, 1921) y 22 diciembre 2006 (RJ 2007, 304)].» En un sentido muy parecido a la anterior, en la STS (Sala Civil) de 30 octubre de 2008 (RJ 2008, 5806), de la que fue ponente Juan Antonio Xiol Ríos, se afirma que (FJ 3.º): «El criterio recogido en una disposición internacional de carácter convencional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y reflejado también en un documento en que se formulan jurídicamente los principios que integran la llamada *lex mercatoria* (Ley comercial) comunes a los distintos ordenamientos, en cuanto reflejan y pretende ordenar, con el propósito de elaborar normas uniformes, la práctica seguida en relaciones comerciales que superan el ámbito estatal, debe servirnos para integrar el artículo 1124 CC siguiendo el mandato de interpretarlo con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica». Igualmente, apela a los PECL como texto inter-

pretativo de lo que puede considerarse incumplimiento contractual resolutivo, la STS (Sala Civil) de 17 diciembre de 2008 (RJ 2009, 675), de la que fue ponente Encarnación Roca Trias, FJ 3.º: «Utilizando a estos efectos, como ya ha ocurrido en otras sentencias de esta Sala [SSTS de 10-10-2005 (RJ 2005, 8576), 4-4-2006 (RJ 2006, 5312), 20-7-2006 (RJ 2006, 4738), 31-10-2006 (RJ 2006, 7122), 22-12-2006 (RJ 2007, 307) y 20-7-2007 (RJ 2007, 4694)], el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código Civil.»

Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil

STS (Sala Civil) de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2009/144).—Ponente: José Antonio Seijas Quintana. La Sala alude a los estándares de conducta establecidos en los Principios para confirmar la aplicabilidad de la responsabilidad prevista en el artículo 1902 CC al caso enjuiciado (explosión causada por el uso doméstico de insecticida para uso profesional). FJ 2.º: «En segundo lugar, el reproche culpabilístico es obvio que ha de referirse a un comportamiento no conforme a los cánones o estándares de conducta establecidos, citados en las sentencias de 6 de marzo (RJ 2007, 1534), 17 de julio (RJ 2007, 4895) y 10 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6813), como integrantes de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, y que vienen referidos a unos patrones de conducta exigibles a todos (persona razonable), en función la naturaleza y valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la previsibilidad del daño, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la relación de proximidad o de la especial confianza de las personas implicadas y la disponibilidad y coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos.

STS (Sala Civil) de 24 de noviembre (RJ 2008/6061).—Ponente: Encarnación Roca Trías. La Sala confirma la sentencia apelada, que había condenado a la Compañía Metropolitana de Madrid a indemnizar a un pasajero.—vinculada a ella, por tanto, en virtud de un contrato de transporte.—por las lesiones sufridas a raíz del ataque de dos desconocidos. Siendo así que el Reglamento de Viajeros de la referida entidad extiende su responsabilidad a garantizar la utilización del servicio en condiciones de seguridad, se entiende que no es suficiente haber contratado los servicios de empresas de seguridad para dar por cumplida la obligación. En el FJ 3.º se razona que: «Estando atribuida la responsabilidad relativa a la seguridad a Metro de Madrid, ésta no puede exonerarse por el simple hecho de la contratación de una empresa de seguridad, puesto que la responsable del incumplimiento frente al usuario es quien presta el servicio de transporte. En cierto sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha venido aplicando esta regla en aquellos casos en que el cumplimiento de la obligación frente al contratante ha sido confiada a un tercero por quien debe cumplir el contrato, de modo que esto no elimina la responsabilidad, porque deben cumplirse ciertos deberes de diligencia y cuidado que no quedan excluidos por el hecho de confiar la ejecución del contrato a terceros. En definitiva, existe un nivel general de diligencia, que se proyecta en la elección del contratista, pudiendo surgir esta obligación bien por una culpa *in eligendo*, o por una incorrecta supervisión. Existe lo que la doctrina denomina “deberes no delegables”, entre los que se encuentra el deber de diligencia en la elección del contratista, cuyo incumplimiento originará la obligación de indemnizar. [SSTS 12 julio 2005 y 4 diciembre 2007 (RJ 2008, 51) y las allí

citadas]. Esta regla está incluida en los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, cuando en el artículo 8.107 se dice que "la parte que confíe el cumplimiento del contrato a un tercero, sigue siendo responsable del cumplimiento", porque, en definitiva, como afirma la sentencia de 4 diciembre 2007, en un caso de responsabilidad de una compañía aseguradora por el servicio prestado por un sanatorio que tenía contratado, "[...] La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio"».

STS (Sala Civil) de 2 marzo de 2009 (JUR 2009/169946).—Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Se acude a los criterios de cercanía y del fin de protección de la norma infringida para determinar que no hubo responsabilidad del Registrador que practicó indebidamente una anotación preventiva de demanda, carente de trascendencia real. Según el FJ 3.º: «En el caso examinado se observa que los criterios de imputación objetiva aplicables no autorizan a imputar al registrador el daño producido, no obstante la negligencia en la que incurrió: a) Aplicando el criterio de cercanía entre la actividad dañosa y sus efectos [reconocido jurisprudencial y científicamente; ver-bigracia, en el art. 3:201 a) de los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil, PETL] se aprecia que el daño producido, ligado a la falta de eficacia de la anotación preventiva, tiene una relación no inmediata con el error de calificación por parte del registrador. Sólo de manera refleja puede afirmarse que la práctica de la inscripción de la anotación preventiva fue la causa de la frustración de la finalidad del asiento, ya que para ello es necesario dar por supuesto que la reacción a la denegación —en principio en virtud de un defecto insubsanable, puesto que la demanda aparecía como dotada exclusivamente de naturaleza obligacional— hubiera determinado el inicio de una cadena causal que terminase necesariamente con la expedición de un nuevo mandamiento en las debidas condiciones, cuando en la realidad su desenvolvimiento dependía de factores diversos y de la intervención de diferentes profesionales. [...] c) Aplicando el criterio del fin de protección de la norma infringida [reconocido también en sede jurisprudencial y científica: PETL, artículo 3:201 c)], se advierte que el deber de calificación del registrador no tiene como objeto principal y directo evitar los perjuicios que puede padecer quien obtiene con arreglo a sus deseos la protección registral aparente de un derecho no susceptible de dicha protección, sino evitar los perjuicios en el tráfico jurídico que puede originar a los titulares de otros derechos el ingreso indebido en el Registro de derechos que no pueden gozar de protección registral, entre otras razones, por carecer de naturaleza real.» Esta sentencia, no obstante, contiene el voto particular de José Almagro Nosete, quien estima que el registrador debió haber sido condenado a la correspondiente indemnización.

Seguro obligatorio de vehículos

STS (Sala Civil) de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2008/5888).—Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Se estima que los familiares del conductor fallecido, interviniente con carácter exclusivo en el accidente de circulación y tomador del seguro de suscripción obligatoria, en su condición de perjudicados, carecen de derecho a la indemnización con cargo al seguro de suscripción obligatoria. Ello vendría confirmado también desde el punto de vista del Derecho

europeo (FJ 3.º): «d) Desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea no puede ampararse una distinta conclusión hermenéutica, pues el artículo 3 de la Directiva 84/5/CEE atribuye a los familiares, entre otros del conductor, un derecho a la cobertura de los “daños corporales por ellos sufridos”, expresión que alude indiscutiblemente al concepto de víctima, y no de simple perjudicado reflejo; y el artículo 1 de la Directiva 90/232/CEE contempla igualmente la cobertura de la responsabilidad sobre los “daños corporales de todos los ocupantes”, centrando una vez más la cobertura en las “víctimas” (no aparece el concepto de perjudicado) del siniestro por haber sufrido “daños corporales”. A ellas, como ha quedado razonado, no se pueden equiparar las personas que sufren daños o perjuicios derivados del fallecimiento del conductor, que no son daños corporales, sino daños o perjuicios derivados del daño corporal. e) La sentencia de 14 de diciembre de 2000 (TJCE 2000, 196) de la Sala Quinta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas afirma que los terceros perjudicados en un siniestro no pueden ser excluidos del beneficio de seguro obligatorio de automóviles, pero delimita su conclusión en el sentido de que la obligación de los Estados miembros de cubrir los daños causados a los ocupantes familiares el tomador de seguro o del conductor únicamente se produce “si el Derecho nacional de un Estado miembro impone la cobertura obligatoria de los daños corporales causados a terceros ocupantes transportados gratuitamente”, de donde se infiere que sólo son los daños corporales causados directamente a los familiares del conductor aquellos a los que se refiere la cobertura obligatoria en el caso de darse la condición establecida, y no los daños o perjuicios derivados, que no tienen el carácter de daños corporales.»

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Cláusulas abusivas: control en ejecución de laudo arbitral

AAP Madrid (Sección 20.º) de 16 de enero de 2009 (JUR 2009/180007).—Ponente: Purificación Martínez Montero de Espinosa. Se aplica, una vez más, el criterio mantenido a partir de 2007, que permite que el juez analice, cuando se solicita la ejecución de un laudo arbitral, la validez del convenio arbitral, a la vista de la normativa de protección de los consumidores y de la jurisprudencia comunitaria al respecto. En el caso enjuiciado, se deniega la ejecución, por nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje, que aparece impresa en el contrato de suscripción de servicios de telefonía móvil, sin haber sido negociada individualmente, lo que restringe los derechos del consumidor a acudir a la jurisdicción ordinaria o a una institución arbitral como la de consumo, que ofrece, según la sentencia, mayores garantías de imparcialidad. En el mismo sentido, AAP Madrid (Sección 20.º), de 16 de enero de 2009 (JUR 2009/180007), con la misma ponente. Esta cuestión viene resuelta actualmente en el artículo 57.4 RDL 1/2007, de 16 de noviembre, que incorpora lo establecido en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, en el sentido de considerar nulas las cláusulas de sumisión a arbitrajes distintos del de consumo salvo que se pacten una vez surgida la controversia. En una línea más matizada, que se apoya, además, en el hecho de no ser consumidor el trabajador autónomo que contrató en su día el respectivo servicio de telefonía móvil, pero cuestionando la tacha de parcialidad que las sentencias

mentionadas imputan a ciertas instituciones arbitrales distintas a las de consumo, puede verse el AAP Madrid (Sección 21.^a) de 10 de diciembre de 2008 (AC 2009/123), del que fue ponente Ramón Belo González, en que se revocó la decisión de primera instancia que denegaba el despacho de la ejecución.

Defensa de la competencia

SAP Madrid (Sección 28.^a) de 13 de octubre de 2008 (AC 2009/171).—Ponente: Enrique García García. Contrato de distribución en exclusiva entre REPSOL y una empresa gestora de una determinada estación de servicio. La sentencia analiza la categoría del agente «no genuino», que se entiende vigente pese a los últimos desarrollos comunitarios en la materia; la legalidad comunitaria de la fijación de precios máximos u orientativos de venta al público de carburantes por parte del comitente, y las repercusiones de la entrada en vigor del Reglamento 2790/99, que fija el límite temporal de 5 años a los contratos de distribución en exclusiva. La AP toma en consideración distintas Comunicaciones de la Comisión, pero cuidándose de advertir que su fuerza es muy distinta a la de las normas directamente aplicables. Se tiene en cuenta, también, la influencia de la Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006 en el asunto COMP/B-1/38.348-REPSOL CPP. Las prácticas enjuiciadas son consideradas conforme a derecho.

SAP Madrid (Sección 28.^a) de 23 de enero de 2009 (JUR 2009/101005).—Ponente: Enrique García García. Contrato de suministro y distribución entre GALP y una empresa gestora de una determinada estación de servicio. Se analiza en primer lugar, a la luz de la jurisprudencia del TJCE y de las Comunicaciones de la Comisión, la posibilidad de que los acuerdos colusorios, relativos a la fijación de precios, puedan ser considerados contrarios al artículo 81 del Tratado Constitutivo, pese a desarrollarse la actividad en el seno de un solo Estado; el tribunal se inclina por la afirmativa. En cambio, a la vista de las condiciones del mercado petrolífero en España, y teniendo en cuenta de nuevo la jurisprudencia del TJCE, se estima que un acuerdo restrictivo de la competencia celebrado por un proveedor cuya cuota de participación en el mercado relevante no supera el umbral mínimo del 5 por 100 no afecta significativamente a la competencia (Comunicación de 22 de diciembre de 2001). En el FJ 5.^o se afirma que: «Aunque es cierto que la función de los tribunales ordinarios al aplicar el Derecho de la competencia es la protección de los derechos e intereses individuales y no el interés general del mercado (en este sentido, Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo núm. 631/2006, de 22 junio (RJ 2006, 4712), antes citada), también lo es que, como ya ha señalado este tribunal en otros precedentes [sentencia de la sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de junio de 2007 (JUR 2007, 210499)], no puede existir una "protección autónoma" a través del Derecho europeo de la competencia (artículos 81 y 82 TCE y Derecho derivado) de tales derechos e intereses legítimos, reales o supuestos, de los particulares afectados por tales conductas, que no tome en consideración la concurrencia necesaria del requisito de la afectación del comercio intracomunitario. Si tal afectación no se produce, los particulares afectados podrán intentar la protección de sus derechos e intereses a través de otros medios (normas sobre competencia desleal, sobre condiciones generales de la contratación, disciplina clásica de la nulidad contractual por defectos en los requisitos del contrato, etc.), para el caso de que la conducta impugnada sea ilícita conforme a otras normas jurídicas, pero carecen de protección en base

al Derecho europeo de la competencia, para cuya aplicación es competente esta Sala y en el que se basa la acción objeto del litigio, y que exige como requisito de aplicabilidad el de afectación sensible del comercio intracomunitario.» Al entrar a analizar si hubo un acuerdo de fijación de precios, puesto que ello representaría una grave quiebra a la libre competencia, con independencia de la cuota de mercado que controle el proveedor, entiende que no hay fijación de precios de venta al público, puesto que el distribuidor puede reducirlos, disminuyendo su margen de beneficios; no obstante, el tribunal se ve en la necesidad de especificar que el contrato en cuestión debe ser interpretado justamente en este sentido.

Garantías en las ventas de bienes de consumo

SAP Granada (Sección 3.^a) de 31 de octubre de 2008 (AC 2008/2105).—Ponente: José Requena Paredes. En primera instancia se condenó a la parte demandada por los graves defectos que afectaban al vehículo adquirido por el actor. La demandada reiteró en apelación la falta de legitimación pasiva, por no ser el vehículo vendido de su propiedad, sino de su administrador mancomunado, que se habría excedido en sus facultades representativas. La AP confirma la legitimación de la demandada, por entender que (FJ 2.^º): «[...] el derecho a reembolsarse de la totalidad de los gastos de reparación que hubo de afrontar ante las anomalías y vicios de la cosa transmitida no puede ceder a pretexto de una falta de titularidad meramente registral u oficial que no consta que sea real o de hecho. Fue la sociedad, que administra ese mero titular de derecho, la que vendió el vehículo; la que lo tenía a su disposición y la que lo entregó y cobró el precio pactado como culminación a un contrato celebrado en su propio establecimiento. En la documentación aportada consta el sello de la sociedad al recibir la entrega del precio. El otro administrador mancomunado es el que firma la garantía del vehículo en un documento, de nuevo, con sello y membrete de la sociedad. Es la sociedad la que remite las piezas a reponer en el taller en reparación y, frente a toda esta realidad, de actos propios y concluyentes, la sociedad trata de desentenderse transcurrido año y medio, alegando en juicio que ninguna obligación le incumbe, a título social, para responder de los graves vicios ocultos del vehículo como tampoco a su representante legal, por estar excluidas las personas físicas, no profesionales en el sector de la venta de vehículos usados, del marco de garantías prevista en la ley.—El motivo sucumbe sin paliativos al resultar aplicable, en todo caso, el artículo 1.721 del C.C, sin perjuicio de las acciones internas que la sociedad puede formular contra ese administrador a cuyas relaciones internas es inmune la sociedad actora por lo que procede, sin más, la confirmación de la sentencia que es plenamente ajustada a derecho».

SAP Granada (Sección 3.^a) de 21 de noviembre de 2008 (JUR 2009/60612).—Ponente: Klaus Jochen Albiez Dorhmann. Concepto de bien de consumo: animales de compañía. Por lo inusuales —y, a juicio de quien suscribe esta noticia jurisprudencial, generalmente acertadas— que son las afirmaciones contenidas en esta sentencia, se reproduce de manera prácticamente íntegra su FJ 1.^º, en el que se practica una interpretación correctora importante de los preceptos aplicables y se ejemplifica la subsistencia del sistema civil interno, pese a la transposición de la Directiva 99/44: «A los efectos interpretativos del artículo 2 de la citada Ley, puede acudirse a la definición que la Directiva 1999/44 / CE, de 25 de mayo, sobre determinados

aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. En concreto, el artículo 1.2 b) define como bien de consumo cualquier bien mueble corpóreo. Es verdad que la Directiva y la Ley están pensadas para bienes fabricados de naturaleza duradera que pueden tener algún defecto. Pero nada excluye que la venta de animales de compañía esté sujeta a esta Ley. Ni las partes litigantes ni el Juzgador de instancia se han planteado en ningún momento cuál es el actual marco normativo de una compraventa que tiene por objeto un animal de compañía. Puede sorprender la complejidad normativa para un supuesto tan normal, pero son las consecuencias de un Derecho que busca la protección de los consumidores.–Dándose los requisitos –subjetivo y objetivo–, la venta del perro, de raza pinscher, por parte de la empresa Iudara, representada en los autos por D.^a Gloria, a favor de D.^a Victoria , está sujeta al principio de conformidad (art. 3), de modo que si la compradora no está conforme con el perro que se le entrega, puede utilizar los remedios que concede esta Ley especial. La disconformidad de la compradora se debe a que el perro fue entregado, según alegaciones suyas en la demanda del juicio verbal, en unas condiciones deplorables –delgadez, vientre abultado, heces de consistencia blanda, con una fuerte anemia, infecciones– que hizo necesaria la intervención de un veterinario al día siguiente de su entrega. Según la actora, hubo con anterioridad conversaciones con la empresa vendedora, sin que hubiera una solución. Lo cierto es que el perro padecía estas anomalías y enfermedades antes de la entrega. Como es lógico, [a] la compradora no le quedó más remedio que acudir a un veterinario para ayudar así al pobre perro. Ninguna ley se puede aplicar con automatismo. Se hace esta observación, puesto que, en principio, la Ley 23/2003 vedaba que el comprador pudea por su cuenta curar el perro recurriendo a un veterinario. Conforme al artículo 5.1 de la citada Ley, el consumidor puede optar entre exigir la reparación (en el caso, sanar el perro) o la sustitución (cambiar el perro por otro con idénticas características). No obstante, el consumidor hizo lo correcto en ese momento. Ello no le priva, pues, [de] hacer uso de la acción de rebaja del precio. En consecuencia, esta Sala hace una interpretación correctora del artículo 5 de la mentada Ley, ya que sólo, en defecto de la acción de reparación o sustitución, cabe pedir la rebaja de precio. El artículo 8 establece unos criterios para la rebaja del precio. El precio medio de un perro de la raza pinscher vale, según una lista de precios aportada con la demanda, 350 €. La actora, sin embargo, pagó 480 €, por lo que pide que se le rebaje en 130 € el precio. Dispone el artículo 7 que la rebaja del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el bien hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el bien efectivamente entregado tenía en el momento de dicha entrega. Conforme a estos criterios, está más que justificada la rebaja solicitada.– La rebaja del precio no excluye la indemnización por los perjuicios que haya sufrido la consumidora por la entrega de un perro enfermo. El régimen jurídico de la indemnización por daños y perjuicios no viene articulado en la Ley 23/2003, debiéndose estar, conforme a la DA Única a la legislación civil y mercantil. Los problemas que plantea esta remisión a legislación civil y mercantil afortunadamente no afectan al caso de autos, en el que simplemente se deniega la fuerza probatoria a la factura del veterinario y al examen clínico aportados con la demanda. Es, pues, sólo una cuestión de prueba. [...] Por otra parte, la empresa vendedora tenía la disponibilidad probatoria (art. 217.6 LEC) de aportar la cartilla de vacunación sanitaria y otras pruebas para demostrar que el perro en el momento de la entrega estaba en perfectas condiciones. Cabe

señalar que no es de aplicación el artículo 26 LGDCU (vigente en ese momento), ya que, al remitirse la Ley 23/2003, a la legislación civil y mercantil, queda excluida la LGDCU. El Juzgador de instancia, por el contrario, resuelve la litis con base en el artículo 26 LGDCU. Ciertamente, la Ley 23/2003 es menos protecciónista al remitir el régimen jurídico de la responsabilidad civil por daños y perjuicios a la normativa general (básicamente el art. 1101 y ss CC). Pero hay que respetar la voluntad de legislador, aunque a veces, como en este ámbito, resulta no sólo injusto sino también contradictorio, incluso contrario al Derecho comunitario de consumo.—Por último, queda por analizar la indemnización de 80 € por no reunir el perro los requisitos necesarios para ser un perro de “pedigree”. No consta en los autos que se hubiera pactado el que el perro cumpliera esta condición. El mero hecho de que en el anuncio de la empresa se dice que se vende animales de pedigree, no es suficiente que esta característica añadida forme parte de la oferta del contrato concertado con la actora (cfr. artículo 8 LGDCU)».

Principios del Derecho europeo de los contratos

SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a) de 1 de octubre de 2008 (JUR 2009/53378).—Ponente: Pablo José Moscoso Torres. La AP hace referencia a los PECL (en concreto, al art 4:109) al analizar si concurre dolo en el abogado de la parte demandante en el pleito, por haber actuado aquel en beneficio de sus propios intereses, defraudando de este modo la confianza generada por la relación existente con su cliente o bien si, con independencia de la concurrencia de vicio de la voluntad, puede permitirse la rescisión del contrato en cuestión (FJ 4.^º, 6.^º y 7.^º). Por distintas razones, no se estima ninguno de los motivos del recurso.

Propiedad industrial

SAP Madrid (Sección 28.^a) de 23 de octubre de 2008 (AC 2009/47).—Ponente: Alberto Arribas Hernández. Se rechaza el recurso en el sentido de entender que no incurre en la prohibición absoluta reflejada en los artículos 5 y 51.1 de la Ley de Marcas (prohibición de marcas que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que puedan servir en el comercio para designar la procedencia geográfica del producto o de la prestación del servicio) el registro de la expresión «Riaño» para un establecimiento de restauración. Para ello, se acude a la doctrina sentada por el TJCE en un buen número de resoluciones, siendo la más reciente de las que se citan la sentencia de 14 de junio de 2007 (TJCE 2007, 164) (asunto EUROPIG).

SAP Alicante (Sección 8.^a), de 4 de febrero de 2009 (JUR 2009/192120).—Ponente: Enrique García-Chamón Cervera. Marca comunitaria: notoriedad. Se acude a la jurisprudencia del TJCE para establecer los criterios con los cuales determinar el carácter notorio de una marca (STJCE de 14 de septiembre de 1999.—General Motors Corporation/Yplon, S.A. y Sentencia del Pleno del TJCE de 22 de junio de 1999.—Lloyd/Klijzen; vid.. también SAP Alicante (Sección 8.^a), de 23 de enero de 2009 (JUR 2009/193083), del mismo ponente y SAP Madrid (Sección 28.^a) de 23 de octubre de 2008 (AC 2009/47), que se acaba de citar), así como para afirmar que el ámbito territorial exigido para la notoriedad de una marca no es el de toda la Unión Europea sino que, según la STJCE de 22 de noviembre de 2007, basta con que la marca anterior sea notoriamente conocida en todo

el territorio del Estado miembro de registro o en una parte sustancial de éste. Todo ello, en aplicación también del principio de unidad de la marca comunitaria (art. 1.2 RMC) (FJ 3.º).

Propiedad intelectual

SAP Asturias (Sección 1.ª) de 4 diciembre de 2009 (JUR 2009/59846).—Ponente: Javier Anton Guijarro. Se rechaza la demanda interpuesta por la SGAE para el cobro de la tarifa correspondiente a un negocio de alquiler de grabaciones audiovisuales, por considerarla inequitativa, al aparecer calculada en función de la superficie del establecimiento, siendo así que este criterio de cálculo «[...] podría tener sentido en aquellos supuestos en los que la capacidad de aforo del local aparezca como un método para determinar el ámbito de la comunicación pública de las obras protegidas. Sin embargo, en el caso de autos aparece totalmente desligado del grado de explotación del derecho objeto de cesión o transferencia a que arriba hacíamos referencia, pues no atisbamos a encontrar qué tipo de relación proporcional puede guardar la mayor o menor superficie del establecimiento con el volumen de grabaciones audiovisuales disponibles y menos aún con el número de alquileres que de tales soportes lleva a cabo la demandada» (FJ 3.º).

SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 13 de enero de 2009 (JUR 2009/174710).—Ponente: Luis Garrido Espá. Ante la reclamación por parte de las entidades de gestión de productores de fonogramas y de artistas e intérpretes del pago de las correspondientes tarifas por la utilización de fonogramas en un local destinado a la celebración de bodas y banquetes, la demandada reconviene alegando la nulidad de las tarifas establecidas por dichas entidades, por ser inequitativas, al no estar directamente vinculadas al efectivo uso o comunicación pública del repertorio gestionado por las entidades actoras. En primera instancia, se dio la razón a la demandada, procediéndose a la correspondiente declaración de nulidad. El problema que se plantea es que, practicada tal declaración, no hay tarifas supletorias a las que acudir mientras se negocia una nueva forma de remuneración y los usuarios deberían tener derecho a utilizar los fonogramas a cambio de una compensación económica en todo momento. La AP, no obstante, no soluciona esta cuestión, puesto que revoca la declaración de nulidad de las tarifas, al entender que el sistema de «tarifa plana» (cuota mensual, por contraste a los supuestos de auto-liquidación) ahorra costes, se apoya en bases objetivas (como el número de comensales que es capaz de acoger el local demandado) y no da lugar a resultados cuantitativos desproporcionados. En sentido parecido y por el mismo ponente, SAP Barcelona (Sección 15.ª) de 12 de enero de 2009 (JUR 2009/174771).

Libros sobre Derecho Privado Europeo. Recensiones

**DÍAZ ROMERO, María del Rosario; DOMÍNGUEZ LOZANO, Pi-
lar; GARCÍA GREWE, Cristina et al. (coords.): *Derecho privado
europeo: estado actual y perspectivas de futuro (Jornadas en la Univer-
sidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007)*, Madrid,
Comunidad Autónoma de Madrid, Universidad Autónoma de
Madrid, Thomson/Civitas, 2008. 500 pp. ISBN 978-84-470-3103-0.**

El presente volumen es, como en su propio subtítulo se indica, el resultado editorial de un congreso celebrado en Madrid a finales de 2007 en torno a la problemática del proceso de armonización del Derecho privado en Europa en el momento actual¹ (o, al menos, en la medida en que puede utilizarse dicho adjetivo en un campo en el que nunca puede tenerse la certeza de haber dicho la última palabra, dada la celeridad con que se producen los cambios y aparecen las novedades: de hecho, cuando se celebró dicho congreso aún se estaba aprobando el Tratado de Lisboa y todavía no se había presentado el borrador de Marco Común de Referencia, del que tanto se habló y se sigue hablando, según veremos después). En cualquier caso, con independencia de si lo que se trató en dicho congreso y, en consecuencia, lo que aparece reflejado en esa obra es verdaderamente el estado más reciente del desarrollo del Derecho privado en Europa o no, resulta siempre bienvenido un momento de sosiego y un cierto espacio para la reflexión ante el aluvión de los cambios como el que nos ofreció aquel encuentro y hoy nos muestra este volumen. Sólo es de lamentar que en éste último no se encuentren recogidas todas las interesantes aportaciones que allí se ofrecieron públicamente (como las de los profesores Luis Díez-Picazo, Federico Fernández de Buján, Miquel Martí Casals y Francisco Garcimartín Alférez o la del doctor Antonio Pau Pedrón, sobre la convergencia de los sistemas registrales europeos, muy erudita y riquísima de referencias y contenidos) y, sobre todo, los apasionantes debates que las diversas intervenciones (unas más que otras, ciertamente) suscitaron. A cambio, el volumen incorpora algún texto que no fue presentado oralmente en las Jornadas (nos referimos a la contribución del profesor Antonio Fernández de Buján), pero que sin duda coadyuva a enriquecer notablemente la visión del panorama actual del Derecho privado europeo que ofrece el libro.

Éste se compone, en definitiva, de diez trabajos en los que se aborda desde muy variadas perspectivas la temática señalada. Tras una presentación a cargo de Antonio Pau, los artículos aparecen en orden alfabético según el apellido de su autor, pero desde el punto de vista de su contenido pueden agruparse en

¹ *Vid.* crónica de M.^a J. Santos Morón, en ADC, tomo LXI, fasc. III, pp. 1597-1599.

varios bloques. Hay contribuciones (Amarelli, A. Fernández de Buján) que tratan de enmarcar el proceso de armonización (y eventual unificación) del Derecho privado europeo en una perspectiva histórica; otras (Arroyo i Amanyuelas, Leible, Sánchez Lorenzo, Schulze, Perales Viscasillas) se centran específicamente en los proyectos actuales de unificación del Derecho de contratos a nivel europeo y su repercusión en los ordenamientos jurídicos nacionales; otros (Mastroianni, Vidal Olivares), por su parte, afrontan el tema de la unificación internacional del Derecho contractual desde otras ópticas, comunitarias o universales; algún otro (Miquel), en fin, ofrece un enfoque distinto y, si se quiere, «marginal» en este contexto, sobre los procesos de acercamiento entre las legislaciones europeas en relación con una institución particular. Como puede observarse, pues, el libro –a pesar de la preponderancia de los trabajos ligados a los últimos intentos de la Comisión Europea de llevar a cabo un cierto tipo de armonización «centralmente controlada» de los campos del Derecho privado europeo más ligados a una eficaz construcción del mercado interior– propone un tratamiento muy diferenciado del tema central objeto del mismo, que permite al lector hacerse una idea (ciertamente vaporosa, dada la complejidad del fenómeno que se aborda) de las distintas posibilidades que se ofrecen a los operadores jurídicos –y, por ende, a la ciencia jurídica– de ir aproximándose al objetivo, en principio defendido por casi todos, de una mayor armonía entre los ordenamientos jurídico-privados de nuestro continente. Una breve referencia a las ideas sostenidas en cada uno de los trabajos publicados permitirá afianzar aún más este convencimiento.

Comenzando por los trabajos de orden más bien histórico, el profesor de la Universidad «Federico II» de Nápoles Franco Amarelli («Reflexiones contra corriente», pp. 29-47) nos ofrece una visión crítica, no tanto del proceso de armonización o unificación del Derecho (privado) europeo como tal, sino más bien de las posibilidades de la romanística tradicional de hacer alguna aportación positiva al mismo, calificando nada menos que de «cantos de sirena» las propuestas italianas de incorporar a la romanística a una disciplina nueva en la formación de los juristas titulada «Fundamentos del Derecho europeo»²; en coincidencia con el historiador Paolo Grossi, el autor muestra su esceticismo respecto a toda hipotética utilización de los modelos que ofrece la historia jurídica para la construcción del nuevo Derecho europeo, en la medida en que justamente las exigencias de nuestro tiempo de una «tecnología mundializada» resultan del todo nuevas y rompen los esquemas tradicionales que se condensaron en las codificaciones decimonónicas: una apelación a la historia jurídica en clave constructivista resulta, a su juicio, no sólo anacrónica, sino incluso negativa para afrontar debidamente los desafíos a los que esta coyuntura histórica somete al orden jurídico.

Muy distinta es, en cambio, la posición defendida por el otro romanista presente en el volumen, el profesor Antonio Fernández de Buján (UAM), en su artículo titulado «Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: *ius Romanum, ius commune, common law, civil law*» (pp. 159-219). Como en otras muchas de sus obras³, el autor sostiene en su trabajo una cierta visión «aplicativa» de la Historia jurídica (en concreto, del Derecho romano) útil para realizar una aportación constructiva a la edificación del nuevo Derecho

² *Vid.* al respecto, con un enfoque muy distinto, L. Capogrossi Colognesi, «Diritto romano, diritti europei, storia della scienza giuridica e la didattica nelle nostre università», en *BIDR* 40-41 (1998-1999), pp. 743-754; *id.*, «Riflessioni su "i fondamenti del diritto europeo": una occasione da non sprecare», en *Iura* 51 (2000), pp. 1-27.

³ *Vid.* sobre todo, últimamente, su *Derecho privado romano*, Madrid: Iustel, 2008.

privado europeo. Éste se ve insertado como un punto de llegada en el seno de las corrientes del pensamiento jurídico que a lo largo de la historia de Europa, desde el renacimiento jurídico medieval hasta la actualidad, han atravesado los diversos espacios y han desbordado las fronteras territoriales, contribuyendo, al mismo tiempo, a la cristalización de los distintos ordenamientos nacionales en la época de la Codificación. Sin embargo, la era de las codificaciones nacionales en Europa ya ha pasado, y es hora de recuperar la antigua unidad jurídica que constituía el *ius commune*, para lo cual la enseñanza que puede proporcionar la experiencia multisecular del Derecho romano resulta insustituible. A su juicio –que aquí no podemos sino sostener– el Derecho romano puede cumplir un relevante papel como elemento de cohesión e intermediación entre los distintos sistemas y ordenamientos europeos, ya que el sustrato romanista común a la mayor parte de los ordenamientos jurídico-privados nacionales puede y debe suponer un importante referente en la futura armonización o unificación del Derecho privado en Europa⁴.

Pero, según hemos anunciado previamente, el núcleo del libro se concentra en los trabajos referidos a los recientes proyectos académicos unificadores del Derecho europeo de obligaciones. El primero de estos trabajos es el de la profesora Esther Arroyo i Amayuelas (UB), un extenso texto muy documentado y extraordinariamente esclarecedor respecto a los desarrollos más recientes en las propuestas armonizadoras y/o unificadoras del Derecho privado europeo auspiciadas por la Comisión Europea y otras instituciones comunitarias. En concreto, el artículo («La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho contractual comunitario», pp. 49-157) se centra en los trabajos del denominado Acquis Group⁵, fundado, como es bien sabido, en 2002 e integrado por académicos de numerosas Universidades europeas (incluida la propia autora del texto, que, por tanto, puede aportar una cierta «interpretación auténtica» respecto a los fines y producciones del grupo de trabajo en cuestión), con el fin de elaborar una suerte de restatement con principios, reglas y definiciones del vigente Derecho contractual comunitario. El resultado de sus varios años de trabajo se ha plasmado en varias publicaciones⁶, pero, obviamente, su misión no se queda ahí, sino que su objetivo final es realizar una aportación significativa (propiamente, decisiva) a la redacción del llamado Marco Común de Referencia del Derecho contractual europeo, impulsada por la Comisión Europea a partir del su Plan de Acción de 2003⁷. El Acquis Group ha sido, junto con el Study Group on European Civil Code, el principal responsable de la redacción última del proyecto de dicho Marco Común de Referencia (DCFR, en sus siglas

⁴ En sentido similar, con otros argumentos, R. Zimmermann, «Europa und das Römische Recht», en *AcP* 202 (2002), pp. 243-316; id., «Römisches Recht und europäische Kultur», en *JZ* 62 (2007), pp. 1-12.

⁵ Recordemos que su nombre oficial es *Research Group on the Existing EC Private Law*.

⁶ Research Group on the Existing EC Private Law (ed.), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I: Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, München: Sellier, 2007; el segundo volumen (*Contract II: General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*) está próximo a aparecer.

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 15.03.2003: *Un Derecho contractual europeo más coherente-Plan de Acción* (COM [2003] 68 final); vid. asimismo la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 11.10.2004: *Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro* (COM [2004] 651 final).

en inglés), presentado finalmente a la Comisión Europea el 29 de diciembre de 2008⁸, y que ha de servir de base para la elaboración del texto definitivo que deberá ser aprobado por las autoridades comunitarias.

Sobre el sentido, significación y trascendencia de dicho proyecto versan los dos trabajos siguientes que queremos reseñar. El primero corresponde al profesor Stefan Leible (Universidad de Bayreuth), con el título «¿Qué hacemos con el Marco Común de Referencia? Alegato a favor de un instrumento opcional» (pp. 221-249). En él, como su propio título pone suficientemente de manifiesto, el autor se inclina, frente a la imprecisión de las intenciones de la Comisión y el escepticismo de algunos, por la conveniencia de que el texto definitivo de dicho Marco Común de Referencia sirva a su vez como instrumento opcional, es decir, como un texto normativo aplicable al que se puedan sujetar las partes voluntariamente en la regulación de sus relaciones jurídicas, y no sólo al nivel de los negocios transfronterizos, sino también de los internos, y no sólo para los negocios entre empresarios, sino también para los contratos con consumidores, objetivo para el cual dicho documento, a su juicio, debería adoptar la forma jurídica de un Reglamento comunitario, sobre la base normativa del artículo 308 TCE (= 352 TFUE, según la versión dada por el Tratado de Lisboa). Se trata, por tanto, de una posición muy decidida y arriesgada, que contrasta con la moderación y relativo distanciamiento que expresa el otro trabajo al que hemos aludido («Estado actual de los debates sobre el Marco Común de Referencia», pp. 409-428), el del profesor Reiner Schulze (Universidad de Münster), quien se muestra mucho más cauto a la hora de conceder relevancia práctica a tal documento, sobre todo en la versión presentada a la Comisión y aún pendiente de una evaluación definitiva por parte de ésta, que, a su juicio, se aleja de los propósitos inicialmente expuestos por la Comisión y constituye, de hecho, un verdadero proyecto de Código europeo de obligaciones. Como miembro del *Acquis Group*, Schulze se inclina más bien por una vuelta a la idea práctica inicial de dotar a los operadores jurídicos de un Derecho contractual europeo más coherente, claro y simple, para lo cual el proyecto presentado sólo puede ser una primera aproximación, pero que requiere una profunda revisión que no puede ser emprendida únicamente por los científicos, sino que necesita imperiosamente del concurso de la totalidad de la comunidad jurídica europea⁹.

Si este autor se muestra algo escéptico respecto a estos desarrollos más recientes en materia de Derecho privado europeo, su postura podría calificarse de entusiasta si se la compara con la de otro de los colaboradores de este libro, en concreto el profesor Sixto A. Sánchez Lorenzo (Universidad de Granada), quien redunda aquí «Vía y límites a la unificación del Derecho privado europeo: «soft law versus hard law» o «Comisión contra parlamento»», pp. 377-405) en sus conocidas tesis decididamente contrarias a toda clase de

⁸ Edición provisional: Study Group on a European Civil Code/ Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München: Sellier, 2008; ed. revisada, 2009. Una edición completa, en 6 volúmenes, con todos los comentarios y notas de preparación del texto y legislación comparada, está prevista para octubre de 2009. *Vid.* también un comentario en M. Schmidt-Kessel (ed.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, München: Sellier, 2009, resultado de un congreso celebrado en Osnabrück en abril de 2008, donde se hizo una presentación pública del DCFR.

⁹ *Cfr.* asimismo R. SCHULZE, «The Academic Draft of CFR and the EC Contract Law», en id. (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, München: Sellier, 2008, pp. 3-23.

armonización o unificación del Derecho privado europeo de corte reglamentista, incluso a un nivel meramente orientativo¹⁰. Aun sin sostener argumentos tan radicales como los que pudieron oírse en su intervención oral en el congreso que dio origen a este volumen, el autor se muestra netamente opuesto a todo lo que pueda sonar a un «código civil europeo» y, en consecuencia, al presente borrador de MCR, demasiado germanizante para su gusto. El autor aboga por vías de *soft law* para la armonización del Derecho privado europeo, más en la línea de una extensión tradicional de la *lex mercatoria* que de la creación de instrumentos específicamente europeos que contribuirían, a su juicio, más a deformar que a uniformar los Derechos estatales, que son los verdaderamente competentes en esta cuestión.

Por último, dentro de este bloque, haremos referencia al trabajo de la profesora M.ª Pilar Perales Viscasillas (Universidad de La Rioja), que, a diferencia de los anteriores, no se centra en la problemática del MCR, sino que dirige su atención hacia el proyecto anterior, pero de gran influencia en los debates actuales, como son los *Principles on European Contract Law (PECL)* o Principios Lando («Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho Contractual Europeo», pp. 453-500). Mediante un riguroso examen de la jurisprudencia española reciente, la autora demuestra cómo los PECL (y no sólo estos, cabría decir) constituyen un poderoso instrumento de europeización de los Derecho nacionales por la vía sutil de la interpretación tendencialmente armonizada de la normativa estatal por los Tribunales (una práctica a la que estamos acostumbrados sobre todo en la jurisprudencia del TJCE), no sólo mediante su utilización como elemento argumentativo, sino incluso integrador del ordenamiento (lo que, como es lógico, suscita dudas y escándalo en los puristas de la concepción legalista decimonónica aún en gran medida dominante¹¹).

Los dos textos del bloque siguiente afrontan la cuestión desde ópticas bien diferentes. El profesor Roberto Mastroianni (Universidad «Federico II» de Nápoles) realiza un acercamiento a la problemática de la armonización jurídica europea desde la perspectiva del Derecho de consumo («Tutela de los consumidores y Derecho comunitario de la competencia: la contribución a la formación de un Derecho privado europeo», pp. 251-279). En su trabajo demuestra que las normas comunitarias de Derecho de la competencia están funcionando también de hecho como un instrumento eficaz de armonización en materia civil por la vía de su incidencia en la tutela de los consumidores y señala dos aspectos de esta política (la noción de «consumidor final» y lo que se denomina *private antitrust enforcement*, es decir, la regulación de las eventuales acciones de resarcimiento que los ordenamientos nacionales promueven en los conflictos de las empresas que eventualmente hayan incumplido el régimen comunitario de la competencia) que muestran especialmente la exigencia de alcanzar una mayor armonización de los Derechos nacionales y una nueva sistematización del ordenamiento europeo. Queda claro, a su juicio, que un tema central para el Derecho comunitario como es la protección del consumidor conduce a una superación de las tradicionales dicotomías nacional/supranacional (europeo) y civil/mercantil que han caracterizado el desarrollo jurídico de tiempos pretéritos. Por su parte, el profesor Álvaro Vidal Olivares (Universidad Católica de Valparaíso, Chile) vuelve su mirada hacia la CISG

¹⁰ *Vid.* una explicación general de sus posiciones en su obra *Derecho privado europeo*, Granada: Comares, 2002, esp. pp. 279 ss.

¹¹ *Vid.* referencia al debate suscitado en la intervención oral en la crónica del congreso citada *supra* nota 1.

(«La Convención de Viena [CISG] como clave del debate. La visión de un jurista americano», pp. 429-452) y destaca, no sólo su insustituible protagonismo en los sucesivos proyectos de unificación del Derecho europeo de contratos y en las recientes reformas de los códigos nacionales (singularmente, la del BGB), sino también su proyección en ámbitos extraeuropeos, concretamente al caso chileno, llegando a la sorprendente conclusión de que sus reglas probablemente han de tener una mayor incidencia en Latinoamérica por la vía de su recepción en los proyectos unificadores europeos que por su aplicación directa, vista con recelo por los juristas americanos de formación tradicional francesa. Se trata, sin duda, de una interesante observación que hace surgir algunas reflexiones encontradas en cuanto a la autoconsciencia de los juristas europeos con respecto a su propia tradición jurídica.

Precisamente en conexión con esto, antes de cerrar este comentario, no podemos dejar de hacer una breve referencia al trabajo del profesor José María Miquel (UAM), referido a la figura de la reserva de dominio («La reserva de dominio. Referencia al Derecho europeo», pp. 281-376). Texto doctísimo y lleno de conexiones de sentido, como acostumbran a ser los del autor, el artículo se aleja notoriamente del tono general del volumen, ya que ofrece un acercamiento más histórico-dogmático y comparatista que comunitario-funcionalista como encontramos en la mayoría de los otros trabajos, y nos traza una panorámica general de esta importante figura del Derecho de la compraventa desde sus orígenes romanos hasta sus recientes desarrollos en el Derecho comunitario, con sus distintas proyecciones en los ordenamientos nacionales codificados. Su conclusión es que el pacto de reserva de dominio ha sido admitido en los distintos Derechos nacionales como una transmisión del dominio sometida a condición resolutoria, tal como corresponde a su tradición histórica, y en el propio Derecho comunitario se le ha reconocido una destacada función de garantía. Este trabajo, singular en este contexto, es una muestra notoria de las posibilidades de un uso productivo del análisis histórico y la mirada a la tradición jurídica común, que permiten enfocar los problemas de la armonización y/o unificación del Derecho privado europeo desde posiciones mucho más sólidas que las que se desprenden de un puro enfoque funcional y tendente a la adopción de soluciones extrañas aparentemente novedosas pero, en el fondo, descartadas incluso en el curso de una experiencia plurisecular.

Para concluir, sólo nos resta destacar la en general excelente edición del libro, si bien hubiera sido deseable una última revisión de conjunto para unificar criterios de cita, evitar molestas pequeñas erratas de imprenta.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Universidad de Valladolid

PASA, Barbara, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, Jovene, 2008, 496 pp. ISBN 88-243-1837-1.

En la reseña de la presente monografía no puedo por menos que comenzar resaltando que, en mi habitual costumbre de hojear primero el sumario o índice y seguidamente la bibliografía, me sorprendió tanto la brevedad del índice-sumario que, no obstante, permite rápidamente saber qué tratará, como la exhaustiva bibliografía –más de 40 páginas– y, sobre todo, no ya que fuese de autores alemanes, franceses, incluso de los cada vez más presentes

ingleses, y obviamente italianos, sino la abundancia de españoles y, sobre todo, de que estos sean con gran abundancia reconocidos notarios.

No puedo ocultar que siempre he pensado que el contrato en escritura pública, sobre todo en la forma en que se concibe la actuación del notariado latino (a la que dedica especial atención la autora a lo largo de toda la obra) frente al *Notary Public*, tiene dos aspectos claves que justifican la intervención notarial; así, *uno*, ampliamente tratado por la autora, es el de la información a las partes –sobre todo a la más débil– para que den debidamente informadas su consentimiento (especialmente relevante desde la óptica del consumidor y del derecho de desistimiento); y, *el otro*, es que el contrato surte su efecto entre las partes, cualquiera que sea la forma, pero, desde luego, resulta también trascendente la forma pública en razón de la *utilizabilidad y oponibilidad* del contrato entre las partes y frente a los terceros. Reducir el contrato a su mero efecto *inter partes* es desconocer que con el simple contrato ya puede existir el tercero civil. Tercero (civil, hipotecario, mercantil, administrativo) que, por otra parte, no es al que atiende la autora, lo que me parece justificado, pues no puede pretenderse mirar más a un posible e hipotético tercero que a las que ya son parte, es decir, los intervenientes en el contrato.

La obra, como su título anuncia, se centra en cómo y quién puede hacer llegar o controlar que llega la información adecuada a una de las partes, la más necesitada de información o consumidor, y es aquí como se verá a lo largo de la recensión donde se aprecia que la autora pone de relieve la relevancia de la información y la intervención del notario (sobre todo latino frente al anglosajón) lo que le permite hablar de una forma de proceder en la formación del contrato.

El cómo llegará la información a las partes contratantes, en esencia al consumidor (B2C), de manera que el Derecho europeo pueda unificarse, sobre todo, en materia contractual (tan íntimamente relacionada con el fortalecimiento del mercado único europeo, lo que ya de por sí justificaría la unificación frente a otras ramas del Derecho civil), lleva a que la autora comience precisando que la armonización europea encuentra dificultades de terminología jurídica (como dice el derecho es lenguaje), por ello –en el debate doctrinal sobre el derecho privado europeo– interesa no sólo la legislación codificada o especial, sino, también, su aplicación por las instituciones y los operadores jurídicos y económicos, y, al efecto, atribuye *un rol de vanguardia* al notario latino (frente al *Notary Public*), rol que resulta de que su forma de actuar refleja en gran medida la relevancia que se da a la forma del contrato y que, por tanto, el legislador tendrá que optar entre dos polos, el liberal o el social-democrático, al regular el procedimiento de formación del contrato y sus remedios, así como el momento de control de la legalidad, que no podrá ser sino cuando se perfecciona el contrato ante el notario.

El primer capítulo comienza por precisar que no se trata sólo de considerar la función informativa de la forma sino de reformular el sentido de la forma en los contratos (o «*neoformalismo contrattuale*»), sobre todo cuando es contrato con consumidores y desarrollado en el marco de las innovaciones que ha traído la tecnología de la era digital.

Los extremos que considera que deberán tenerse presentes a la hora de legislar son los siguientes:

– *La información*, relevante al formarse el contrato y, también, en el momento de su ejecución. Entiende superada la tesis de KRONMAN (consistente en que la «información costosa» pertenece al que ha hecho una inver-

sión gravosa para obtenerla) sobre la base de la pluralidad de fuentes para obtenerla, la necesaria actuación de buena fe y la imposición *ex lege* de que la información se inserte en el contrato. Ahora bien, la misma complejidad de la información requiere de un aparato restaurador como son las reglas de claridad y comprensibilidad, la interpretación *contra proferentem*, etc.

— *La imagen* o elemento sobre el que se celebra el contrato; desde luego, debe admitirse con la autora que la escritura no puede reducirse únicamente al sentido histórico, pues estamos en la era digital (ADSL, *Web*, *on-line*) con la innegable influencia en la conformación definitiva del contrato; quizás la autora lo centre en exceso en lo que es escritura e imagen, cuando en la práctica también influyen los mecanismos de la era digital en los tratos preliminares, en la misma publicidad que ofrece el vendedor y que puede considerarse como información que conforma el contrato, etc.

— *La inscripción* tomada en el sentido de cómo se documenta el contrato lleva directamente a cómo erróneamente podría pensarse en un declinar de la función del notario con las modernas técnicas digitales; así sería si el notario fuese mero documentalista, lo que, desde luego, el notariado latino no es, y, por el contrario, entiendo, con la autora, que tendrá más relevancia en el futuro su función como profesional cualificado para hacer llegar en términos comprensibles y neutros —respecto de la partes— la cada vez más abundante y compleja información. Además, no puedo sustraerme a compartir con Umberto Eco la imperiosa necesidad de considerar —e incluso regular— cómo y en qué soporte (incluso aun siendo papel: su calidad, la de la misma tinta, etc.) se ha de garantizar la conservación de los documentos (cuálquiera que sea su soporte), no cabe olvidar que incluso al cabo de un siglo todavía se piden copias de documentos, desde luego, de hace medio siglo con gran frecuencia y en tema tan delicado como un testamento.

Hechas las anteriores precisiones sobre la forma pasa a distinguirla de otros sinónimos con los que puede identificarse y entre los que cabe destacar *la escritura* (como superadora de la oralidad y que sirve para estructurar la información, lo que permanece aunque se muten las características del soporte); *el documento* (que a diferencia de la época codicial —con cita de diversos arts., incluidos nuestros arts. 1219, 1221 y 1223 a 1225 CC— no tiene que identificarse necesariamente con texto escrito, aunque sigue conservando su relevancia sobre todo al requerir de *la firma*, concepto éste verdaderamente mutado en la era digital) y *el documento como elemento probatorio* con incidencia no sólo en la firma sino en el mismo concepto, precisa la autora refiriéndose a nuestro Derecho mercantil, de *factor notorio*. El capítulo lo concluye refiriéndose al contrato y la forma telemática, desde luego, con detenida consideración de los distintos soportes y medios de transmisión informática que inciden directamente en la formación de las voluntades contractuales y en la posibilidad de poder controlar que se ha producido una racional formación del contrato.

El segundo capítulo está destinado a la forma contractual, en su sentido tradicional, estudia la tradición formalista y el notariado latino, así como las peculiaridades del derecho inglés y el *Notary Public*, concluyendo con una reconstrucción de la función de la forma. Para lograrlo analiza la oponibilidad del contrato a los terceros, considerando el funcionamiento de los distintos sistemas registrales, alemán, español, francés e italiano y cómo en el *Common Law* al estar basado en la ausencia del acto público (control notarial de la legalidad, cabría decir) y desconocer algo similar al sistema continental de registro inmobiliario y tipicidad de los derechos reales no puede basarse la

garantía de terceros sino en el sistema judicial. Cabe recordar, justo ahora cuando hago la recensión, que este sistema (*recording system*) no es ajeno a la deplorable situación producida por las hipotecas *subprime*.

En este capítulo destaca el estudio que hace del principio de libertad de forma contractual, presente en el Derecho continental, y con él de las condiciones generales de la contratación, para cuya aplicación exige que superen *el test de la congnoscibilidad*; y, en su desarrollo le lleva a aseverar que el formalismo en su proceso de objetivación acaba dando lugar al *principio de conformidad* de marcado carácter procesal. Acto seguido considera la figura del notario latino-germánico en su evolución histórica, forma de actuación y organización y por contraposición la particularidad del Derecho inglés y de su *Notary Public* (en realidad hay varias profesiones «notariales» como son los *solicitors*, *barristers*, *licensed conveyancers* y *notaries*); y, al efecto, destaca como mientras en el Derecho continental se impone la libertad de forma, sin embargo, en el Derecho inglés se produce una bipartición que conlleva una clara diferenciación entre lo que debe o no revestir una forma solemne y, además, junto a que la forma pública no goza de la fuerza probatoria del sistema continental, se distingue entre la forma solemne del *deed* (o *act under seal*), la forma escrita *ad substantiam* y la mera forma escrita para probar el contrato en juicio. La inobservancia, de dichas formas, implica, en orden decreciente, la inexistencia, la nulidad o la mera imposibilidad de ejercitar una acción judicial aunque el derecho que surge del contrato es perfectamente válido.

Este segundo capítulo lo podemos concluir, con la propia autora, afirmando que aunque puede hablarse de renacimiento del formalismo, sin embargo, no lo es en su forma tradicional, sino que *la forma se confunde con el contenido*, por lo que se exige que pueda controlarse el proceso de formación y, por tanto, la forma encuentra una nueva función de control del proceso de formación del contrato.

El tercer capítulo está dedicado a la forma en el Derecho privado europeo y, en concreto, a las fuentes contemporáneas de las reglas sobre la forma, y, al sentido, de las *nuevas formalidades* como elemento de control comunitario europeo de la tutela de los consumidores. Como no puede ser de otro modo se pasa examen a los distintos grupos de profesores que han trabajado o trabajan en la materia (y en las notas a pie de página se reseñan las distintas obras que estudian la materia). Debe resaltarse, como destaca la autora, que el nuevo derecho contractual europeo no puede ser ajeno al *welfarism*, ni a su función de incentivar unos determinados *standars* de comportamiento y de distribución de la riqueza. De la misma forma que como ha hecho la Comisión Europea deberá interrelacionarse el derecho contractual general con la tutela de los consumidores y, desde luego, aquí encontrará nuevo sentido la forma contractual como elemento de control de la protección del consumidor.

Vuelve a reconsiderar, ahora enlazándolo con las Directivas europeas de protección del consumidor y de libertad de mercado, la función informativa de la forma y la necesidad de reconocer el *principio de transparencia contractual* que, aunque no lo recoja explícitamente el legislador comunitario, parece imprescindible. La conclusión es que la forma informativa no será mera formalidad o forma pública, sino elemento determinante del contenido del contrato en razón de la cantidad de información indisponible. Todo ello lo relaciona y funda sobre las diversas Directivas que inciden en la materia, así, crédito al consumo, viajes, cláusulas abusivas, comercio electrónico, comer-

cialización a distancia de servicios financieros, etc., quizás aquí dada la pretensión de que la forma sea el vehículo para la transparencia contractual debería, como creo que se deduce de la palabras de la autora, incidirse en que no se trata de legislar e incrementar el acervo de normas, sino de conseguir que la información pueda llegar al *ciudadano medio europeo informado*. Al día de hoy dudo que pueda lograrse ni siquiera en el informado, quizás sobran tecnicismos que dificultan, o sencillamente impiden, la transparencia y falta mención a las consecuencias previsibles, sobre todo en el mercado financiero. Desde luego que, una vía seria, como apunta la autora, la de la responsabilidad *ex contractu*.

Concluye este penúltimo capítulo, tras realizar un amplio estudio del *acquis* comunitario, con el intento de reconstrucción de la forma en el derecho contractual europeo que consistiría, en esencia, en que debería llevar inherente alguna clara (y cabría añadir fácilmente exigible) forma de sanción al incumplimiento.

Y como, efectivamente, todo podría quedar en meras buenas intenciones en lo que es la función que puede cumplir la forma informativa, en la que reitero considera que deben cumplir una amplia función los notarios, el cuarto y último capítulo lo destina a los remedios o sanciones al incumplimiento que por otra parte, como precisa la autora, el *acquis* no los indica ni los exige a los Estados miembros.

Sobre qué presupuestos deberán actuar los posibles remedios, según la autora, desde luego, los remedios o sanciones deberán estar modulados según la gravedad de la violación y del efecto que se pretendiese conseguir con la forma informativa concreta, o como dice la autora, *los remedios deben ser individuales sobre la base de alguna hipótesis fundamental*.

Y como de resarcir se trata entra de lleno en el problema de la clase de responsabilidad y de determinación del resarcimiento. Para ello deberá tenerse presente si se ha violado gravemente la forma o aunque se haya dado toda la información si esta no es verdadera; hoy, el problema está en que la solución de los diversos ordenamientos estatales no es idéntica o incluso equiparable. Así, podrá ser la nulidad o anulabilidad, la nulidad parcial con integración *ex lege*, la sanción incluso penal o cuando menos administrativa, pero, sea la sanción que sea, cabe coincidir con la autora que, lo que conviene es *el control preventivo* y por ello debe ser aquí cuando la actuación notarial debe encontrar un nuevo rol y ser activa.

Tan activa que la autora propugna un renovado activismo del notariado (el *CiberNotary*) correspondiendo al modelo de notariado latino dicha función dado que a diferencia del *Notary Public* no es un mero certificador sino un jurista y como literalmente concluye –cabe también concluir– que en una prospectiva de *path dependence* el rol del notario latino no puede sino reforzarse en la época actual, es decir, en la digital. En efecto, requerirá de cambio de mentalidad y de forma de actuación para no ser mero depositario de la fe pública sino también, resaltando lo que ya es, *consultor jurídico* que, además, en posición de tercero (independiente) asegure la certeza del derecho. Será, lo dice la autora, «il giudice ma in via preventiva», y no cabe sino compartirlo pues es justo cuando se perfecciona el contrato cuando se debe garantizar la correcta aplicación del derecho, la actuación conforme a la buena fe, etc., es decir, no puede dejarse para un control *ex post* lo que puede ser un control *in actu* por jurista cualificado aunque ello tenga que implicar un nuevo desarrollo legal de la actividad notarial.

Ángel SERRANO DE NICOLÁS
Doctor en Derecho (U. Barcelona)
Notario de Barcelona

REID, K. G. C.; de WAAL, M. J.; ZIMMERMANN, R. (dirs.): *Exploring the Law of Succession. Studies National, Historical and Comparative*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2007, 253 pp. ISBN 978 0 7486 3290 9*.

Por desgracia, no abundan los estudios de Derecho comparado sobre el fenómeno sucesorio y las transmisiones *mortis causa*. En estos momentos de intenso análisis comparado del Derecho de obligaciones y contratos con ocasión del *Common Frame of Reference*, o de estudio de ámbitos –que pueden quedar fuera de ese texto– por parte de grupos consolidados en áreas como el Derecho patrimonial, la responsabilidad civil extracontractual o, incluso, el Derecho de familia, en cambio, el Derecho de sucesiones, como apuntan los editores de este volumen en el prefacio, «ha caído en el abandono» y los «tratamientos comparatistas tal como existen frecuentemente son poco más que resúmenes por países». Es más, en ocasiones, incluso aportaciones valiosas desde un punto de vista nacional y comparativo, no llegan a concitar el suficiente interés editorial y pierden su oportunidad de difusión, como ocurrió, por ejemplo, con las ponencias presentadas al «XVII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado», sobre el tema *New Developments in Succession Law* (Utrecht, 16-22 Julio 2006)», donde once ponencias nacionales y una general quedaron abocadas a la dispersión en volúmenes o revistas diversos o permanecen inéditas.

Quizás esta sequía investigadora comience a paliarse en parte en el contexto europeo cuando, según está previsto, la Unión Europea apruebe en 2009 el «Reglamento sobre Sucesiones y Testamentos» (cfr. Libro Verde, COM(2005) 65 final, de 1 marzo 2005). Aunque esta norma se centra en la armonización del Derecho Internacional Privado y las normas de conflicto, inevitablemente, muchos de los conceptos sustantivos en los que se basa (y define, en alguna ocasión) podrán suscitar un nuevo debate sobre el grado de entendimiento de los diversos sistemas jurídicos y las justificaciones de la disparidad. En cualquier caso, el campo del Derecho sucesorio está necesitado de una profunda revisión, nacional, internacional y comparatista, tanto por los últimos cambios legales (con grandes reformas en países como Francia o los Países Bajos, por citar dos ejemplos, o por los últimos avances sobre derechos humanos y su impacto en el Derecho civil) como por cambios extra- legales (las mutaciones en las relaciones de familia o en las nuevas formas de transmisión de la riqueza).

Por esas razones, es una buena noticia la aparición de este libro, que recoge los resultados de unas jornadas que tuvieron lugar en la Universidad de Stellenbosch en marzo de 2005. Hasta cierto punto, como reconocen los editores del volumen, supone «una extensión al Derecho de sucesiones de trabajo que había sido previamente realizado en los ámbitos del Derecho patrimonial y de obligaciones» en relación con el estudio comparado de los

* Recensión en castellano que es una versión de la publicada en inglés en *European Review of Private Law* 3, 2009, 457-469.

«ordenamientos jurídicos mixtos» de Escocia y Suráfrica, con algunos volúmenes publicados en la misma colección de los «Edinburgh Studies in Law» en que aparece este ejemplar. Por esa razón, su subtítulo, «Estudios de Derecho nacional, histórico y comparativo» es, a la vez, ajustado a la sugerente metodología empleada, con un serio análisis en los tres ámbitos, y algo impreciso por el foco de las jurisdicciones examinadas. De los trece capítulos que componen el libro, uno es un eminent estudio de Derecho comparado a modo de «visión general» (de Waal), otro es un minucioso estudio histórico sobre la legítima en el Derecho romano (Zimmermann), a los que siguen dos capítulos sobre la perspectiva histórica del Derecho sucesorio en Escocia y en Suráfrica (Sellar y du Toit, respectivamente); a continuación, seis capítulos se refieren a aspectos concretos del Derecho sucesorio (el testador anciiano, las condiciones testamentarias, las prohibiciones testamentarias, las sustituciones fideicomisarias, la *conditio si instituto sine liberis decesserit* y los contratos sucesorios) centrados en el Derecho de Escocia o de Suráfrica o de ambos (a cargo de Sonnekus, Chalmers, Pisley, Gretton, Barr and Hutchinson). También se ofrecen dos capítulos con un espectro comparativo más amplio de al menos cuatro sistemas jurídicos (sobre la revocación del testamento por cambio de las circunstancias por Schoeman-Malan y revocabilidad de los testamentos mancomunados a cargo de Braun) y uno más, centrado en el nuevo Derecho neerlandés de sucesiones (van Erp). Como se puede apreciar, la nómina de autores comprende fundamentalmente reputados juristas (y comparatistas) de Escocia y Suráfrica, con sólo tres autores de otras nacionalidades. Hecha esta precisión sobre lo que el lector encontrará en el volumen, es justo reconocer que incluso los capítulos dedicados a un problema concreto en un ordenamiento concreto (Escocia o Suráfrica) contienen valiosos apuntes breves sobre otros sistemas jurídicos y se valen del Derecho comparado para proponer soluciones nuevas en sus respectivos contextos normativos. Al lector melómano y aficionado al Derecho sucesorio, sin duda, le parecerá reconocer las mismas intrincadas melodías de su propia sinfonía nacional tocadas con instrumentos distintos, obteniendo sonoridades novedosas. Y ahí radica buena parte del valor de este libro, pues partiendo de raíces históricas en muchos casos comunes y afrontando los mismos problemas, es muy instructivo comprobar el esfuerzo argumentativo y las soluciones que existen hoy en latitudes tan alejadas. Algunos ejemplos se pondrán ver en esta recensión.

De la nómina de los temas mencionados se puede deducir que el abanico de materias abordadas, sobre todo dentro del contenido de la voluntad testamentaria y de las formas de disponer *mortis causa*, es amplio. Evidentemente, la vastedad del Derecho sucesorio hace difícil un tratamiento completo (por ejemplo, podría pensarse en la ausencia de tratamiento de la sucesión intestada o la incidencia de las donaciones *inter vivos* en la libertad de testar *mortis causa*, esto es, la colación o las llamadas en el mundo del *Common Law* «clawback rules», que tanto preocupan de cara a la elaboración del Reglamento Comunitario antes referido); sin embargo, en muchos de los capítulos del libro (más allá de sus títulos) afloran la mayoría de los problemas más corrientes que el derecho sucesorio plantea en nuestros días, tales como la legítima y el grado de libertad de testar, la posición jurídica del cónyuge viudo y su relación con los derechos de los descendientes, los derechos sucesorios de las parejas de hecho, el éxito de los *will substitutes* (alternativas al testamento) para la transmisión del patrimonio familiar, etc. Buen ejemplo de uno de estos temas bien tratados al hilo de otras cuestio-

nes y, por tanto, algo ocultos entre estas páginas, es la interacción del *trust* en el fenómeno sucesorio (*vid. de Waal*, p. 17-22; *du Toit*, p. 75-77; *Gretton* p. 159-160, etc.); el extendidísimo uso del *trust* para transferir y gestionar el patrimonio en vida o para después de la muerte del disponente sin dejar espacio prácticamente a otras disposiciones testamentarias, explica, por ejemplo, que «en Escocia, especialmente en el siglo xx, las sentencias sobre “puros” asuntos sucesorios (como opuestos a los que tienen que ver con *trusts*) ha sido comparativamente raro» (*Barr*, p. 179).

Como en otras áreas del Derecho, en el Derecho de sucesiones el problema terminológico, a la hora de hacer Derecho comparado, es especialmente agudo. Pero aún más llamativo resulta, como se desprende de diversos pasajes de este libro (en otro rasgo «transversal» que lo adorna) que incluso en lengua inglesa las mismas palabras apelan a nociones completamente distintas según el sistema jurídico en que se emplean, por una parte; y, por otra parte, que el mismo concepto jurídico tiene distinta denominación en inglés según el ordenamiento jurídico en cuestión. Ejemplo de lo primero sería, por ejemplo, «sustitución directa» (i.e. *substitutio vulgaris*, entendida como «sustitución condicional» en el Derecho escocés) o *fideicommissum* y «sustitución fideicomisaria»; ejemplo de lo segundo, la dicotomía propia del Derecho escocés «*moveable succession/ heritage*» (sucesión en bienes muebles/ en inmuebles) vs. «*estate*» [herencia] (más aún, «*moveable*» más que «*movable*») o la distinción nominal entre «*trustor*» (Scotland), «*settlor*» (England) o «*founder*» (South Africa) para el constituyente del *trust*. Sobre estos problemas terminológicos sutiles, pueden verse, especialmente, los apuntes ofrecidos en los capítulos 10 y 11.

En cuanto a las reflexiones vertidas en los concretos capítulos, cabe hacer las siguientes consideraciones. El primer capítulo, «Una visión general comparatista», del prof. Marius J. de Waal supone una versión abreviada y adaptada de su contribución al libro de Reimann/Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. En él se abordan cuestiones fundamentales como el discutido papel de la comparación con vistas a la armonización en este ámbito o su posible limitación si se ciñe a la «micro-comparación». En defensa del papel del Derecho comparado en el Derecho sucesorio repasa varios argumentos que desmienten el supuesto «localismo» o «regionalismo» de esta materia, como el carácter transnacional de muchas sucesiones, la tradición histórica común, los factores sociales y económicos convergentes (tales como la redefinición del concepto de familia, el impacto del incremento de divorcios respecto a testamentos ya otorgados, el cambio de la naturaleza de la riqueza, desde la antigua importancia de la tierra a la predominancia de los bienes financieros y el capital humano, las consecuencias de la mayor longevidad actual de las personas, etc.). A tal efecto, valora algunos de los proyectos académicos más útiles en esta materia, como el libro de L. Garb (ed.) *International Succession*, 2004, o el de M. Ferid and K. Firshing, *Internationales Erbrecht*. A continuación, el prof. de Waal repasa los instrumentos de Derecho internacional privado aplicables al Derecho sucesorio (tanto los no exitosos, como el Convenio de Washington de 1973 sobre el testamento internacional o el Convenio de La Haya de 1973 sobre la administración internacional de herencia, como los exitosos, como el Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las herencias o el Convenio de La Haya de 1985 sobre la Ley aplicable a los *trusts*).

El capítulo concluye analizando tres materias del máximo interés: en primer lugar, la libertad de testar y sus limitaciones, donde el autor explica la

base de la sucesión forzosa en la idea a la solidaridad entre generaciones, de donde infiere que este tipo de sucesión tiene una función alimenticia (lo cual, podría añadirse, sólo es cierto en un sentido amplio pero no técnico en muchos países); según el prof. de Waal, lo que a primera vista parece un amplio golfo que separa a los sistemas de *Civil Law* y *Common Law*, con una inspección más detenida es mucho más estrecho, dada la introducción en este último sistema de reclamaciones de alimentos *post mortem* (las *family provisions* del Derecho inglés) y el actual proceso de revisión de los sistemas legitimarios en los sistemas continentales. En segundo lugar, este capítulo dedica algunas páginas a la explicación del *trust* como institución distintiva del sistema del *Common Law*, dedicando atención a su origen histórico, sus principales rasgos, los diversos modelos (con especial énfasis en el *trust* de los sistemas jurídicos mixtos) y las instituciones similares al *trust* en la Europa continental. En tercer lugar, el capítulo se cierra con algunas consideraciones sobre los varios esquemas existentes, según países, en relación con la transmisión de los bienes del difunto (directa o indirecta por un ejecutor testamentario), la responsabilidad por deudas del finado (limitada o ilimitada) y el papel del albacea según sistemas.

El prof. R. Zimmermann firma el segundo capítulo, titulado «La legítima en el Derecho romano». En él aborda el *punctum pruriens* al que todos los sistemas modernos se enfrentan sobre el balance entre el precepto moral de la solidaridad familiar y el principio de la libertad de testar. Con su habitual destreza en la conexión del más puro y técnico Derecho romano con el Derecho moderno comparado, el autor repasa la evolución de los deberes del testador desde las XII Tablas (450 AC) hasta el Derecho post-clásico romano (en especial, la Novela 115 de 542 DC). El punto de partida lo constituye el reconocimiento del principio de libertad de testar, por el cual, pese a la *actio familiae erciscundae* disponible para los miembros de una comunidad familiar, que podría dividir de forma antieconómica una granja, se reconocía al *pater familias* el poder transferir su propiedad a un solo heredero (mediante cauces formales como la *mancipatio familiae*), procurando a los demás miembros de la comunidad otras vías de independencia personal y económica. El régimen de desheredación –libre, pero sometido a ciertas formalidades– de los *sui heredes* establecido en el *ius civile* fue alterado por el Derecho pretorio, de forma que todos los *liberi* del testador (todos sus descendientes, emancipados o no, instituidos o desheredados) recibían una cuota intestada pretoriana. De esta forma aparece, por primera vez, una porción fija y obligatoria de la herencia, debida a ciertas personas. Sin embargo, esos parientes podían ser desheredados sin causa. El siguiente paso hacia una auténtica legítima se produjo con la introducción de la *querela inofficiosi testamenti* del Derecho romano clásico, de manera que la *exhereditatio* se consideró lícita sólo si castigaba a parientes que se habían comportado inadecuadamente. Aunque la lista de causas para una desheredación legítima no se detallaría hasta la aprobación de la Novela 115, ya en el momento de admitirse la *querela* quedó establecida la distinción entre una «legítima material», que abarcaba también las disposiciones *inter vivos* y la originaria «legítima formal». Las reformas de Justiniano, que a la postre definirían el modelo sobre el que se construyó el *ius commune*, afianzaron el correlato entre los herederos intestados y los titulares de la cuota forzosa (que tenían derecho a un cuarto de su cuota intestada, lo cual, apostilla el prof. Zimmermann, desde una perspectiva actual, supone cierta ausencia de lógica legal), establecieron los efectos de la desheredación injusta, incluida la acción para suplementar la legítima.

ma, además de fijar la cuantía mínima en favor de los hijos y la lista de causas justas de desheredación. El autor de este capítulo hace un balance crítico de estas y otras reglas desde el difícil equilibrio entre principio de libertad de testar y la protección de los parientes más cercanos.

Los capítulos tercero y cuarto de este libro se consagran a una perspectiva histórica del Derecho sucesorio, respectivamente, en Escocia y Sudáfrica. El prof. W. David H. Sellar explica que el Derecho sucesorio escocés previo a la gran reforma operada en 1964 por la *Succession (Scotland) Act* hunde sus raíces en el siglo XIV y sus principales influjos fueron el Derecho feudal, el derecho consuetudinario y las prácticas canónicas, con una influencia menor del Derecho romano (a diferencia del Derecho holandés y surafricano, esta influencia fue sólo terminológica, pero no sustantiva). Antes de la citada reforma de 1964 y durante 600 años, propiamente no había un Derecho de sucesión en Escocia, sino dos, pues la propiedad se dividía en «*heritage*» (todo bien inmueble, «*realty*» en Derecho inglés) y «*moveables*» (bienes muebles, «*personalty*» en Derecho inglés). La sucesión en los inmuebles correspondía al heredero, mientras que la sucesión en los muebles estaba a cargo del «*executor*» o albacea. La sucesión en la tierra no se podía transmitir por testamento hasta 1868, aunque existían diversos mecanismos para hacerlo indirectamente, como el *trust*. Existían incluso algunas restricciones a la transmisión de la «*heritage*» *inter vivos*, como «*the law of deathbed*» (abolido en 1871), que impedía su enajenación por un disponente cercano a la muerte y sin poseer plenamente sus facultades mentales. La sucesión intestada en la «*heritage*» favorecía al hijo mayor. El cónyuge supérstite no era heredero, pero tanto el viudo como la viuda tenían derechos en la herencia del cónyuge, conocidos, respectivamente, como «*terce*» y «*courtesy*», también llamados «*legal rights*» (ejemplos de derechos legitimarios). Las reglas de la sucesión a los bienes muebles permitían más uso de la equidad: aunque estos bienes correspondían a los parientes más próximos, no había regla de primogenitura ni preferencia para los varones, existía la colación *inter heredes*, el derecho exigía la designación de un ejecutor testamentario para administrar y distribuir la herencia, se reconocían derechos legitimarios en favor de hijos y cónyuge del fallecido (actualmente también, con el nombre de «*ius relictæ*» para el cónyuge y «*legitim*» para los hijos). Este capítulo concluye con un breve repaso de las reformas de 1964.

Por su parte, en el análisis del Derecho histórico surafricano, tras un oportuno y escueto repaso de la historia jurídico-política del país y de sus dos principales fuentes de influencia (Derecho romano-holandés –y de ahí el Derecho romano– y Derecho inglés), François du Toit examina en primer lugar los límites legales y jurisprudenciales a la libertad de testar. Tanto la libertad de testar como las restricciones romanas relativas a la porción legítima (asumidas en el Derecho holandés) se introdujeron en el Cabo tras 1652. Sin embargo, la porción legítima resultaba incoherente con la casi absoluta libertad de disposición testamentaria propia del Derecho inglés que fue incorporada a la colonia del Cabo. Por eso se abolieron las reclamaciones basadas en la porción legítima allí y en Natal en la década de 1870 y en las demás nuevas colonias tras 1900; sin embargo, algunas sentencias reconocieron acciones de alimentos contra la herencia en favor de los hijos menores. En cambio, la protección del Derecho romano tardío a la «viuda pobre» no fue recibida en el Derecho romano-holandés, de forma que el Derecho surafricano dejó bastante desatendida la posición del cónyuge supérstite hasta la *Maintenance of Surviving Spouses Act 27 de 1990*; y sólo desde 2005 el Tri-

bunal Constitucional extendió esa protección a los miembros de matrimonios monógamos musulmanes, pero no a cualesquiera otras parejas de hecho duraderas. El capítulo concluye con varias consideraciones sobre la recepción de todo tipo de formas testamentarias hasta la modificación de 1953 (que prima un testamento ológrafo uniforme) y sobre el contenido testamentario, con especial atención al *trust*.

Con el título «La libertad de testar y el testador anciano», el prof. J. C. Sonnekus aborda en el capítulo quinto de forma muy sugerente uno de los problemas más frecuentes en el actual fenómeno sucesorio, como es la capacidad de testar de los testadores ancianos. Ciertamente, aunque el problema se aborda en relación con el Derecho surafricano, el autor se vale de apuntes comparados para realizar algunas propuestas de reforma y plantea ciertas cuestiones que afectan a cualquier ordenamiento. Más de la mitad del capítulo se consagra, en realidad, a diversas cuestiones sobre la sucesión testamentaria en Sudáfrica, como la prioridad de ésta sobre la sucesión intestada, los argumentos en contra de la porción legitimaria, la prohibición de la delegación de la facultad de testar, la pregunta por la validez de un testamento en un medio distinto del escrito (que, provocativamente apoya para sacar fruto de las nuevas tecnologías), la conveniencia de crear un registro centralizado de testamentos (de nuevo con tecnología informática) o la libertad de revocación del testamento. Al hilo de algunas de estas cuestiones se plantean los problemas relacionados con los testadores ancianos o los enfermos. Su tesis central es que el derecho debería intervenir más que en la actualidad ante situaciones como el Alzheimer, la demencia senil o las depresiones (p. 87). En este sentido propone varias reformas, algunas muy novedosas y no exentas de inconvenientes técnicos dignos de debate: que los testadores ancianos y frágiles deberían otorgar el testamento en presencia de médicos que comprueben su estado mental; que se establezca una presunción de que los testadores mayores de 70 años no son capaces de apreciar la naturaleza y efectos de este acto salvo que se pruebe lo contrario; que se fijen medios de revocación o modificación de testamentos de ancianos cuando ya no puedan hacerlo por sí mismos y no se correspondan con su auténtica voluntad (poderes de los curadores, etc.); que se introduzca una suerte de «testamento legal» (como en el Derecho inglés, neerlandés o belga, esto es, un «testamento judicial», más propiamente) por el cual se permita al tribunal otorgar un testamento por cuenta de un testador incapaz o para revocar un testamento anterior.

En el capítulo sexto, J. Chalmers desarrolla los problemas relacionados con las «condiciones testamentarias y el orden público», con especial acento en la comparación del Derecho escocés y surafricano. En él trata de explicar los fundamentos que los tribunales han aducido para distinguir cuándo los intentos del testador por dictar la conducta de sus beneficiarios pueden considerarse *contra bonos mores* y, por tanto, ilegales, y cuándo son lícitos. En este sentido, repasa y rebate diversos argumentos (en ocasiones procedentes del análisis económico del Derecho), como la «falta de oportunidad de negociar» por parte del eventual beneficiario, que no podrá ya persuadir al testador de cambiar su voluntad o la ilicitud de ciertas condiciones por atentar contra derechos fundamentales del beneficiario más que la necesidad de encontrar un equilibrio adecuado entre la libertad de testar y esos derechos. El capítulo concluye examinando críticamente los pronunciamientos judiciales en contra de la validez de las condiciones que restringen el matrimonio (de la esposa, de algún beneficiario), la práctica religiosa de un beneficiario o

la elección de cónyuge en función de su religión, o la forma de vida de otra persona.

En un ámbito cercano se mueve el capítulo séptimo, a cargo del prof. R. R. M. Paisley, cuando trata de las «*forfeiture clauses and events in Scots Law*». Como el autor reconoce, «*'forfeiture*» es un concepto resbaladizo; en este capítulo ese emplea como una cancelación o revocación de un legado a la muerte o tras la muerte del testador. Se examinan varios tipos de «*forfeiture*» o prohibiciones: la exclusión de un beneficiario por una conducta o eventos que ocurrieron antes de la muerte del causante, la dependencia de la liberalidad de una conducta o hechos futuros tras la muerte del causante, o hasta el momento de aceptación por el beneficiario o incluso tras su aceptación y adquisición si tiene lugar determinada conducta o evento. Dentro de estas situaciones, se examinan supuestos de exclusiones implícitas por la ley (por ejemplo, el asesino del testador) y supuestos de condiciones impuestas por el testador, relacionadas con el nivel financiero, la residencia o trabajo adecuados o ciertas circunstancias familiares. El autor subraya la naturaleza oscura de estas figuras y la necesidad de estudiarlas de forma conjunta con el Derecho patrimonial.

Otro de los temas que mayor problemática presenta en la práctica testamentaria diaria es la «revocación de testamentos por cambio de las circunstancias», que es abordado por el prof. M. C. Schoeman-Malan en el capítulo 8. El uso del Derecho comparado (con examen de las soluciones del Derecho surafricano, escocés, holandés e inglés) demuestra la muy distinta adaptación de las legislaciones modernas a un problema acuciado, sobre todo, por la nueva sociología del divorcio y los matrimonios sucesivos de una misma persona. El prof. Schoeman-Malan sugiere la necesidad de aplicar una regla de revocación automática de las disposiciones testamentarias en favor del ex-cónyuge en los frecuentes casos en que las personas divorciadas no se toman la molestia de modificar sus testamentos inmediatamente después del divorcio. Tras un repaso histórico y legislativo de los cuatro sistemas jurídicos examinados en cuanto a las formas de revocación testamentaria (en donde destaca la regla del Derecho inglés conforme a la cual un testamento se revoca por matrimonio, por constituir una pareja de hecho, por divorcio o por disolución de una pareja de hecho, el autor examina otros supuestos, como la revocación del testamento por nacimiento de un hijo (que tiene lugar en Escocia, pero no automáticamente, sino por una acción de reducción ejercitada por él; no sucede así en sistemas de libertad de testar, como Sudáfrica o Inglaterra, aunque existan acciones de alimentos hereditarios, ni en los Países Bajos). En cuanto a la revocación por divorcio, ordenamientos como Inglaterra y Países Bajos garantizan esa revocación sin restricciones temporales (Sudáfrica también, pero sólo si la persona muere dentro de los tres meses posteriores a la disolución de su matrimonio). En cambio, la revocación por matrimonio subsiguiente sólo se prevé expresamente en Inglaterra. Cabría completar los resultados de este capítulo añadiendo que en otros sistemas jurídicos donde no existe previsión legislativa sobre esta materia se está produciendo incertidumbre sobre la solución que pueden ofrecer los tribunales sobre bases inciertas y discutibles como la presumible voluntad del testador (así sucede, por ejemplo, en España, en el ámbito del Código civil, mientras que existe más certidumbre en zonas en que la revocación automática está expresamente prevista, como en Cataluña o en Galicia dentro de España, o en otros sistemas jurídicos que también lo prevén como el alemán, § 2077).

BGB, el sueco, artículo 11:6 *Ärvdabalken*, o el portugués, artículo 2317 del Código civil).

En el capítulo noveno, el prof. George L. Gretton, con un estilo ameno y lleno de ejemplos y metáforas, estudia bajo el título «Sustituciones fideicomisarias: el Derecho escocés en perspectiva histórica y comparada» lo que se considera prácticamente una institución fosilizada en el Derecho escocés; pero lo hace con ánimo de llamar a las cosas por su auténtico nombre para ubicar en el mapa del Derecho comparado la realidad escocesa. No pueden resultar más elocuentes las siguientes líneas (p. 175): «Aunque el Derecho escocés tiene sustitución testamentaria, es marginal. Es una institución jurídica olvidada. Uno sospecha que pocos juristas prácticos conocen que existe algo parecido a una sustitución. Uno sospecha que en la práctica las sustituciones son normalmente tratadas como instituciones condicionales» o (p. 157) «pregunta a un jurista escocés y no sabrá siquiera de lo que estás hablando». Tras un sintético pero esclarecedor repaso al derecho comparado y a las nociones de *substitutio vulgaris* (sustitución directa), *fideicomissum* fideicomiso (y su contraste con el *trust* moderno) y *substitutio fideicomissaria*, incluida aquella que confiere poder de disposición al heredero (*residui*, con el influjo de la Novela 108 en el Derecho moderno, donde subsiste casi como tal, según él, prácticamente sólo en Sudáfrica), el autor consagra sus principales páginas a analizar, por un lado, los orígenes históricos del «*entail*» (mayorazgo perpetuo sobre inmuebles, también conocido como «*tailzie*» en Escocia desde el siglo XVI hasta las leyes de 1914 y 2000 que propiciaron su desaparición definitiva, excepto en lo relativo a los *tailties inter vivos* no regulados, denominados en la práctica moderna «destinaciones especiales»); y, por otro lado, a resolver la cuestión de si la sustitución fideicomisaria establecida en testamento fue o no realmente recibida por el Derecho escocés de finales del siglo XVII, dado que los juristas escoceses de la época insistían en sostener que la «sustitución fideicomisaria fue un invento escocés que nunca se les ocurrió a los romanos». El prof. Gretton, tras aportar con sorpresa diversos testimonios históricos concluye que hubo una recepción parcial.

«*La condicatio si institutus sine liberis decesserit* en Derecho escocés y surafricano» es la materia abordada por A. R. Barr, que parte de la paradoja de que lo tratado realmente es qué ocurre cuando el instituido muere *con* hijos, a partir de «una intervención bastante extraña de la ley sobre las intenciones aparentes del testador». El autor se pregunta «¿Qué significa?» (con énfasis en las diferentes y confusas terminologías en ambos sistemas jurídicos), «¿De dónde procede?» (distinguiendo el Derecho escocés, que niega su origen romano, pese al empleo de la expresión en latín y la aplica a las instituciones condicionales, y el Derecho surafricano, donde ese origen romano se reconoce, pero la regla sólo puede aplicarse en la sustitución fideicomisaria), «¿Dónde existe ahora?» (dentro de Sudáfrica, en la sustitución fideicomisaria, en la vultar y quizás en los que se llama «*necessary implication*»; en Escocia, sus ramificaciones han sido diversas y sometidas a una jurisprudencia bastante expansiva), y, finalmente, «¿Hacia dónde va?». Desde un punto de vista metodológico, y dada la perspectiva histórica de este libro, quizás, haber estudiado la profusa bibliografía del *ius commune* sobre los recovecos del *fideicomissum si sine liberis decesserit* y las *coniecturae* sobre la voluntad del testador fijadas por ilustres tratadistas (v. gr., Mantica, *Tractatus de coniecturis ultimarum voluntatum*, 1660; Menochius, *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indicis*, 1606; Peregrinus, *Tractatus frequentissimus*

de fideicommissis, Fusarius, *Tractatus de substitutionibus*; de Luca, Bonfinus, etc.) podría haber arrojado también algo más de luz al Derecho en vigor.

El prof. S. van Erp defiende en el capítulo undécimo la tesis de que el Derecho sucesorio debe estudiarse en conexión con el resto del Derecho privado y muy en especial con el Derecho patrimonial. Esa idea se desarrolla con ocasión de la explicación de «El nuevo Derecho sucesorio de los Países Bajos», esto es, el Derecho que entró en vigor el 1 de enero de 2003 (libro 4 del Código civil sobre sucesiones y libro 7 sobre donaciones). El prof. van Erp sintetiza el Derecho económico matrimonial (que aún es, por defecto, un régimen de comunidad total) y las reglas de la sucesión intestada (con la llamada «distribución legal» cuando el fallecido deja cónyuge y al menos un hijo, basado en un sistema de parentela) y de la sucesión testada (donde presta especial atención a los derechos de los herederos legítimos y del cónyuge supérstite). A continuación el autor se centra en demostrar la tesis enunciada con varios ejemplos que enseñan que algunas soluciones pueden no funcionar bien por tratar el Derecho sucesorio de forma aislada. Así, surgen diversos problemas a raíz del período de reflexión que tiene el cónyuge supérstite para decidir si requiere la cooperación de los coherederos para establecer un usufructo sobre la casa y el ajuar doméstico (art. 4:29); durante ese período, los herederos carecen de poder de disposición, incluido el poder de concluir un contrato de arrendamiento. Como señala el prof. van Erp, el período de reflexión, sin embargo, no debe figurar inscrito en el Registro de la propiedad, de manera que los futuros arrendatarios deberían preguntar a los arrendadores si poseen la propiedad como resultado de una sucesión en la que hay un cónyuge y cuándo murió el testador. En este sentido, critica que al debatir la posición del cónyuge supérstite, el legislador prescindiese de contemplar los derechos de terceras partes que actúan con buena fe. El autor indica otros ejemplos y concluye con unas interesantes reflexiones sobre los cambios sociales que han obligado a revisar el Derecho sucesorio en diversos países.

El capítulo duodécimo, que versa sobre la «revocabilidad de los testamentos mancomunados (*mutual wills*)» es un fino trabajo de Derecho comparado en el que también se aprecia un buen uso de fuentes y textos históricos del *ius commune* de difícil acceso. Partiendo de la idea común a todos los testamentos mancomunados (sean «*joint wills*» o «*corresponding wills*», con o sin disposiciones recíprocas), que es la existencia de un acuerdo previo, la autora del capítulo, Alexandra Braun, explora el punto central de los límites a la revocación del testamento sin el consentimiento del otro testador. Y lo hace, sobre todo, valorando la contribución de los juristas holandeses del siglo XVII y su influencia en la ciencia jurídica europea. Los juristas romano-holandeses discutieron dos teorías: para unos, los testadores estaban ligados por un contrato creado por la expresión de un consentimiento recíproco sobre el testamento, que devenga irrevocable a la muerte del primer finado; la otra línea de pensamiento sosténía que sólo era con la aceptación del beneficio testamentario cuando el sobreviviente contraía una obligación. A finales del siglo XVII, la segunda teoría, defendida por Grocio y otros juristas devino la regla en los Países Bajos. A continuación, el capítulo explica las tesis sostenidas coetáneamente en otros países (Francia, Alemania, Inglaterra, sobre todo, pero no sólo) y la influencia de las tesis holandesas en los siglos posteriores (en esos países y en Escocia y Sudáfrica). Resulta interesante constatar cómo, según el argumento que prevaleciera en cada país (necesidad de probar el acuerdo contractual, imposibilidad de revocar tras la muerte de uno de los testadores o licitud de hacerlo

sólo si renuncia a recibir beneficio alguno en el testamento del primero que muera, etc.), los testamentos mancomunados se usan hoy con frecuencia (Alemania, Sudáfrica) o no se usan prácticamente (Inglaterra, Escocia).

El capítulo décimotercero y último de este libro, a cargo del prof. Dale Hutchison, versa sobre «Los contratos sucesorios en el Derecho surafricano y escocés». El lector quizás quede con la inquietud de no haber encontrado unas líneas en estos dos últimos capítulos para comparar precisamente las diferencias entre testamentos mancomunados y pactos sucesorios, no tan evidentes ni sencillas de trazar. Razones de espacio y asignación temática pueden explicar esta ausencia. Son conocidas las objeciones de algunos sistemas a los *pacta successoria*: la supuesta inmoralidad de desear la muerte del otro contratante, la limitación de la libertad de testar o la evasión de la ley relativa a la sucesión testamentaria. Seguir o no esas objeciones de base romana ha trazado una línea entre sistemas jurídicos que prohíben estos acuerdos (con algunas excepciones, así Sudáfrica) y los que los admiten (Escocia). El estudio de la jurisprudencia surafricana demuestra que la prohibición se aplica no sólo a las formas clásicas de pactos sucesorios, sino también a diversos casos limítrofes; y en esta delimitación, el prof. Hutchison demuestra con sentencias la importancia de la noción de «plena transferencia» o «*vesting*» (y la diferencia entre derechos plenos y derechos claudicantes o condicionales), pues «sólo un acuerdo que transfiere derechos a la muerte o tras la muerte de alguien puede limitar la propia libertad de testar». Los tradicionales problemas de delimitación entre disposiciones *inter vivos* y *mortis causa* resurgen en este punto, uno más de los múltiples problemas tradicionales del Derecho sucesorio que reaparecen en este ilustrativo volumen sobre ordenamientos alejados pero próximos («*In weiter Ferne, so nah!*» si se permite la cita de Wim Wenders).

Sergio CÁMARA LAPUENTE
Universidad de La Rioja

Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française/ Société de Législation Comparée : European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2008, 614 pp. ISBN 978-3-86653-067-6.

I. En 2003, la Comisión Europea impulsó la realización de un Marco Común de Referencia en materia de Derecho contractual (*Common Frame of Reference, CFR*). Con ocasión de este impulso, se fundó en 2005 la red *CoPECL Network of Excellence* (también denominada *Joint Network on European Private Law*), integrada por diversos grupos de trabajo. El objeto de este libro es presentar los resultados obtenidos por el grupo de trabajo francés organizado por la *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* y la *Société de Législation Comparée*: El *AHC-SLC Group*.

II. Como aportación a la formación del Marco Común de Referencia, el citado grupo francés (*AHC-SLC Group*) se propuso alcanzar tres objetivos: 1.º) Analizar la terminología propia del Derecho de contratos, en clave de Derecho comparado; 2.º) Revisar los Principios de Derecho Contractual Europeo (*Principles of European Contract Law, PECL*), realizados por el grupo encabezado por el Profesor Ole Lando; y 3.º) Extraer una serie de

Principios orientadores del Derecho Europeo de contratos (Principios guía o *Guiding Principles*). Estos objetivos determinan las tres partes en que se estructura el contenido del libro, si bien el orden no es exactamente el enumerado pues la revisión de los *PECL* va precedida de los *Guiding Principles*. La propuesta de los autores es que, en el *CFR*, también los *PECL*, revisados, puedan ir precedidos de esos principios guía.

III. La Parte Primera de la obra, dedicada a la terminología, no persigue la exhaustividad, sino el análisis de conceptos clave en el Derecho de obligaciones y contratos. Se divide en nueve capítulos, que contienen un tratamiento singularizado de los siguientes conceptos: 1.º) Contrato; 2.º) Obligación y deuda; 3.º) Actos jurídicos-Hechos Jurídicos; 4.º) Normas imperativas y orden público; 5.º) Buena fe; 6.º) Culpa, Incumplimiento; 7.º) Perjuicio; 8.º) Daños-Indemnización; y 9.º) Ineficacia contractual. A partir del estudio del uso corriente de estos conceptos en los distintos sistemas, el grupo de trabajo persigue detectar los diversos significados que pueden tener, a fin de proponer un uso unívoco concreto y acertado. A la vez, esta tarea supone abandonar términos redundantes, para evitar duplicidades, o bien circunscribirlos a un sistema legal determinado.

¿Cuál es el método empleado por este *Terminology Group*? El análisis terminológico se realiza en dos etapas. En la primera, se estudian los conceptos desde el denominado punto de vista *Acquis*, que abarca tanto el acervo comunitario (*Acquis Communautaire*) como el internacional (*Acquis International*); El primer grupo incluye el Tratado, las Directivas, los Reglamentos, y diversas Convenciones comunitarias, como, por ejemplo, el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, o la Convención de Derechos Humanos, así como los citados *PECL*; El segundo grupo comprende Convenciones internacionales tales como la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, así como elementos internacionales de *soft law*, como los Principios *UNIDROIT* y las Costumbres y Prácticas uniformes para los créditos documentarios.

En la segunda etapa se analizan los sistemas legales nacionales, incluyendo junto a la normativa, la jurisprudencia y la doctrina. No sólo se han tenido en cuenta los sistemas nacionales europeos sino también normas pertenecientes a sistemas no comunitarios; por ejemplo, el Código de Comercio Uniforme americano, la Codificación de Luisiana, las Leyes de Quebec, a fin de complementar e iluminar en ocasiones la aproximación a los sistemas europeos.

Los autores declaran su aspiración a que los resultados de este estudio sean tenidos en cuenta tanto por los legisladores nacionales como con vista al futuro *CFR*.

IV. La Parte Segunda de esta obra contiene los Principios guía (*Guiding Principles of European Contract Law*), obtenidos a partir de una respetuosa revisión de los *PECL* y pensados para preceder y clarificar los *PECL* (a modo de un capítulo preliminar), complementándolos como guía para su correcta interpretación y aplicación.

Los Principios guía del Derecho contractual europeo descansan sobre tres pilares: la libertad contractual, la seguridad contractual y la justicia contractual. A cada uno de ellos se dedica uno de los tres capítulos de esta Parte Segunda. Estos principios, comunes a todos los sistemas legales de los Estados miembros de la Unión Europea, han sido estudiados especialmente atendiendo al Derecho alemán, holandés, francés, italiano, español e inglés, sin descartar por ello aproximaciones puntuales a otras legislaciones nacionales

de la UE. Como fuentes suplementarias, se han considerado el Derecho Internacional y el Derecho Comunitario europeo, así como las codificaciones realizadas en el ámbito académico (Principios UNIDROIT, Anteproyecto de Código Europeo de los contratos, Propuestas para la reforma del Derecho francés de obligaciones y de la prescripción, y, naturalmente los *PECL*, tomados como punto de partida), o el Derecho suizo. El resultado ha sido positivo: Se ha concretado el contenido de estos principios, esforzándose por hacerlos accesibles e inteligibles del mejor modo posible.

V. Por último, la Parte Tercera del libro, la menos extensa, comprende una versión revisada de los *PECL*. Reconocida la enorme importancia de los *PECL*, se asume la tarea de su revisión a fin de mejorar su efectividad e inteligibilidad. Los autores explican que, al perseguir esta finalidad, procuran satisfacer necesidades prácticas sin sacrificar la coherencia teórica de los *PECL*. No obstante, se introducen algunas modificaciones estructurales: Por ejemplo, se unen en un mismo capítulo la validez y la ilegalidad del contrato (en el revisado Capítulo 4, sobre «Invalidez del contrato»).

El método empleado –indican los autores– parte de un análisis singularizado de cada artículo, que es sometido a discusión en una primera etapa. La discusión, a su vez, estaba compuesta por dos elementos: 1) Un comentario del artículo (para explicar su significado y alcance, y, en su caso, sus deficiencias); y 2) Un análisis comparativo del artículo (a fin de comprobar o cotejar su convergencia con otros textos (Principios UNIDROIT de Contratos comerciales internacionales; Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías; Propuesta de Código Europeo de Contratos o Proyecto de Pavía; Propuestas francesas para la reforma del Derecho de obligaciones y la prescripción; y el *DCFR*). En una segunda etapa se completaron las medidas revisadas.

Los *PECL* revisados se presentan así, unas veces como confirmación de los textos, otras veces introduciendo modificaciones al texto original, que buscan hacerlo más claro o más conciso (con los cambios de letra correspondientes, a fin de facilitar su reconocimiento), o bien completándolo, o incluso reemplazándolo. Por medio de una glosa se indica qué tipo de modificación ha sufrido el artículo (por ejemplo, si ha sido reformulado, completado o reenumerado), o bien si ha sido plenamente confirmado.

Sin embargo, en esta tarea de revisión, los *PECL* no se han abordado completamente. Tan sólo ha sido revisado el núcleo duro del Derecho de contratos (formación del contrato, validez, interpretación, efectos, cumplimiento y subrogación). Por contraste, las reglas adoptadas por el *DCFR* se refieren al Derecho de obligaciones en general.

VI. A mi juicio, esta obra, publicada primero en francés y traducida luego al inglés, ha de ser tenida en cuenta en el estudio del Derecho de contratos, desde una óptica de Derecho comparado y de Derecho privado europeo. La versión francesa, más completa, incluye comentarios a los *PECL* que no aparecen en esta publicación en inglés. El trabajo ha sido dirigido por los profesores Denis Mazeaud y Bénédicte Fauvarque-Cosson (ambos de la Universidad Panthéon-Assas, París II). Aunque Denis Mazeaud y otros profesores integrantes de este grupo de estudio también han tomado parte en la redacción del *Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción*, el método empleado es radicalmente diferente. En el Anteproyecto citado se ha dado prioridad a la *tradición nacional francesa sobre los Principios de Derecho europeo de los contratos, los Principios de Unidroit, o la Convención de Viena sobre la compraventa interna-*

cional de mercaderías, especialmente en lo que se refiere al Derecho de obligaciones (El citado Anteproyecto fue presentado al Ministro de Justicia el 22 de septiembre de 2005 por el Profesor CATALA. *Vid.* el magnífico trabajo –estudio preliminar y traducción– de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, ADC, 2007, 2, pp. 621-848; el texto en cursiva es del autor). Mas, como hemos tenido ocasión de comprobar, el método de trabajo seguido en la obra que ahora comentamos es radicalmente diferente, y cumple los tres objetivos propuestos por el Plan de Acción de la Comisión Europea (2003): la reflexión terminológica, la identificación de principios guía, y el diseño de reglas modelo.

VII. El resultado es una brillante obra de iniciativa francesa, realizada por prestigiosos juristas dispuestos a reconocer los méritos de los *PECL* y de asumir su normativa en puntos que suponen una modificación de los sistemas de corte afrancesado. Por poner un ejemplo, el modelo de anulación del contrato propuesto por los *PECL* es el propio de los sistemas germano y del *Common law* (en los que el contrato puede anularse mediante notificación). En este punto, como en tantos otros, los autores de la obra no han puesto objeciones a la formulación de una regla práctica que supone acoger un modelo distinto del propio (la doctrina clásica francesa y, con ella, los sistemas afrancesados, tradicionalmente han defendido que la anulación del contrato requiere sentencia, que sería constitutiva de la nulidad).

Esta disposición legitima a los autores para realizar un valioso estudio crítico, que complemente a los *PECL* desde la triple perspectiva, terminológica, de redacción de principios generales o principios guía, y de revisión de los mismos. Su utilidad es clara. Como se ha señalado, el estudio terminológico puede ser de gran utilidad no sólo en la redacción final de los principios integrados en el *CFR*, sino también en su traducción a las distintas lenguas; Los principios guía pueden servir como normas imperativas que precedan la redacción de los principios, complementándolos y contribuyendo a la tarea interpretativa; Por último, la versión revisada de los *PECL* aporta elementos nuevos para el debate y la reflexión académica, y pone de manifiesto la existencia de un modelo alternativo. Modelo que, naturalmente, queda a su vez sujeto a crítica.

Carmen JEREZ DELGADO
U. Autónoma de Madrid

LANDO, Ole; BEALE, Hugh (ed.): *Principios de Derecho Contractual Europeo, Parte III*, edición española a cargo de BARRES BEN-LLOCH, Pilar; EMBID IRUJO, José Manuel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, 403 pp. ISBN 978-84-95176-60-8

Como señala Fernando Martínez Sanz en sus consideraciones introductorias, este volumen representa la continuación de la labor iniciada en 2003 por el Consejo General del Notariado de difundir en España los trabajos de la llamada Comisión Lando, en la que participó el Profesor Martínez, justamente para la elaboración de esta Parte III de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, cuya publicación en España se ha hecho esperar.

La obra, de presentación agradable, incluye las versiones inglesa y francesa y, a continuación, la versión castellana, con sus comentarios y notas, y

se cierra con la bibliografía y los índices jurisprudencial, legislativo y de materias. Esta Parte III incluye disposiciones relativas a la pluralidad de sujetos, la cesión de créditos, la sustitución del deudor y la cesión de la posición contractual, la compensación, la prescripción, la ilicitud, las condiciones y la capitalización de los intereses.

En líneas generales, el texto castellano es de lectura fluida, cosa loable dadas las conocidas dificultades que encierra toda traducción jurídica. No obstante, se pueden detectar algunos problemas de coherencia, entre los cuales el principal, sin duda, por extenderse a lo largo de todo el trabajo, radica en las vacilaciones en torno a la traducción de la expresión *«claim»*.

En la «Introducción a la Parte III», § 5, se hace especial hincapié en el uso del término *«claim»*, por ser de vital importancia a la hora de delimitar el alcance de muchas disposiciones. En este lugar, *«claim»* se traduce como «crédito» (pp. 35-36). Se afirma expresamente que «se le otorga el sentido del derecho a exigir una obligación». «[E]ntendido sencillamente como el derecho a la prestación», se explica que los artículos de los Principios que resulten aplicables a los «créditos» forman parte del Derecho de obligaciones en sentido amplio, de modo que, «a menos que se disponga otra cosa en artículos concretos, no importa el origen o la fuente de la obligación. Así, por ejemplo, su origen podrá estar en un contrato, en una norma que establezca el derecho a una indemnización (...) o en una norma sobre enriquecimiento injusto». A mi juicio, hubiera sido preferible emplear el término «pretensión» –en lugar de «crédito», que sugiere la idea de obligación y no sólo del derecho a exigir su cumplimiento (*right to performance*, en el original)–, pero se entiende que quizás hubiese sido difícil encajar un capítulo con la rúbrica «cesión de pretensiones», siendo mucho más habitual en el vocabulario jurídico castellano la referencia a la «cesión de créditos». Sin embargo, habiéndose elegido el término «crédito» es preciso: a) darle siempre el sentido que se anuncia en la introducción y que los autores quisieron atribuir al término *«claim»*; y b) no sustituirlo por otras expresiones, aunque el lenguaje pueda llevar naturalmente a ello.

Sin ir más lejos, en el artículo 10:110 PECL, la versión castellana hace alusión a «la prescripción del derecho de acción del acreedor» (*«claim»* en el original), si bien luego en el comentario se recupera la expresión «crédito». En los artículos 10:201 a 10:205 PECL se emplea de modo coherente este último término, que también se extiende al comentario. De nuevo, no obstante, en el artículo 11:101 PECL, que encabeza el capítulo dedicado a la cesión de créditos, se elige (y así lo explicita una nota del traductor en p. 131) conservar la terminología empleada en el artículo 1526 CC (créditos, derechos y acciones) y también en el comentario se alude en distintas ocasiones a «créditos», «acciones» u «otros derechos derivados de esos créditos» (pp. 132 y 133), de modo que aquí claramente subyace la idea de que «crédito» equivale a «derecho de crédito u obligación», y no a «derecho a exigir su cumplimiento», como se había anunciado en la Introducción. Otro ejemplo lo encontramos en sede de compensación: la expresión *«claim»* del artículo 13:101 PECL se traduce como «deuda» y en el comentario aparecen indistintamente la «acción», el «crédito», la «deuda» e, incluso, de modo más grave, la «demanda» (se alude de modo poco adecuado a «demandas determinables», pp. 213-214). En este contexto, el traductor señala que en ocasiones ha decidido conservar la expresión inglesa *«cross-claim»* por su brevedad; algo nos hace pensar que quizás no hubiera sido descabellado mantener el original *«claim»*, aunque ciertamente el texto castellano habría desmereci-

do mucho. Las dudas en torno a este término vuelven a surgir en sede de prescripción, que esta vez es «prescripción de acciones» en el artículo 14:101 PECL, en cuyo comentario se da al término «acción» (siempre «*claim*» en el original) el mismo significado que se había atribuido en la introducción y en otros comentarios a la expresión «crédito» (*vid. p. 234*); además, en el artículo 14:203 (1) PECL se abandona de nuevo el criterio recientemente adoptado, para aludir a la «deuda» o «pretensión». En sede de prescripción, el uso del término «pretensión», al que se aludía unas líneas más arriba, habría sido de todo punto adecuado, como demuestra la lectura de los artículos 121-1 y siguientes del Código civil de Cataluña, en que la nueva regulación gira –y en modo alguno de forma casual– en torno a la idea misma de pretensión, que parece ser la que tenían en mente los redactores de esta Parte III al emplear «*claim*» como sinónimo de «*right to performance*».

Este cúmulo de ejemplos no pretende desprestigiar la traducción, puesto que en todo caso se emplea una terminología comprensible para el jurista formado en España y, como he afirmado al inicio de estas líneas, es un texto que se lee con facilidad, lo cual es todo un acierto, habida cuenta de la enorme dificultad que encierra una tarea de esta envergadura. Quizá la pluralidad de traductores (a diferencia de cuando se publicaron las Partes I y II, aquí no se explica a quién o a quiénes corresponde la traducción, por lo que habrá que entenderla conjunta) explique la disparidad de criterios que se acaba de comentar.

Pero lo que realmente interesa poner de relieve es que, si queremos aproximarnos a la manera de trabajar de otros países de nuestro entorno y, en particular, a la labor que hay detrás de los esfuerzos pre-legislativos que se generan alrededor del proceso de armonización europea, debemos dejar de lado la riqueza de sustantivos que caracteriza al castellano y, especialmente, tenemos que apartarnos del estilo al que nos tienen acostumbrados nuestros legisladores internos. La traducción refleja en la obra que se comenta el texto que presumiblemente podría haber salido de un parlamento español, que se despreocupa sistemáticamente de la coherencia interna de la normativa aprobada, emplea sinónimos para dar más vida al texto y elimina repeticiones que lingüísticamente son innecesarias, pero que jurídicamente pueden ser relevantes. La finalidad de los PECL, como la de otros instrumentos similares, consiste en proporcionar una serie de reglas básicas, claras y coherentes; de ahí que ya en la introducción se intentase definir de manera inamovible el concepto nuclear de lo que deba entenderse por «*claim*» a los efectos de esta Parte III. El resultado en la versión castellana es, como decía, lo que esperaríamos del legislador interno; se entiende y se lee bien, pero cuando descendemos al detalle los problemas de coherencia interna se multiplican.

En cualquier caso, en absoluto deja de ser por ello una buena noticia la publicación de este volumen. Entre otras cosas, porque permite, como hicieron sus predecesores, detectar con mayor facilidad en qué puntos se ha inspirado en los PECL la Comisión General de Codificación al elaborar su Propuesta de Anteproyecto de Ley para la modernización del derecho de obligaciones y contratos (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, enero 2009). La Comisión es consciente del impacto de los PECL, tanto en el marco académico como en la práctica –aunque aquí destaca en particular el arbitraje, podemos afirmar que son cada vez más las resoluciones judiciales que se apoyan en los Principios para integrar el derecho interno en general (véanse las reseñas de jurisprudencia nacional en las sucesivas ediciones de esta Crónica)– y observa también que se está produciendo un movimiento en

los países de nuestro entorno tendente a colocar su legislación «en paralelo con las líneas por las que puede discurrir el futuro Derecho europeo de los contratos», aspiración que parece compartir la Comisión General de Codificación. Como aspectos en particular en los que se observa que su propuesta de anteproyecto recoge lo establecido en esta Parte III de los PECL, pueden destacarse los siguientes: la adopción de la presunción de solidaridad pasiva (salvo en el ámbito de los consumidores: artículo 1122, en contraste con el artículo 1137 CC); la constancia expresa de que la compensación no puede ser apreciada de oficio por los tribunales (cosa que aclara la interpretación del artículo 1202 CC; así lo dispone el artículo 1177 de la propuesta, que, como los Principios, hace depender la compensación de la declaración del facultado para valerse de ella (art. 13:104 PECL), aunque el tema de la eventual retroacción de efectos no se resuelve de manera clara –debido, precisamente, a la redacción empleada–; *vid.* artículo 1178 de la propuesta); se reestructuran los preceptos relativos a la cesión de créditos (arts. 1214-1221 de la propuesta) y se introduce un precepto relativo a la cesión de la posición contractual (art. 1227 de la propuesta); finalmente, se incluye la referencia a la buena fe respecto del que impide o provoca el cumplimiento de una condición (art. 1114 de la propuesta; artículo 1119 CC). En otros puntos, en cambio, no se sigue el criterio de los Principios (así, en cuanto al anatocismo: artículo 1105 de la propuesta).

En todo caso, vistas estas innegables repercusiones en el trabajo de la Comisión encargada de la reforma del derecho interno, que se añaden a las que derivan de las Partes I y II, se confirma una vez más la creciente importancia de los PECL a la hora de entender e interpretar cada ordenamiento.

Miriam ANDERSON
Universitat de Barcelona

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte: *The Rise of Comparative Law: a Challenge for Legal Education in Europe*, Seventh Walter van Gerven Lectures, Leuven Centre for a Common Law of Europe (Katholieke Universiteit Leuven, Faculty of Law)-Ius Commune Research School/METRO (Maastricht University, Faculty of Law), 25 pp. ISBN-13: 978-9076871-89-9

«¡Qué bueno es viajar!» o «¡Qué bueno es aprender idiomas!» son recomendaciones que oímos constantemente y que son, además de habituales, objetivamente beneficiosas, mucho más en estos tiempos globalizados. Por beneficiosas se tienen principalmente por lo que suponen de apertura de mente, de enriquecimiento personal para quien practica alguna de estas actividades: viajar o aprender idiomas. Algo así –«¡Qué bueno es saber Derecho comparado!»– podría sintetizar el texto de la profesora Fauvarque-Cosson que reseñamos: *The Rise of Comparative Law: a Challenge for Legal Education in Europe*. Efectivamente, este breve texto, cuyo origen es una conferencia pronunciada en el marco de las Walter van Gerven Lectures, en su séptima edición, tiene de manera indiscutible ese carácter de recomendación o indicación sobre las bondades del Derecho comparado, para cualquier jurista en general, pero muy especialmente para la enseñanza del Derecho que debe realizarse en Europa en la actualidad. Para Fauvarque-Cosson, y así lo deja

claro desde el inicio, el cultivo del Derecho comparado es hoy una necesidad, una auténtica imposición de la realidad jurídica mundial y señaladamente de la europea. De manera específica, como subraya la autora, el desarrollo del Derecho privado europeo –más en los últimos tiempos, definidos por verdaderos intentos de unificación jurídica– habría inyectado nuevas energías a los estudios jurídicos en nuestro entorno, lo que se habría materializado en un renovado interés por el Derecho comparado, no sólo en los ámbitos académicos sino entre los prácticos del Derecho. Entre estos se incluirían no sólo a los legisladores, a la búsqueda de modelos o soluciones normativas provenientes de otros ordenamientos, sino también a jueces o a árbitros, que contarían con el Derecho comparado como un precioso instrumento con el que fundamentar y argumentar mejor sus decisiones. Todo ello constituye una base cierta con la que reivindicar para el Derecho comparado, como hace la autora, una posición destacada en la configuración de los planes de estudios de las Facultades de Derecho europeas en el siglo XXI. Si el siglo anterior, como viene a concluir la autora, fue el del auge, la caída y el resurgimiento de la disciplina, el actual debe ser el de su plena integración entre las materias jurídicas *indiscutibles*, entendiéndose por tales, así lo vemos, las que sobreviven a coyunturas, más o menos caprichosas, y las que están presentes en la vida del jurista en sus dos momentos principales: el de su formación y el de la aplicación práctica del Derecho.

Para hacernos alcanzar –y compartir– esta conclusión, que proyecta principalmente, como veremos, en el campo de la enseñanza del Derecho, la autora realiza un atractivo recorrido por la posición ocupada por el Derecho comparado en nuestro pasado (europeo, se entiende) reciente. En este sentido, es evidente el paso experimentado por éste desde una posición colateral a la posición central que ahora posee. Para explicar ese pasado, para nada remoto, en el que el Derecho comparado ocupaba un lugar modesto como disciplina jurídica, toma como modelo el que sin duda conoce mejor: el de su propio país, Francia. Para ello, adopta como punto de referencia la obra del que no duda en calificar como uno de los más grandes iusprivatistas del siglo XX, Jean Carbonnier, jurista total, de renombre mundial y cuya influencia se ha dejado sentir especialmente en algunos campos como la sociología jurídica, de la que se le considera uno de sus creadores. De amplia cultura jurídica, Carbonnier sin embargo no pasó de otorgar al Derecho comparado un papel absolutamente colateral e instrumental: una mera perspectiva o sólo un modo de aproximarse a los fenómenos jurídicos que debía, eso sí, por enriquecedora, *practicarse* en todas las disciplinas jurídicas. Con este planteamiento, no debe extrañar que la postura de Carbonnier tuviera una deriva nacionalista –si se nos permite– y que terminase denunciando los peligros de la internacionalización y la europeización del Derecho francés. La sombra de Carbonnier fue muy alargada, lo es aún, hasta el punto de que consiguió imponer un *uso* del Derecho comparado –y la autora cita como ejemplo la conocidísima obra de Sacco *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*– circunscrito al conocimiento del Derecho, aplicado en exclusiva a una especie de aproximación cultural a éste en manos además solo de unos cuantos estudiosos, normalmente extravagantes. Las conocidas obras de David y Jauffret-Spinosi, primero, y de Zweigert y Kötz, después, marcarían cierto cambio de orientación por el que, sin renunciar al carácter científico y académico del Derecho comparado, básicamente orientado al conocimiento, se habría tratado de encontrar para éste cierta proyección práctica. Este cambio de orientación se habría materializado, en las últimas déca-

das del siglo XX, en la adquisición de un papel central para el Derecho comparado coincidiendo con los intentos de construcción de un Derecho privado europeo, lo que habría supuesto directamente para éste una nueva forma de legitimación. Este renovado interés por el Derecho comparado, como consecuencia de la europeización y de la globalización, plantea para éste, sin embargo, nuevos desafíos, especialmente en el terreno de sus fundamentos metodológicos y, de forma muy señalada, en su consideración en la enseñanza del Derecho.

Con este planteamiento, Derecho comparado sí o sí, la autora plantea en la segunda parte de su texto la necesidad de implementar nuevas herramientas académicas basadas precisamente en la comparación, partiendo de reconocer la posición modesta que todavía ocupa el Derecho comparado en algunas universidades europeas. Para ello apunta, con acierto, varias posibles líneas de trabajo. De un lado, superar la confusión entre Derecho europeo y Derecho comparado. De otro, aprovechar la oportunidad que supone el proceso de Bolonia –más allá de sus lagunas y puntos oscuros, fundamentalmente nacionales en nuestra opinión– para un cambio que debe pasar por una revalorización del Derecho comparado. Y finalmente, dotarse de los instrumentos necesarios para el logro de este objetivo en Europa: libros que recojan de manera sistemática y ordenada los principales textos del Derecho europeo, monografías y tratados en cada campo del Derecho y la publicación de *casebooks* e incluso *sourcesbooks*. Todos estos instrumentos, unidos a la certeza de que el Derecho comparado forma parte de las disciplinas *necesarias* para un jurista en formación y para un jurista práctico, garantizarían, al menos para Europa, el camino hacia una cultura jurídica común. No es poco reto.

César HORNERO MÉNDEZ
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

Miscelánea

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

PARLAMENTO EUROPEO

INFORMES Y RESOLUCIONES

INFORME con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección jurídica de los adultos: implicaciones transfronterizas (2008/2123(INI)). Comisión de Asuntos Jurídicos. Ponente: Antonio López-Istúriz White. Fecha: 24 de noviembre de 2008. Doc. A6-0460/2008. PE412.250v02-00.

El envejecimiento de la población y sus repercusiones es objeto de numerosas evaluaciones en el ámbito de la Unión Europea. En particular, se tiene en cuenta la existencia de mecanismos de protección y, en especial, para las personas de edad avanzada, poniendo el acento en la necesidad de que éstas puedan seguir gestionando su patrimonio y sus asuntos cotidianos. Los Estados miembros disponen de legislaciones específicas para garantizar los sistemas de protección adaptados a las personas y a su patrimonio. Se han aplicado diversas reformas desde los años noventa. Es el caso concreto de Alemania, el 1 enero de 1992, con la ley de 12 de septiembre de 1990 sobre la reforma de la tutela y la curatela de las personas mayores por la que se instaura un dispositivo único de asistencia que moderniza los dispositivos de protección, de España, el 18 de noviembre de 2003, con la ley sobre la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, o de Italia, el 9 de enero de 2004, con la ley por la que se reforman los sistemas de tutela y curatela y se introducen medidas de protección más suaves o incluso del Reino Unido en abril de 2007. En Francia, la ley de 5 marzo de 2007 por la que se reforma el derecho a la protección jurídica de las personas mayores debe entrar en vigor el 1 de enero de 2009. Dichas reformas legislativas han tenido como fin, especialmente, garantizar una mayor individualización de dichas medidas estipuladas, con el fin de permitir que las personas protegidas por las mismas puedan conservar el ejercicio de determinados derechos y de garantizar la aplicación, con antelación, de dispositivos de protección eventuales. Es el caso, por ejemplo, del *Lasting power of Attorney* del derecho inglés,

* Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de Barcelona.

que es un documento establecido libremente, sin legalizar, por una sola persona o asistida por un consejo, o del *Vollmacht del derecho alemán que puede ser ejecutado sin legalizar o mediante acto notarial cuando conlleve un acto de disposición*. El mandato de protección futura del derecho francés permite asimismo a una persona establecer con antelación su protección y conceder el mandato a una persona designada por ella mediante un documento privado o notarial cuando esté previsto proceder a actos de disposición.

Estos sistemas de protección tienen que poder ser reconocidos y ejecutados fácilmente en el caso de situaciones transfronterizas dentro de la Unión Europea cuando la persona protegida deba desplazarse, esté a cargo o sea acogida por otro Estado miembro distinto al de su residencia habitual o bien en el caso de que su patrimonio se encuentre repartido en distintos Estados. De igual importancia resulta el hecho de que existan desigualdades importantes entre los distintos sistemas de protección en función de los Estados, teniendo en cuenta que la movilidad de las personas beneficiarias de las medidas es cada vez mayor.

Efectivamente, cada vez se producen más situaciones en las que las personas protegidas residen en otro Estado distinto al de su residencia habitual o son hospitalizadas en otro Estado distinto al que se encuentra su patrimonio, en parte, debido a la mayor facilidad de acceso a los sistemas sanitarios entre los Estados miembros.

Sin embargo, los sistemas de protección jurídica deben seguir teniendo efecto, sobre todo, para garantizar la continuidad de las decisiones adoptadas en el ámbito judicial o administrativo o por la propia persona. Es el caso de las decisiones de incapacidad o de los mandatos de protección futura, los cuales deben poder ser aplicados en toda la Unión Europea.

La Unión Europea dispone, a través del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000, de una serie de instrumentos de cooperación potenciales entre los Estados miembros que permiten garantizar el reconocimiento y la ejecución de medidas de protección estipuladas en los Estados miembros. La adhesión de la Comunidad Europea a la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado el 3 de abril de 2007 debería conllevar la ratificación por parte de la Comunidad de los convenios que aún no han sido ratificados por todos los Estados miembros. En la actualidad, el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2003 sobre la protección internacional de adultos sólo ha sido suscrito por nueve Estados miembros (Alemania, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, los Países Bajos, Polonia y el Reino Unido) y Suiza y únicamente Alemania, Francia y el Reino Unido (por Escocia) lo han ratificado. Sin embargo, este instrumento de Derecho internacional privado puede permitir a escala de la Unión Europea facilitar la determinación de las autoridades competentes así como la legislación aplicable y garantizar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección de los Estados miembros.

La ratificación de este convenio por parte de la Comunidad podría permitir contar con un instrumento adecuado en la materia, que corresponde a las evoluciones legislativas recientes de los Estados miembros, en el ámbito de la protección jurídica de los mayores y consagrar una cooperación estrecha con la Conferencia de La Haya. De momento, la cooperación judicial se ha restringido hasta que dichos instrumentos resulten necesarios por causa de las evoluciones demográficas, sociales, sanitarias debidas al envejecimiento de la población de la Unión Europea. No obstante, podrían establecerse desde este momento mecanismos directamente operativos e inherentes a la Unión

Europea de manera que se favoreciera una estrecha cooperación entre los Estados Miembros. Asimismo deberían crearse formularios comunitarios armonizados para favorecer la circulación y el reconocimiento de medidas o de decisiones adoptadas con el fin de organizar y gestionar la protección. De igual modo, podría establecerse un mecanismo de transmisión de expedientes para tener una transmisión eficaz de los mismos, sobre todo, en situaciones de urgencia, cuando, por ejemplo, una persona acogida a una medida de protección deba ser hospitalizada mientras reside temporalmente fuera de su Estado de residencia habitual.

Por otra parte, resultaría de gran utilidad la elaboración de un formulario único para los mandatos de incapacidad que sería un medio comunitario armonizado para garantizar la circulación, el reconocimiento y la ejecución de dichos mandatos. De este modo, las personas que hubieran confiado por acuerdo o acto unilateral los poderes de representación a un tercero, podrían vivir o residir sin problemas en otro Estado miembro distinto al de origen sin perder el beneficio de dicho mandato.

En concreto, se pide a la Comisión que, en cuanto se haya adquirido suficiente experiencia con el funcionamiento del Convenio de La Haya, le presente, basándose en el artículo 65 del Tratado CE, una propuesta legislativa para reforzar la cooperación entre los Estados miembros y mejorar el nivel de reconocimiento y ejecución de las decisiones relativas a la protección de las personas mayores de edad, de las sentencias de incapacitación y de poderes de representación estables.

Sigue a este informe o propuesta de resolución, la Opinión de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior [2008/2123(INI)]. Ponente: Urszula Gacek.

INFORME sobre la eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: transparencia de los activos patrimoniales de los deudores [2008/2233(INI)]. Fecha: 6 de abril de 2009. Comisión de Asuntos Jurídicos (Ponente: Neena Gill) y Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios (Ponente: Antolín Sánchez Presedo). Doc. A6-0252/2009, PE 418.248v02-00.

La Comisión de Asuntos Jurídicos y la de Asuntos Económicos y Monetarios acogen favorablemente el Libro Verde de la Comisión, de 6 de marzo de 2008, «Eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: La transparencia de los activos patrimoniales de los deudores» [COM(2008)0128] porque contribuye a la estrategia de Lisboa. Ambas coinciden en sus resoluciones, pero la más larga es la de la Comisión de Asuntos jurídicos, que es la que a continuación se reseñará.

En esencia, se declara que la opacidad de la información necesaria para obligar a los deudores a cumplir sus obligaciones es contraria a los principios comunes de buena fe y de responsabilidad patrimonial. Se sostiene que la falta de conocimiento de las legislaciones nacionales relativas a las vías de ejecución o su falta de eficacia puede frenar la realización de un mercado interior unificado y que conlleva costes injustificados. Además, el retraso en el pago, el impago y la dificultad de cobro de estas deudas perjudican los intereses de las empresas y consumidores acreedores. La Comisión de Asuntos Jurídicos apoya una estrategia integrada y eficaz según los principios de «Legislar mejor», y considera que debe alcanzarse el objetivo del pago ase-

gurando la no discriminación, la protección de datos sensibles y las garantías judiciales con medidas proporcionales que aporten la transparencia necesaria y reduzcan considerablemente los costes informativos y de gestión. Está de acuerdo en que el cobro transfronterizo de deudas mediante la ejecución de resoluciones judiciales es un problema de primer orden del mercado interior, pero considera, no obstante, que las soluciones propuestas por la Comisión requieren mayor elaboración para poder solucionar adecuadamente el problema más difícil, a saber, el que plantean los deudores recalcitrantes. Sobre la propuesta de elaboración de un manual sobre las normas y prácticas de ejecución nacionales, opinan que la elaboración y actualización de dicho manual podría ser laboriosa y cara y que, para las personas que pretendan obtener reparación, podría ser más fácil contar con un solo régimen aplicable. Considera, no obstante, que puede resultar útil disponer de una versión simplificada, a falta de un régimen transfronterizo viable. Estima que sería útil la publicación de directorios nacionales de abogados extranjeros que ejerzan sus derechos dentro del mercado interior. Se opone a facilitar un acceso injustificado, indiscriminado y arbitrario a cualquier tipo de información contenida en los registros de población, seguridad social y fiscales, pero está a favor de un marco apropiado y proporcionado que garantice la eficacia de la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea. Afirma que el acceso a los registros de población, caso de existir, podría ser útil para localizar a ciudadanos sin medios económicos que no abonan las pensiones alimentarias o no reembolsan los créditos personales, y para evitar los abusos. Considera que, si bien en determinados ordenamientos un mejor acceso a los registros de seguridad social y fiscales ha sido una innovación con buenos resultados, también es necesario garantizar el respeto de las normativas en materia de protección de datos y confidencialidad; señala que se trata de un tema sensible para la opinión pública; señala además que podrían surgir problemas jurídicos por el uso de la información para un objetivo diferente de aquél para el que se recogió. Toma nota además de que, en numerosos Estados miembros, las declaraciones de la renta y los registros de la seguridad social son confidenciales, y de que, en dichos Estados, la idea de un registro, con todos los riesgos que conlleva de pérdida de expedientes que conlleva, no sería bien acogida sino que sería considerada como una práctica abusiva del poder ejecutivo. Afirma que, si la propuesta no fuere proporcionada respecto del fin perseguido, podría dar lugar a abusos y constituir una violación del derecho al respeto de la vida privada. Estima útil mejorar la cooperación entre los órganos públicos de ejecución pero, no obstante, señala que no todos los Estados miembros disponen de órganos de ese tipo. Opina que puede ser útil que, en el procedimiento de ejecución de una resolución judicial, se incluya una declaración del deudor, cuando dicho procedimiento pueda ir acompañado de sanciones con arreglo a la legislación nacional. Indica que podría estudiarse seriamente la idea consistente en introducir una especie de medida provisional comunitaria adicional a las de los tribunales nacionales: un procedimiento simple y flexible que podría estar vigente en toda la UE y que evitaría retrasos y gastos innecesarios. Opina que se podría tener en cuenta en el contexto de la próxima revisión del Reglamento Bruselas I. Insta a la Comisión a examinar exhaustivamente todas las medidas pre-contractuales y contractuales que podrían asociarse al desarrollo del MCR y todos los instrumentos optativos derivados del mismo, con objeto de garantizar que las partes en contratos europeos transfronterizos tienen en cuenta las cuestiones relativas al pago tardío y al impago cuando celebran contratos.

Espera con gran interés la revisión de la Directiva sobre el pago tardío, e insta a la Comisión a que trate este asunto lo más rápidamente posible, a la vista del actual clima económico. Propone que se elabore un estudio sobre los enfoques nacionales divergentes en materia de cláusulas de reserva de dominio y otros mecanismos similares, con objeto de garantizar el reconocimiento mutuo al respecto. Propugna que un adquirente de derechos patrimoniales reconocidos en una resolución judicial pueda ejercer su derecho en las mismas condiciones que el transmisor de información.

PREGUNTAS PARLAMENTARIAS

PREGUNTA ORAL CON DEBATE de conformidad con el artículo 108 del Reglamento de Gérard Deprez, en nombre de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior a la Comisión. 3 de diciembre de 2008. O-0133/08. Asunto: Avances registrados en 2008 en relación con el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

A finales de 2009, el Consejo Europeo debería adoptar el nuevo programa plurianual relativo al espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Transcurridos diez años desde Tampere, el acervo de la Unión Europea es considerable, si bien el enfoque general parece estar más orientado hacia la cooperación entre las administraciones, en particular en materia de seguridad, que hacia la protección y la promoción de los derechos fundamentales de los ciudadanos a nivel europeo.

En este contexto, y en el marco de la preparación del nuevo programa plurianual relativo al espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, ¿podría señalar la Comisión:

- a)* si está de acuerdo con las primeras recomendaciones del PE, aprobadas el 25 de septiembre de 2008;
- b)* si comparte la opinión del PE en el sentido de que el verdadero objetivo del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia debería ser el refuerzo de la protección de los derechos fundamentales y de los ciudadanos a nivel nacional y europeo promoviendo las normas más estrictas posibles de modo que nadie deba sentirse discriminado, independientemente del lugar en que se encuentre en la UE;
- c)* si tiene intención de presentar nuevas propuestas en materia de garantías de procedimiento y revisar, sobre la base de las recientes sentencias del Tribunal de Justicia, el marco jurídico de las normas de la UE relativas al establecimiento de las llamadas «listas negras»;
- d)* si tiene intención de establecer una hoja de ruta verosímil para poner en práctica el pacto europeo en materia de inmigración, asilo e integración mediante el mantenimiento de un diálogo permanente con la sociedad civil y los Parlamentos nacionales;
- e)* si tiene intención de establecer un espacio judicial coherente mejorando el conocimiento mutuo de los sistemas judiciales nacionales, tal y como ha propuesto recientemente el Consejo de la Unión Europea, reforzando las medidas de reconocimiento mutuo (como el exhorto europeo de obtención de pruebas) y la interoperabilidad de las redes y servicios (tal y como está ocurriendo en materia de interconexión de los antecedentes penales) y afianzando la Red Europea de Formación Judicial;

f) si tiene intención de establecer una verdadera estrategia europea de seguridad interior, controlada por el Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales, estableciendo un marco coherente de colaboración entre los Acuerdos de Schengen y de Prüm, la iniciativa sueca relativa al intercambio de datos de información, los informes periódicos de Europol sobre la evaluación de la amenaza de la delincuencia organizada y la profundización de la protección de los datos, tal y como se prevé en la reciente decisión marco;

g) si tiene intención de asociar al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales a la definición de una política exterior más transparente y coherente en relación con el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia en foros internacionales como las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Conferencia de La Haya, así como ante terceros países, como los Estados Unidos y Rusia, etc., al mismo tiempo que negocia acuerdos similares a los de Prüm, así como en materia de extradición y de asistencia mutua, y acuerdos de readmisión, en particular en lo que se refiere a países que no son parte de los convenios de Ginebra;

h) si tiene intención de incluir en las propuestas legislativas futuras relativas al espacio europeo de libertad, seguridad y justicia una recomendación dirigida a los Estados miembros para que informen a tiempo a los ciudadanos sobre las normas de ejecución nacionales aplicables así como sobre el organismo administrativo nacional encargado de la aplicación de la medida de la UE?

PREGUNTA ORAL CON DEBATE de conformidad con el artículo 108 del Reglamento de Arlene McCarthy, en nombre de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor a la Comisión. 27 de abril de 2009. O-0076/09. Asunto: Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores. Vid. el video de las intervenciones y las respuestas de la Comisaria europea, Maglena Kuneva en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20090504&secondRef=ITEM-024&language=ES>

La Comisión IMCO apoya los objetivos de la propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores [COM(2008)0614], a saber: contribuir a un mejor funcionamiento del mercado interior mediante el refuerzo de la confianza de los consumidores y la reducción de los obstáculos al comercio transfronterizo. Como se señalaba en la Resolución del Parlamento Europeo de 6 de septiembre de 2007 [P6_TA(2007)0383], la comisión acoge con satisfacción el objetivo de modernizar, simplificar y mejorar el régimen reglamentario para los consumidores y empresas en el mercado interior.

No obstante, la comisión reconoce las preocupaciones expresadas por las partes interesadas respecto a las implicaciones prácticas de la actual propuesta. La comisión considera que es importante abordar estas preocupaciones y pregunta a la Comisión Europea:

¿Se propone la Comisión trabajar con los Estados miembros sobre los efectos prácticos de la propuesta a nivel nacional?

¿Puede la Comisión clarificar la interacción entre las normas armonizadas en la propuesta y elementos del Derecho contractual nacional que se aplican a los consumidores (como las vías de recurso, que incluyen el derecho a

rechazar bienes defectuosos en el Reino Unido, y las normas sobre garantía contra defectos latentes en Francia o en Bélgica)?

¿Puede la Comisión clarificar la relación de la propuesta CCR con la legislación comunitaria en vigor, en particular la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, la Directiva sobre comercio electrónico, la Directiva sobre servicios y el Reglamento Roma I?

¿Se propone la Comisión continuar el trabajo sobre la evaluación de impacto para demostrar claramente los beneficios y los costes de esta propuesta y sus alternativas, particularmente a la luz de los trabajos citados?

¿Se propone la Comisión informar al Parlamento de las medidas que se propone adoptar para alentar la continuación del diálogo entre las organizaciones de consumidores y empresariales respecto a esta propuesta?

Vida jurídica. Reseña de Congresos y Seminarios en materia de Derecho Privado Europeo

Seminar on Transfer of Immoveable Property: From Contract to Registration, Trento, 27-28 de marzo de 2009.

1. Estructura del Congreso, apoyos institucionales y participantes

El Seminario, de carácter internacional, fue organizado por el «Dipartimento di Scienze Giuridiche» de la «Facultà di Giurisprudenza» de la «Università degli Studi di Trento». Se llevó a cabo los días 27 y 28 de marzo de 2009, en la «Facultà di Giurisprudenza» de Trento. Tuvo una gran relevancia en el mundo académico, dado que fue una actividad auspiciada por el «Common Core of European Private Law». Asimismo, entre sus patrocinadores se encuentran la «Associazione R.B. Schlesinger per lo studio del Diritto Europeo», «International University College of Turin», «Consiglio Nazionale del Notariado» y «Colegio de Registradores de España».

El proyecto «Transfer of Immoveable Property in European Law» constituye un tema específico de investigación en el ámbito del «Common Core of European Private Law», un grupo de investigación de carácter internacional coordinado por los profesores Ugo Mattei y Mauro Bussani, que durante quince años ha estado vinculado al Departamento de Ciencia Legal de la Universidad de Trento, y que actualmente se encuentra dirigido en estrecha colaboración con el «International University College of Turin», lugar donde se celebraron los dos últimos congresos colectivos del «Common Core».

El citado proyecto «Transfer of Immoveable Property in European Law» comenzó su actividad en el verano de 2006 en el Departamento de Ciencia Legal de la Universidad de Trento, bajo la dirección de las profesoras Elizabeth Cooke (University of Reading) y Luz M. Martínez Velencoso (Universidad de Valencia). Tiene por objeto el estudio de la transmisión de la propiedad de los inmuebles en los distintos países europeos. Su método de investigación es el desarrollado por Rudolph Schlesinger, según el cual los sistemas legales son objeto de comparación mediante el empleo de cuestionarios más funcionales que técnicos, para averiguar cómo se resuelven los problemas jurídicos en cada sistema, antes que generar un manual de respuestas.

Este proyecto específico se encuentra financiado, además de por las instituciones académicas implicadas, por el «Colegio Nazionale del Notariatio» (Italia) y el «Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad» (España). Este proyecto culminará su trabajo con la publicación de un Tratado que constituirá un compendio de los informes nacionales, algunos de ellos ya concluidos y otros en proceso de finalización; asimismo se proporcionará una información global sobre el proceso de transmisión de la propiedad en el

espacio legal europeo. Dicha publicación se incluirá dentro de la prestigiosa colección «The Common Core of European Private Law of Cambridge University Press». Más información sobre el cuestionario y los miembros del Grupo se puede encontrar en la página web <http://www.iuctorino.org/docwiki/tiki-index.php?page=Transf.+Immovable+Property>

Las actividades del Seminario se pueden clasificar en dos tipos, una primera, que tuvo lugar durante el primer día, donde los diversos miembros del grupo de investigación debatieron bajo la coordinación de Kare Lilleholt (Universidad de Oslo), Andrea Pradi (Universidad de Trento) y Luz M. Martínez Velencoso (Universidad de Valencia) sobre el vigente cuestionario y los informes ya presentados. En esta reunión, abierta al público en general, se perfilaron algunos aspectos del cuestionario para lograr unas respuestas más acertadas en relación con el ámbito de investigación. Los participantes formularon las observaciones oportunas y se sugirieron algunas modificaciones de interés.

Por otro lado, durante el segundo día, se presentaron diversas ponencias sobre la Transmisión de la Propiedad de los inmuebles desde la perspectiva de los distintos Derechos nacionales. La jornada se inauguró con una ponencia a cargo de la Profesora Luz M. Martínez Velencoso y concluyó con un análisis del Profesor Ugo Mattei.

2. Algunas actividades específicas a resaltar

Las Conferencias que tuvieron lugar el día 28 de marzo durante la segunda sesión fueron las siguientes:

a) La lección inaugural impartida por la Profesora Luz M. Martínez Velencoso (University of Valencia) con el título «Transfer of Immoveable: comparative law and economics and the Trento project». En ella se ofreció una visión del complejo proceso de transmisión de la propiedad comparando los principales sistemas actualmente vigentes en Europa, así como los mecanismos de publicidad inmobiliaria. Esta ponencia concluye analizando la aplicación de la metodología de trabajo del «Common Core» al cuestionario sobre la transmisión de la propiedad de los inmuebles.

b) A continuación, los distintos «reporters» pasaron a realizar una breve exposición de sus Derechos nacionales.

1. *Sale and transfer of immoveable in belgian law*, a cargo del Profesor Vincent Sagaert, Universidad de Leuven (Kortrijk) y Universidad de Antwerp. De esta intervención conviene resaltar que en Bélgica la transmisión de la propiedad, siguiendo el modelo francés, se produce mediante el consentimiento de las partes, aunque éstas pueden aplazar el momento transmisorio al momento de otorgamiento de la escritura pública notarial. La inscripción en el Registro de la Propiedad no es constitutiva. De hecho, se puso de manifiesto la escasa eficacia del Registro de la Propiedad en Bélgica, dado que los adquirentes de inmuebles no pueden confiar en que la información publicada por el Registro sobre la titularidad de los inmuebles sea veraz. Asimismo se trata de un sistema de Registro arcaico, donde no se han incorporado las nuevas tecnologías de la información.

2. *Sale and transcription in italian law*, a cargo del Profesor Andrea Pradi, Universidad de Trento. De la exposición de este sistema se desprende que el mismo se encuentra dentro de los modelos llamados consensuales, donde el mero consentimiento basta para la transmisión de la propiedad. No

obstante, en la práctica, como señaló el profesor Pradi, la cuestión es más compleja, ya que este efecto se puede posponer por ejemplo, al momento del pago del precio y de la transcripción en el Registro de la Propiedad.

3. *Sale, transfer of possession and registration in spanish law*, a cargo de la Profesora Sonia Martín Santisteban, Universidad de Cantabria. Mediante esta ponencia se logró una exposición clara y exhaustiva del modelo de transmisión de la propiedad español, de la teoría del título y el modo. Así como también del papel que juega el Registro de la Propiedad en la transmisión de la propiedad de los inmuebles. En España la inscripción en el Registro no es constitutiva, pero sin duda, se trata de una opción muy recomendable para las partes.

4. *Transfer of immoveable in greek law*, a cargo del professor Anastasios Moraitis, Karl-Franzes-Universität Graz. En ella el ponente resaltó la clara influencia del sistema alemán de transmisión de la propiedad de los inmuebles en el Derecho griego, con una separación entre el contrato y el acuerdo real de transmisión de la propiedad. No obstante, a diferencia del sistema alemán, en el griego existe una relación causal entre el contrato obligacional y el contrato real, de modo que la ineficacia del primero provoca la invalidez de la transmisión.

La inscripción en el Registro de la Propiedad es constitutiva, ya que sin inscripción no se completa el proceso. El Registro es de los llamados de «folio personal» y es al mismo tiempo Catastro.

5. *Contract of sale and transfer of ownership in Irish Republic*, a cargo de la profesora Una Woods, University of Limerick. Se trató de la única ponencia sobre un sistema de «common law». En Irlanda se distingue según si el inmueble objeto de transmisión se encuentra inscrito en el Registro de la Propiedad o no. El Registro de la Propiedad proporciona una información estricta sobre la titularidad del inmueble. Si el inmueble está inscrito, la propiedad no se transfiere sino en el momento de la inscripción de la nueva titularidad del adquirente. Si no está inscrito, el proceso es más complejo, ya que es preciso demostrar el título mediante la entrega de la escritura de propiedad (deed). Actualmente el 90 por 100 de los inmuebles se encuentran inscritos. El objetivo del legislador es que la totalidad de los inmuebles lleguen a inscribirse. Asimismo, se está poniendo en marcha un Registro de la Propiedad electrónico.

6. *Contract of sale, registration and good faith in Norway*, a cargo del Profesor Kåre Lilleholt, Universidad de Oslo. En Noruega el Registro de la Propiedad recibe el nombre la «Grunnboka». Se trata de un Registro de títulos sobre los inmuebles. El Registro de la Propiedad es completo en el sentido de que la totalidad de los inmuebles se encuentran registrados y la información que en él se contiene es de carácter público. Uno de los principios sobre los que se asienta el Registro de la Propiedad es el de fe pública registral. Para inscribir en el Registro de la Propiedad la nueva titularidad, el adquirente precisa del consentimiento del anterior titular registral plasmado en un documento llamado «skøyte» que confirma el carácter de la transmisión y el pago del precio.

7. *Contract, registration system and transfer of immoveable in Austria*, a cargo del Profesor Alessio Greco, Universidad de Graz y Universidad de Trento. Este sistema se encuentra dentro del ámbito de influencia del Derecho alemán, aunque presenta algunas particularidades. En él se distinguen dos elementos para la transmisión de la propiedad, el acuerdo obligacional y la inscripción en el Registro de la Propiedad, que tiene carácter constitutivo.

Entre contrato e inscripción existe una conexión causal, ya que la ineficacia del contrato provoca la ineficacia de la transmisión. El sistema registral es de fe pública y se encuentra vigente asimismo el principio de prioridad en la inscripción.

8. *Transfer of immoveable and contract of sale in polish law*, a cargo del Profesor Jakub Jan Szczerbowski, Universidad de Warmia. El ponente puso de manifiesto que el sistema polaco de transmisión de la propiedad es de los llamados consensuales. No obstante con una particularidad, consistente en que el contrato es de forma solemne, debiendo redactarse por un Notario que constata la identidad de las partes, así como la legalidad del acto. Por otro lado, el sistema registral es de Registro de títulos, vigente desde 1995, teniendo en cuenta el pasado comunista del Estado. El Registro de la Propiedad se encuentra totalmente informatizado y se asienta sobre el principio de fe pública registral. En cuanto al procedimiento para la inscripción, el Notario informa de la perfección del acuerdo transmisible en un plazo de tres días y desde ese momento los derechos del comprador se protegen «erga omnes».

c) El Congreso concluyó con la ponencia del Profesor Ugo Mattei (Universidad de Turin y UC Hastings College of the Law), con el título «*The common core and the transfer of immoveable property*». El profesor Mattei hizo una brillante exposición sobre los problemas jurídicos implícitos en el proceso de transmisión de la propiedad de los inmuebles haciendo hincapié en que los juristas no deben quedarse en la apariencia de las instituciones sino realizar un análisis en profundidad de ese complejo proceso necesario para la transmisión de la propiedad. Categorías producidas por la ciencia jurídica como causalidad, abstracción, inscripción constitutiva, inscripción declarativa, deberíamos preguntarnos si realmente son necesarias o no, en el sentido de si constituyen instituciones eficientes «*de lege ferenda*». Por último, convendría resaltar, dado que los distintos ponentes hicieron referencia en sus exposiciones a la informatización de los Registros de la Propiedad y la instauración en algunos de ellos de un sistema electrónico de transmisión de la propiedad, en qué medida Internet contribuirá a solucionar los problemas que se presentan en el proceso transmisible.

Luz M. MARTÍNEZ VELENCOSO
Universidad de Valencia

Mesa redonda «Modernising and Harmonising Consumer Contract Law», Leuven (Bélgica) 7 de abril de 2009.

El evento fue organizado con la finalidad de discutir la propuesta de directiva sobre los derechos de los consumidores con la Comisaría europea, Maglena Kuneva, lo que a la vez sirvió para presentar el libro coordinado por Reiner Schulze y Geraint Howells, *Modernising and Harmonising Contract Law*, Sellier, 2009. Inaguró las sesiones el profesor Jules Stuyck (*Universidad K.U. Leuven*) que inmediatamente cedió la palabra a la Comisaría europea. Según esta última, el Proyecto de MCR elaborado por juristas europeos y que actualmente está analizando una comisión creada *ad hoc* en el seno de la Comisión europea, servirá para reelaborar la propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores. Cada dos semanas, el Consejo europeo se reune para discutir sobre el tema y se prevé que las sesiones continúen dos meses más. La propuesta de directiva no es considerada por las instituciones

europeas más que como un punto de partida. El Parlamento europeo no acabará la lectura del texto antes de que acabe su mandato, pero publicará una resolución a finales de mayo, que será un punto de partida para los debates del Parlamento futuro. Se debe todavía aclarar, en particular, la finalidad y el ámbito de aplicación de la propuesta de directiva, los medios de tutela de que dispondrá el consumidor (con el fin de que la protección que algunos ordenamientos jurídicos le dispensan no deba verse disminuida y, como ejemplo, se citó el ámbito de los contratos electrónicos) y, sobre todo, la lista de cláusulas negras y grises, que habrá que ampliar. El objetivo a alcanzar es el desarrollo sostenible del mercado: actualmente, sólo el 6 por 100 de las transacciones tienen carácter transfronterizo y en los últimos tres años, sólo ha crecido un 1 por 100, a pesar de que por término medio el 50 por 100 de las ventas en el interior de los Estados miembros se celebra hoy vía internet. Según Kuneva, el hecho de que el número de las transacciones transfronterizas sea tan bajo no se debe a las diferencias lingüísticas, sino a la diversidad jurídica. La reciente directiva sobre prácticas comerciales desleales es un ejemplo de armonización plena que ha logrado los objetivos previstos y, por tanto, es el ejemplo a seguir, según la Comisaria europea. Sí, en materia de armonización de los derechos de los consumidores se ha optado por una directiva y no por un reglamento, es porque el mercado debe gobernarse por principios democráticos y, por tanto, también los derechos de los consumidores. El reglamento comunitario no deja ningún margen a la intervención nacional en la adaptación de la normativa europea. Por lo demás, y entre otras consideraciones, la táctica de la armonización plena no afecta a los derechos nacionales en el ámbito de los contratos «de derecho común» negociados individualmente. La Comisaria europea puso el acento en la necesidad de fomentar la confianza del consumidor en el entorno electrónico: el paquete de intervenciones previstas no está diseñado para interferir en el derecho contractual general de los Estados miembros, puesto que instituciones como la resolución, invalidez o nulidad continúan siendo objeto de regulación nacional. Tampoco se trata de elaborar un código europeo del consumo.

Siguieron luego las intervenciones de otros ponentes. En primer lugar, Geraint Howells (U. Manchester) destacó el impacto positivo del derecho contractual europeo, pero no se mostró partidario de un sistema de plena armonización porque eso no elimina la fragmentación y, por tanto, la diversidad. Criticó que el proyecto de MCR hubiera tenido un impacto tan escaso sobre la propuesta de directiva y lamentó la pérdida de tiempo y de dinero por parte de los académicos y la Comisión europea, respectivamente. Sugirió limitar la armonización a las transacciones internacionales según el modelo del «blue button approach», según lo describió en su día Hans Schulte-Nölke (se trata de elegir la aplicación de un instrumento opcional clicando en un botón azul, que pone a su disposición las normas por las que deberá regirse el contrato). Siguió luego la intervención de Reiner Schulze (U. Münster), que invocó la necesidad de claridad, coherencia y simplificación del derecho de consumo. Según Schulze, el esquema del Proyecto de MCR podría servir para los trabajos preparatorios de la futura legislación europea. Por ejemplo, para reelaborar el derecho de desistimiento, para contar con una terminología consistente (en materia de información clara, inteligible, precisa, etc), para crear cláusulas generales como la referida a la buena fe. Schulze tampoco se mostró partidario de una armonización máxima; en todo caso, podría serlo sólo en relación con determinados institutos y, de nuevo, el ejemplo fue el derecho de desistimiento. Schulze no compartió la idea del instrumento

opcional, por considerar que la armonización es necesaria y aquél no la garantiza. En tercer lugar intervino Christiane Wendehorst (U. Viena), miembro del grupo redactor del «Viena position paper» de enero de 2009 (http://consumer-rights.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/ag_consumer-rights/positionpaper_en.pdf), a propósito del Proyecto de MCR y las acciones futuras de la Comisión en el ámbito del Derecho contractual europeo, en el que se manifiesta la preferencia por la armonización en detrimento de la uniformización o el reconocimiento mutuo. En opinión de la ponente, la propuesta de directiva se ha quedado corta: por ejemplo, no incluye los servicios financieros a distancia, la multipropiedad, o el crédito al consumo; además, ha prescindido del Proyecto de MDR académico (aunque la Comisaria Kuneva sostiene que la lista gris se ha tomado de ahí); considera, en fin, que la armonización sólo puede ser plena siempre que no genere costes y sí solo beneficios, por ejemplo, a la hora de regular el derecho de desistimiento. Luego tomó la palabra Piotr Machnikowski (U. Wroclaw), con un tono bastante crítico, insistiendo en el desprecio de que ha sido objeto el proyecto de MCR y en la idea de que la armonización no puede comprender todos los ámbitos del derecho. Giuseppe Abbamonte, de la Dirección General SANCO, que trató de explicar algunas decisiones, tomadas al amparo de los resultados que arrojó el Libro verde y realizó algunas sugerencias para la mejora de la legislación futura. Añadió que el MCR académico sí que se había tomado en cuenta, pero que de ningún modo las instituciones lo consideran vinculante.

La mesa redonda finalizó en un clima de prudente optimismo, a la espera de las decisiones y las resoluciones que todavía puedan producir tanto la Comisión como el Parlamento europeos.

Barbara PASA
U. degli Studi di Torino

BIBLIOGRAFÍA

Libros

REINOSO BARBERO, Fernando: *Derecho patrimonial*, ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2008, 238 pp.

Muchos son los libros que han venido apareciendo en los últimos años, al hilo de la proliferación en nuestro país de escuelas de negocios y estudios empresariales variados, en la misma línea que el que aquí presentamos (es decir, breves introducciones al Derecho civil patrimonial para un público más amplio que el tradicional de los estudiantes de Derecho)¹, pero ninguno de ellos presenta las cualidades que, a juicio de quien suscribe, adornan al que motiva el presente comentario, debidas a las especiales cualificaciones de su autor, que lo destacan de todos los demás. En efecto, Fernando Reinoso Barbero es Catedrático de Derecho romano de la Universidad Complutense de Madrid (discípulo del romanista español más influyente en los últimos tiempos, el profesor Manuel J. García Garrido) y Abogado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Ambas características profesionales –que no son nada usuales en el ambiente jurídico español, aunque sí más frecuentes, por ejemplo, en el círculo italiano–, se traslucen inmediatamente en las páginas del libro que nos ocupa. Si a ello se une una descollante claridad de ideas y una extraordinaria capacidad docente y expositiva, junto con una profunda erudición, no extrañará que digamos que, en nuestra opinión, nos encontramos ante un libro ciertamente excepcional en el panorama editorial español de los libros de texto de índole jurídica, que desde luego desborda absolutamente la calificación de libro introductorio para derivar hacia la de verdadero trabajo de síntesis investigadora, útil no sólo para los estudiantes, a quienes en principio va dirigido, sino (yo diría que especialmente) para todo jurista culto que se precie, tanto publicistas (para quienes puede suponer un excelente recordatorio de los conocimientos de Derecho privado de alta calidad), como incluso privatistas, para los que en modo alguno ha de suponer un repertorio de lugares comunes, sino todo lo contrario, una auténtica despensa de observaciones e informaciones sorprendentes que les harán tomar una mayor conciencia crítica respecto al contenido y el sentido del Derecho privado al día de hoy. Intentaremos aclarar todo esto en las siguientes líneas.

¹ V. gr. E. BELTRÁN SÁNCHEZ/F. J. ORDUÑA MORENO (coords.), *Curso de Derecho privado*, Valencia, 2008¹¹; J. L. LACRUZ BERDEJO/J. DELGADO ECHEVERRÍA/M. Á. PARRA LUCÁN, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, Madrid, 2008⁶; C. LASARTE, *Curso de Derecho civil patrimonial: introducción al Derecho*, Madrid, 2008⁸; id., *Compendio de Derecho civil: trabajo social y relaciones laborales*, Madrid, 2008⁵; M. E. SERRANO CHAMORRO/M. I. POVEDA BERNAL, *Nociones de Derecho civil empresarial*, Madrid, 2006³.

En efecto, el libro, como decimos, es en principio una introducción al Derecho patrimonial español vigente. A lo largo de 103 epígrafes se van desgranando las diversas cuestiones generales que tienen que ver con la teoría del ordenamiento y la norma jurídica, las fuentes del Derecho español, el Derecho de personas y de cosas, la propiedad y los derechos reales limitados, la teoría general de obligaciones y contratos y los régimenes de responsabilidad²; pero no se contenta el autor con una simple enumeración y sistematización de los elementos normativos concernientes a cada uno de los asuntos tratados, sino que toma constantemente postura respecto a los puntos conflictivos (es significativo, *v. gr.*, su valiente posicionamiento respecto al vidrioso tema del origen de la personalidad y la capacidad jurídica en la p. 54). En su planteamiento se deja notar claramente una fuerte influencia de la doctrina civilista alemana, no sólo en la disposición sistemática (de corte pandectista) de los materiales escogidos y el neto predominio de las abstractas «partes generales» (*allgemeine Teile*) –tanto del Derecho civil en su conjunto como del Derecho de obligaciones en particular– en su selección de los temas abordados (a pesar de renunciar al análisis de la compleja y discutida figura del «negocio jurídico», frente a la tradición germánica³), sino también en el análisis específico de algunas cuestiones, como por ejemplo el enfoque tendencialmente unitario del Derecho de la responsabilidad (la no convencional, pp. 224 ss., en conexión con el tratamiento de la responsabilidad contractual en el marco de la doctrina general del contrato)⁴.

Pero, aún más que de la ciencia jurídica alemana, de lo que esta obra se muestra verdaderamente tributaria –como no podía ser menos, dada la personalidad de su autor– es de la rica y milenaria tradición del Derecho romano. En efecto, la presencia de las referencias romanísticas en el libro es constante y recurrente, como auténtico *Leimotiv* que impulsa al texto, hasta el punto de que en muchas ocasiones no podemos decir con propiedad si nos encontramos ante una obra de introducción al Derecho civil patrimonial español o más bien ante un libro de Derecho privado romano adaptado a la altura de nuestro tiempo. Y ello, lejos de ser una crítica, no es sino un especial motivo de encomio, puesto que en los tiempos que corren la reivindicación del Derecho romano como columna vertebral del *civil law* no es sólo una necesidad perentoria ante las olas de barbarie académica e intelectual que nos inundan⁵, sino sobre todo una exigencia de sentido común a la vista de la creciente europeización del Derecho civil y la necesidad de volver a la savia del *ius commune* para la construcción de un nuevo Derecho privado europeo superador de las obsoletas compartimentaciones nacionales. El Derecho romano está presente en el libro, como decimos, constantemente, no sólo porque la práctica totalidad de los epígrafes de la obra (salvo aquellos en los que la alusión al Derecho romano constituiría un flagrante anacronismo, como el § 7, referido a la Constitución como fuente del Derecho, o el § 20, sobre los dere-

² Quedan fuera de su consideración, pues, algunas otras cuestiones también pertenecientes a esta rama del Derecho, como los regímenes económico-matrimoniales, la sucesión *mortis causa* o las particulares relaciones obligatorias.

³ *Vid.*, p. ej., últimamente, D. LEIPOLD, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, Tübingen, 2008⁵.

⁴ *Vid.* a este respecto, especialmente, N. JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadenersatz*, Tübingen, 2003.

⁵ Como ya anticipó clavíidentemente Umberto Eco en U. Eco *et al.*, *La nueva Edad Media*, trad. esp. Madrid, 1974; reimpr. 2004.

chos de la personalidad, o el § 49 sobre el Registro de la Propiedad) se inician con una referencia a los precedentes romanos de la institución tratada (pero no con una referencia superficial, a modo de nota erudita, como en tantos otros casos de manuales civilistas, sino con una mención exacta y precisa de los juristas y los textos en los que se encuentra el núcleo de la regulación romana del instituto en cuestión), o porque en muchos casos se prefiere la categorización romana (o romanística) de la figura que se analiza frente a las sistematizaciones modernas, por ofrecer una mayor claridad teórica y/o potencia didáctica (como, p. ej., en el caso de los modos de extinción de las obligaciones, pp. 190 ss.), sino sobre todo porque a lo largo de todo el texto se hace un uso abrumador y extraordinariamente productivo de los principios generales del Derecho, expresados a través de las reglas jurídicas romanas (contenidas sobre todo en el título 17 del libro 50.^o del *Digesto*), para ilustrar el contenido jurídico sustancial de la inmensa mayoría de las instituciones centrales de nuestro Derecho civil (lo que quiere decir de toda la tradición del *civil law*).

Ello no podía ser de otro modo, no sólo porque es algo que responde a una realidad indiscutible que hoy, por desgracia, como tantas otras cosas evidentes, hay que demostrar una y otra vez, sino también porque el autor no deja de ser probablemente el mayor especialista en la doctrina española actual en la problemática de los principios generales del Derecho⁶. El libro aprovecha excepcionalmente esta circunstancia, y de ahí que nos encontremos con la abundantísima mención de tales principios jurídicos o máximas generales procedentes de la experiencia jurídica romana y tamizadas a través de la enjundiosa tradición del *ius commune*, y no sólo de las reglas tópicas y bien conocidas que aparecen en todos los manuales y que forman parte del patrimonio intelectual de todo jurista medianamente culto (v. gr. «*prior tempore, potior iure*»; «*pacta sunt servanda*»; «*impossibilium nulla obligatio est*», etc.), sino también de otras muchas no tan conocidas, pero que en el texto se muestran como sumamente eficaces para explicar las opciones normativas y las soluciones jurisprudenciales adoptadas por nuestros legisladores y tribunales a lo largo del tiempo (máximas como «*solvere pro ignorantie et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis et invitum meliorem condicionem facere*»; «*unusquisque peritus esse debet artis sua*»; «*in illiquidis non fit mora*»; «*actio nondum nata non praescribitur*»; «*res inter alios acta neque nocet neque prodest*»; «*bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat*», y un largo etcétera⁷), especialmente en aquellos ámbitos en los que existen lagunas legales o se hace uso en la norma de cláusulas generales necesitadas de imperiosa precisión. Por este medio el autor pone de manifiesto algo que muchas veces pasa inadvertido incluso a los propios romanistas, como es el hecho del juego real que el Derecho romano desempeña ante los Tribunales, y no sólo los españoles, sino incluso los de países de tradición no romanista y los internacionales, en tanto

⁶ Vid. su libro capital *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1987; además, id., «España y el Derecho romano actual», en *Labeo* 32 (1986), pp. 310-317; id., «Vigencia del Derecho romano: los principios generales del Derecho», en *BICAM* 6/1987 (nov.-dic.), pp. 59-72; id., «El Derecho romano como *desideratum* del Derecho del Tercer Milenio: los Principios Generales del Derecho», en *Roma e America. Diritto Romano Comune* 3 (1997), pp. 23-90.

⁷ Vid. ahora un amplísimo repertorio de tales reglas en R. DOMINGO (dir.), *Principios de Derecho global: 1.000 reglas, principios y aforismos jurídicos comentados*, Cizur Menor, 2006.

que cantera de conocimientos y soluciones jurídicas que operan tanto en el terreno de la función integradora del ordenamiento como en el de la exégesis de normas legales y la precisión de conceptos jurídicos establecidos. Y ello se hace especialmente necesario en este momento histórico de disolución de las viejas fronteras jurídicas nacionales a nivel europeo (sobre todo en el ámbito del Derecho privado), como pone especialmente en evidencia el fructífero uso de las reglas jurídicas romanas que lleva a cabo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸. De ahí, por tanto, que este manual resulte, a juicio de quien suscribe, no sólo más respetuoso con nuestra tradición histórica, sino también, paradójicamente, mucho más *moderno* que todos los demás de su misma especie.

La otra vertiente de la actividad profesional del autor que señalábamos, es decir, su cualidad de abogado en ejercicio, también se hace ver ampliamente en el texto que nos ocupa. Efectivamente, en todo momento el autor deja clara su preocupación por mostrar el lado práctico de las instituciones que va explicando; no se contenta con indicar las normas reguladoras y los límites dogmáticos de los distintos institutos, sino que de continuo éstos aparecen ilustrados con ejemplos prácticos (que, como no podía ser menos tratándose de un romanista, están protagonizados por «Ticio» y «Cayo») que a todas luces no son en su mayoría casos de laboratorio, sino ejemplos tomados de la experiencia profesional diaria del autor (y en ello se delata también el romanista avezado en la discusión constante de los supuestos tomados de la casuística jurisprudencial romana). Asimismo, las normas legislativas correspondientes a cada tema vienen normalmente complementadas por numerosas citas de la jurisprudencia más reciente de toda clase de tribunales u organismos españoles e internacionales, con la que el autor se muestra perfectamente familiarizado. Por fin, es también significativo a este respecto que en ocasiones aparecen recogidos en el texto institutos y figuras técnicas nada usuales en este tipo de obras (como, p. ej., la hipoteca de máximo o el *credit default swap* [CDS] como instrumento de garantía de créditos en los mercados financieros), que aquí aparecen destacadas sin duda como consecuencia de la propia experiencia práctica del autor.

En definitiva, y para concluir, sólo me queda subrayar mi consideración de que nos encontramos ante una obra de altísimo nivel y de un alcance muy superior al que podría pensarse de un libro de texto introductorio para estudiantes, además no especializados en el ámbito jurídico. Y, sin embargo, también es capaz de cumplir esta función, hasta el punto de que, si me remontara a los desgraciadamente ya lejanos tiempos en que iniciaba mis estudios de Ciencias Económicas en la Universidad de Valladolid, me hubiera gustado muchísimo haber podido contar con un libro de introducción al Derecho civil patrimonial como el que aquí nos ocupa. Envidio, por tanto, a los jóvenes estudiantes que hoy disponen de tal posibilidad –y, ciertamente, no sólo por su edad.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Universidad de Valladolid

⁸ *Vid.* a este respecto F. REINOSO BARBERO, «El Derecho romano en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Revista General de Derecho Romano – Iustel* 10 (2008), pp. 1-16 [www.iustel.com]; id., «*Ubi ius romanum, ibi Europa*», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 2 (febrero 2009), pp. 72-81; id., «Ein offensichtliches Paradox: Die europäische Rechtsprechung gegenüber dem römischen Recht», de próxima publicación en *ZSS* (R. A.) 127 (2010), con más referencias.

VAQUER ALOY, Antoni (coord.): *Comentaris a la Llei de Contractes de Conreu. La nova regulació de l'arrendament rústic, la parceria i la masoveria a Catalunya*, ed. Atelier, Barcelona, 2009, 416 pp., ISBN 978-84-96758-88-9.

La publicación de este excelente libro, que ha coordinado Antoni Vaquer Aloy y se ha redactado con la colaboración casi exclusiva de civilistas de las cuatro Universidades públicas de Cataluña, es una buena ocasión para resaltar los rasgos más sobresalientes de la Llei 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo, que conserva la denominación de la anterior Ley de 12 de abril de 1934, de muy escasa trascendencia práctica, pues fue declarada contraria a la Constitución republicana por el Tribunal de Casación de Cataluña, apenas tres meses después, mediante resolución de 8 de junio del mismo año 1934, por estimar que el Parlamento catalán carecía de competencia para aprobarla. Afortunadamente en la actualidad este problema competencial no se plantea, no sólo porque es una materia civil que no está reservada al Estado por el artículo 149.1.8.^a CE, aun cuando está cerca de las bases de las obligaciones contractuales, sino porque la Ley estatal de 1980, así como la de 2003, reformada en 2005, ha venido reconociendo el carácter preferente de las normas territoriales sobre los contratos agrarios.

Se trata, pues, de una ley civil especial que regula una materia agraria, sin pretensiones reformistas, con la salvedad del discutible acceso a la propiedad que se confiere al cultivador directo y personal. Su ámbito de aplicación abarca todos los contratos que tienen por objeto la cesión del aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal de una finca rústica o de una explotación agrícola, ya constituida o por constituir, bien sean contratos de cambio, como el arrendamiento rústico, o bien contratos asociativos, como la aparcería y la masonería, a los que se unen el arrendamiento de pastos y el de conservación y custodia del patrimonio cultural, así como los restantes contratos articulados por la autonomía privada que tengan el mismo objeto, dado que estos se rigen también por la misma Ley; pero el arrendamiento de fincas, por ejemplo, para la instalación de un parque eólico no es un contrato de cultivo, puesto que su objeto no es el mencionado aprovechamiento agrario. Por eso, cabe pensar en una futura recodificación de la materia, como advierte A. Lamarca i Marqués con toda razón, por la incorporación al Libro VI del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, de los aspectos privados de la Ley, excluyendo la adquisición preferente establecida a favor de la Generalidad, que tampoco distorsionaría demasiado la homogeneidad del Código, a nuestro juicio, por ser subsidiaria de la preferencia adquisitiva de los arrendatarios y colindantes. Recordemos que tal era también, según De Castro, el destino natural de toda la legislación especial agraria.

De las disposiciones generales, llaman la atención las que se refieren a los derechos de producción, las partes contratantes y la diligencia exigible al cultivador. En cuanto a los primeros, determina la Ley que, salvo pacto en contrario, los derechos de producción agraria y los vinculados a la explotación forman parte del contenido obligatorio del contrato. Como recuerda oportunamente A. M. Cossials Ubach, estos derechos están refundidos hoy, con alguna salvedad, en los derechos de pago único originarios o históricos que corresponden al arrendador y éste adscribe a la superficie arrendada, quien los cede al arrendatario a cambio de un precio por la misma duración que el arrendamiento; de aquí que estos derechos están «vinculados» a la explotación, pero no son «inherentes» a la misma como proclama errónea-

mente la Ley estatal, precisamente porque son transmisibles a terceros, incluso con carácter definitivo y sin tierra, esto es, sin la transmisión simultánea de las hectáreas elegibles a las que se asignan tales derechos.

Por lo que respecta a los contratantes, por regla general no se requiere una capacidad especial, sino que basta la aptitud general para contratar y, en caso de incapacidad, cabe la actuación de los representantes legales. Sólo por excepción se exige que el arrendatario sea cultivador directo y personal, cuya descripción legal recuerda, en el fondo, el profesional de la agricultura y el cultivador personal previstos por la Ley de arrendamientos rústicos de 1980 en su redacción originaria. En efecto, estamos ante una persona física que se ocupa efectivamente de la agricultura y asume los riesgos, lo mismo sola que con la colaboración de las personas con las que conviva, o parientes de la línea recta e incluso algún personal auxiliar, siempre que obtenga la mitad de su renta de actividades agrarias y complementarias, una cuarta parte procedente de la explotación y dedique a tales actividades la mitad de su tiempo laboral. Se asimilan a esta figura las comunidades de bienes –cuya capacidad jurídica, a juicio de A. Vaquer, las habilita para contratar–, toda clase de sociedades con mayoría de miembros cultivadores directos y personales, las entidades públicas que sean cultivadoras, además de las asociaciones y fundaciones que arrienden tierras para la custodia del paisaje, la biodiversidad y el patrimonio cultural.

La única consecuencia jurídica que tiene la condición de cultivador directo y personal es la adquisición preferente por el cultivador en caso de enajenación de la finca arrendada, incluida la aportación a una sociedad, salvo que se enajene una parte indivisa, a favor del cónyuge o parientes próximos, o esté calificada de suelo urbano o urbanizable. Esta adquisición se efectúa a través del derecho de tanteo y de retracto, por el término de dos meses, que se otorga al cultivador y a los propietarios colindantes, los cuales, si acceden a la propiedad, quedan obligados a destinar la finca a fines agrarios por cinco años y, en caso de incumplimiento, procede la reversión al antiguo propietario en el plazo de un año. Una vez vencido este último año, la Generalidad puede ejercer estos mismos derechos en el plazo de otro año sobre las fincas enajenadas, aun cuando no se trate de fincas arrendadas, con el fin de preservar el suelo agrario, la actividad agraria y forestal, la investigación agropecuaria y la instalación de infraestructuras, servicios públicos agrícolas y obras de regadío. Es de suponer que este complejo mecanismo rara vez se pondrá en marcha ya que acceder a la propiedad no es una opción atractiva para el cultivador puesto que se descapitaliza, se endeuda y se hipoteca por obtener un bien con el que ya cuenta; buena prueba de su escasa repercusión social es que, proveniente de la antigua normativa de fomento de los años veinte del siglo pasado, ha persistido hasta hoy sin conseguir el efecto de que el cultivador se convierta en propietario de la explotación por esta vía. Con todo, pese a la enajenación, rige la regla «venta no quita renta» y el contrato continúa hasta la extinción de la duración mínima o de la respectiva prórroga.

La última disposición general que queremos destacar es la que concierne a la diligencia exigible al cultivador, quien, aun sin pacto expreso, ha de cultivar según el uso y costumbre del buen campesino, de acuerdo con las buenas prácticas agrarias y las limitaciones establecidas por normas especiales como, por ejemplo, los requisitos de condicionalidad y gestión para acceder al pago único o los compromisos asumidos en el contrato territorial para ser beneficiario de las ayudas al desarrollo rural. Esto es importante, y así lo señala Antoni Vaquer acertadamente, porque determina el módulo objetivo

para medir la diligencia profesional exigible al cultivador y marca, por lo tanto, la frontera entre el cumplimiento y el incumplimiento de su obligación principal.

Tras las disposiciones generales, la Ley regula el contrato prototípico de arrendamiento rústico, cuyo contenido básico, como destaca S. Espiau Espiau, comporta derechos y obligaciones recíprocos para cada parte en lo que concierne al pago de la renta, la entrega de la finca en estado idóneo para el uso a que se destina, la garantía del uso pacífico de la misma, la conservación en buen estado para el cultivo acordado, el cultivo que debe efectuar el arrendatario y la restitución de la finca al término del contrato. Junto a ello, la renta es libre, se actualiza cada año conforme al índice acordado y se puede revisar, a juicio de N. Cortada Cortijo, por casos fortuitos extraordinarios y no asegurables. Llama la atención que el pago se debe realizar en el domicilio del acreedor, el arrendatario. Novedad de interés es que la renta puede consistir en efectuar mejoras, igual que en la Ley estatal, en cuyo caso la transformación de la finca pasa a ser una simple modalidad de la fijación de la renta y el contrato, como señala la citada autora, pierde su tradicional carácter enfitéutico. La duración del contrato es aún más novedosa puesto que se fija en un mínimo de siete años, que se prorroga sucesivamente por períodos de cinco años, mientras una parte no comunique a la otra su voluntad de extinguirlo con un año de antelación, salvo la mal llamada renuncia al plazo, pues, como destaca la autora citada, se trata del desistimiento unilateral del contrato. En fin, Santiago Espiau estudia, además, el bien articulado régimen de gastos y mejoras, en tanto M. Isás Solanes se detiene pormenorizadamente en el amplio catálogo de causas de extinción o de transmisión del contrato; entre estas últimas destaca la transmisión hereditaria conforme a las reglas generales del Derecho sucesorio, sin que la Ley marque preferencia alguna, y la que tiene lugar a favor del socio adjudicatario en caso de liquidación de la sociedad arrendataria por disolución.

Los restantes contratos que contempla la Ley son de dos clases, o bien de tipo asociativo o bien contratos de cambio. Los primeros son aquellos en que el cultivador queda obligado a pagar una participación de los productos obtenidos, haya o no una contribución del propietario y aunque la participación no guarde proporción con esta contribución. Hay aquí, como destaca A. Vaquer, una nota de aleatoriedad que confiere a estos contratos un carácter parciario y, por ello, asociativo ya que ambas partes comparten los riesgos económicos derivados de la empresa agraria; pero, igual que en el Código Civil, no existe una sociedad civil, ni una nueva persona jurídica, ni tampoco un patrimonio separado, sin que el propietario participe de las pérdidas, ni de las ganancias, salvo pacto contrario, sino solamente un reparto de frutos y productos. Se trata de la aparcería y de la masonería, en la que el aparcero se obliga, además, a habitar el *mas*; y también se prevé el clásico contrato de «engorde» o *conlloc* con una duración mínima de cinco años. El régimen de estos contratos no se aparta, en rigor, del consagrado por la vieja Compilación. En cambio, es un tipo contractual nuevo el arrendamiento de fincas rústicas con el fin de conservar y custodiar el patrimonio natural, que ha estudiado detenidamente A. M. Cossials Ubach; pueden ser arrendatarios en este contrato las asociaciones y fundaciones cuyo objeto social comprenda estas finalidades y ostentan, como sabemos, un derecho de adquisición preferente en caso de enajenación. Es de notar que una figura semejante se echa en falta en la Ley estatal de desarrollo sostenible del medio rural, pese a que en su

trámite parlamentario hubo enmiendas catalanas encaminadas a introducirla en el ordenamiento estatal.

En definitiva, este rápido repaso pone de relieve que la Ley de cultivos presenta cierta originalidad, al tiempo que mezcla elementos liberales, tradicionales e incluso arcaicos. Liberal es la prevalencia del pacto contractual, salvo el escaso *ius cogens*, que se limita fundamentalmente a la duración mínima de siete años y al acceso a la propiedad del cultivador directo y personal, en tanto que, a falta de pacto, rigen las normas dispositivas de la propia Ley y las normas consuetudinarias. El tradicionalismo persiste en la mencionada e ineficaz protección del pequeño cultivador, así como en el régimen de los contratos asociativos, mientras que la regla sobre el lugar del pago de la renta constituye un nítido retorno al *Ancien Régime*, el anterior a la codificación decimonónica. En este sentido, el libro coordinado por Antoni Vaquer Aloy representa indudablemente una sólida aportación a su estudio pues, aunque analiza la Ley artículo por artículo, no se limita a la exégesis, sino que ofrece una visión sistemática de cada uno de ellos, dado que los comentaristas tienen en cuenta los antecedentes y el contexto, lo mismo en el Derecho catalán que en el Código civil, en la Ley estatal y, cuando procede, en la normativa comunitaria. En suma, estamos ante un libro de lectura obligada para conocer a fondo la Ley catalana de cultivos agrarios de 2008.

Carlos VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho civil

Revistas Españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE

Profesora de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor. Letra de cambio y cheque.–III. *Derecho concursal*.–IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.–V. *Derecho de la Unión Europea*.–VI. *Derecho procesal*.–Abreviaturas. Revistas que se citan sin abreviar.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

ARAGÓN REYES, Manuel: «Problemas del recurso de amparo», en *AAMN*, XLII, 2004, pp. 137 ss.

ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, Ignacio: «Mecanismos de justicia preventiva en Europa», en *AAMN*, XLII, 2004, pp. 9 ss.

BLASCO GASCÓ, Francisco de P.: «El desarrollo del Derecho Civil Valenciano: La Ley de régimen económico matrimonial valenciano», en *RJN*, núm. 46, 2008, pp. 45 ss.

BONARDELL LENZANO, Rafael: «La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas», en *AAMN*, XLIII, 2005, pp. 133 ss.

BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría: «Eficacia ejecutiva internacional de los títulos extrajudiciales», en *AAMN*, XLII, 2004, pp. 29 ss.

CORDÓN MORENO, Faustino: «Las excepciones de prescripción y caducidad de la acción (Leyes 26 y 27 del Fuero Nuevo)», en *RJN*, núm. 46, 2008, pp. 77 ss.

ESCRIVÁ CHORDÁ, Ricard: «Estado actual del conflicto surgido en relación a la aplicación de las normas de contratación pública para la adjudicación y ejecución de un PAI gestionado por particulares», en *RDU*, núm. 249, 2009, pp. 153 ss.

FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel: «La prejudicialidad administrativa en los delitos contra la ordenación del territorio», en *RDU*, núm. 249, 2009, pp. 129 ss.

FERNÁNDEZ BAUTISTA, Rafael: «Las garantías de las expropiaciones urbanísticas a la luz del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *RDU*, núm. 249, 2009, pp. 11 ss.

GARBERÍ LLOBREGAT, José: «Réquiem por el recurso de amparo constitucional», en *La Ley*, 2009-1, D-.

GARCÍA, María Jesús: «La celebración de consultas populares con motivo de la aprobación inicial de un Plan General de Ordenación Urbana», en *RDU*, núm. 249, 2009, pp. 43 ss.

HERNANDO SANTIAGO, Francisco José: «Naturaleza jurídica del recurso gubernativo», en *AAMN*, XLI, 2003, pp. 491 ss.

MAGRO SERVET, Vicente: «¿Cuándo es posible aplicar la analogía para resolver un caso concreto?: hacia la creación de un observatorio controlador de las lagunas y defectos en el ordenamiento jurídico», en *La Ley*, 2009-1, D-8.

ORELLANA CALDERÓN, Raúl: «La Tercera Partida de Alfonso X el Sabio. Estudio y edición crítica de los títulos XVIII a XX. Hacia el texto crítico de los títulos XVIII a XX de la Tercera Partida (Parte 3.^a)», en *RJNot.*, núm. 66, 2008, pp. 191 ss.

— «La Tercera Partida de Alfonso X el Sabio. Estudio y edición crítica de los títulos XVIII a XX. Hacia el texto crítico de los títulos XVIII a XX de la Tercera Partida (Parte 4.^a)», en *RJNot.*, núm. 67, 2008, pp. 297 ss.

PANCORBO LÓPEZ, Manuel Luis: «Reflexiones sobre la configuración jurídico-funcional de los usos del comercio», en *RDP*, enero-febrero 2009, pp. 77 ss.

PICASTOSTE BOBILLO, Victoria: «Algunas cuestiones competenciales de la nueva Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2009, pp. 1268 ss.

PRIES Y PICARDO, Adolfo: «La seguridad jurídica en el marco de la nueva economía», en *AAMN*, XLI, 2003, pp. 397 ss.

REBOLLEDO VARELA, Ángel: «Derecho Civil de Galicia: presente y futuro», en *RJN*, núm. 46, 2008, pp. 11 ss.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «El nuevo artículo 17 bis de la Ley del Notariado y otras incidencias en la legislación notarial de la Ley 24/2001», en *AAMN*, XLIII, 2005, pp. 23 ss.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: «Consideraciones sobre el problema de la inaplicación de los reglamentos», en *AAMN*, XLIII, 2005, pp. 9 ss.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Derecho Civil de Aragón: presente y futuro», en *RJN*, núm. 46, 2008, pp. 109 ss.

VAQUER ALOY, Antonio: «El Derecho Civil Catalán: presente y futuro», en *RJN*, núm. 46, 2008, pp. 69 ss.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios: «Medidas civiles contra la violencia de género en la LO 1/2004», en *RJFDUAM*, núm. 17, 2008, pp. 9 ss.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, Ricardo: «El rechazo y la interrupción del tratamiento de soporte vital en el derecho español», en *InDret*, núm. 2, 2009.

El presente estudio examina la naturaleza constitucional y el vigente régimen jurídico de los supuestos de rechazo y solicitud de interrupción del tratamiento médico, con la finalidad de proporcionar una respuesta constitucionalmente adecuada a la siguiente pregunta: ¿permite el ordenamiento jurídico español rechazar o solicitar la suspensión de los denominados tratamientos de soporte vital?

CARRILLO, Marc: «La intimidad, las celebridades y el derecho a la información», en *La Ley*, 2008-4, D-202.

DÍAZ BARRADO, Cástor Miguel: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: órgano garante de los derechos humanos en Europa», en *La Ley*, 2008-5, D-308.

GÁMIZ SANFELIU, Marta: «Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativos del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 14 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2009, pp. 1163 ss.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «Unas reflexiones sobre la nueva Ley de técnicas de reproducción humana asistida», en *RGLJ*, núm. 4, 2008, pp. 639 ss.

LÓPEZ BURNIOL, Juan José: «La protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *AAMN*, XLI, 2003, pp. 431 ss.

MACÍAS CASTILLO, Agustín: «Medidas cautelares y protección de la propia imagen: la hermana de la princesa y una polémica artificial», en *La Ley*, 2009-1, D-68.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «Personalidad y protección de datos: el supuesto de las personas fallecidas», en *RCDI*, núm. 710, 2008, pp. 2297 ss.

MÚÑOZ GUIGROS, Xavier: «Potestades administrativas del Protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador», en *La Ley*, 2008-4, D-240.

QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Límites a la autonomía de la voluntad en el seno de las asociaciones», en *RJNot.*, núm. 66, 2008, pp. 329 ss.

ROMERO PAREJA, Agustín: «El derecho a la reproducción asistida (II)», en *RJNot.*, núm. 67, 2008, pp. 531 ss.

SANZ VIOLA, Ana María: «El derecho de habitación legal a favor del discapacitado», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2009, pp. 144 ss.

SERRANO GARCÍA, Ignacio: «El mandato de protección futura. Una solución francesa para la protección patrimonial de los *majeurs protégés*», en *RGLJ*, núm. 4, 2008, pp. 743 ss.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Libertad de creación literaria y protección post mortem del derecho al honor. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 51/2008, de 14 de abril», en *La Ley*, 2009-1, D-9.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

AGUILERA RULL, Ariadna: «Prohibición de discriminación y libertad de contratación», en *InDret*, núm. 1, 2009.

ALONSO LEDESMA, Carmen: «La reforma propuesta. Preferencias entre créditos respecto de los buques. Hipoteca naval», en *CDJ*, 2007-X, pp. 213 ss.

ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo: «Infracción del artículo 52 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. Transmisión a un tercero por parte de dos consejeros-delegados de todo el activo de la empresa, dejando a la sociedad sin actividad social, y todo sin conocimiento ni consentimiento de la Junta General de accionistas. Responsabilidad profesional del notario (Comentario a la STS de 17 de abril de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 171 ss.

ARANA DE LA FUENTE, Isabel: «La transmisión del dominio y las adquisiciones *a non domino* en la Ley inglesa de Venta de Bienes Muebles», en *RDP*, núm. 22, 2009, pp. 155 ss.

ARNAU MOYA, Federico: «Los incumplimientos contractuales en la cesión de solar por obra futura», en *RDP*, núm. 22, 2009, pp. 213 ss.

— «La transmisión de la propiedad en el contrato de cesión de solar por obra futura», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2009, pp. 656 ss.

AVILÉS GARCÍA, Javier: «La responsabilidad por daños y perjuicios a consumidores en el procedimiento administrativo», en *Actualidad Civil*, núm. 7, 2009, pp. 747 ss.

BANAKAS, Staathis: «Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test», en *InDret*, núm. 1, 2009.

BECH SERRAT, Josep M.^a: «Regulación de los viajes combinados: aclaraciones de un Texto Refundido», en *RDP*, noviembre-diciembre 2008, pp. 53 ss.

BONACHERA VILLEGAS, Raquel: «El Real Decreto 231/2008, la ansiada modificación del sistema arbitral de consumo», en *La Ley*, 2008-5, D-307.

BONARDELL LENZANO, Rafael: «La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas», en *AAMN*, XLIII, 2005, pp. 133 ss.

BOTANA GARCÍA, Gemma A.: «Contratos con consumidores y usuarios», en *La Ley*, 2008-4, D-222.

BUSTO LAGO, José Manuel: «Responsabilidad civil de las entidades de tasa-ción en el mercado hipotecario. Daños causados a la entidad prestamista

por negligente peritación de bienes inmuebles realizada por una entidad de tasación en orden a la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria. Inexistencia de responsabilidad civil de la tasadora en cuanto que la pericia fue realizada a instancia del prestatario y asumida por la entidad prestamista actora: Ausencia de daño y de relación de causalidad. (Comentario a la STS de 6 de febrero de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 93 ss.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «El Reglamento “Roma II”: reglas generales sobre determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales», en *RCDI*, núm. 712, 2009, pp. 835 ss.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis: «El Reglamento “Roma II”: reglas generales sobre determinación de la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales», en *RCDI*, núm. 712, 2009, pp. 835 ss.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «El nuevo planteamiento juríprudencial de los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria», en *La Ley*, 2008-5, D-373.

COLLADO NUÑO, Miguel Julián: «Conclusión. Eficacia del sistema propuesto, coexistencia y divergencias entre el sistema de ejecución singular y universal», en *CDJ*, 2007-X, pp. 333 ss.

CREMADAES SANZ-PASTOR, Bernardo María: «El convenio arbitral», en *AAMN*, XLIII, 2005, pp. 279 ss.

DÍAZ MORENO, Alberto, y GUERRERO LEBRÓN, M.ª Jesús: «Comisión de cobro de una exportación española llevada a cabo por un banco español con la intervención de un banco secundario extranjero (Comentario a la STS de Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 109 ss.

DÍEGUEZ OLIVA, Rocío: «Cuestiones prácticas sobre el régimen jurídico de la percepción de cantidades anticipadas en la contratación inmobiliaria», en *RDP*, núm. 22, 2009, pp. 197 ss.

— «El derecho de desistimiento en el marco común de referencia», en *InDret*, núm. 2, 2009.

ERICE ECHEGARAY, María Asunción: «El obligado al pago del impuesto municipal de plusvalía en Navarra: ¿comprador o vendedor?», en *RJN*, núm. 45, 2008, pp. 193 ss.

ESPERANZA RODRÍGUEZ, Pablo de la: «La prenda de carteras dinámicas. Cuestiones prácticas», en *AAMN*, XLII, 2004, pp. 55 ss.

ESCUDERO HERRERA, Concepción: «Consideraciones jurídicas especiales de las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Sanitarias», en *La Ley*, 2008-4, D-220.

ESPIGARES HUETE, José Carlos: «La globalización de la garantía: Límites y corrección de la buena fe», en *RDM*, núm. 269, 2008, pp. 949 ss.

ESPINA, Daniel: «El carácter mercantil de la unificación internacional del Derecho contractual», en *RCDI*, núm. 710, 2008, pp. 2431 ss.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Cesión de crédito futuro contra la Administración pública: inoponibilidad de la cesión en caso de certificaciones de obra aún no emitidas y suspensión de pagos del cedente (Comentario a la STS de Sentencia de 22 de febrero de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 127 ss.

- «La publicidad registral de la prenda de créditos: el nuevo párrafo tercero del artículo 54 de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento», en *CDC*, núm. 49, 2008, pp. 79 ss.

GARNICA MARTÍN, Juan F.: «Las preferencias generales en la reforma propuesta», en *CDJ*, 2007-X, pp. 69 ss.

GETE-ALONSO I CALERA, M.^a del Carmen: «El Libre sisè del Codi civil de Catalunya sobre les obligaciós i els contractes. Quan, com i per què hem de codificar-lo», *InDret*, núm. 1, 2009.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Tercería de mejor derecho. Créditos laborales abonados por el Fondo de Garantía Salarial. Salarios de tramitación. Subrogación en el privilegio (Comentario a la STS de Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 17 ss.

GHIGI, Claudio: «El contrato de financiación destinada en la legislación italiana. La financiación destinada a un negocio específico (Art. 2447 *decies* del Código Civil italiano)», en *DEN*, núm. 223, 2009, pp. 5 ss.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Responsabilidad extracontractual. Incendio en el Pabellón de los Descubrimientos de la Exposición Universal de Sevilla. Solidaridad. Litisconsorcio pasivo necesario. Prescripción. Compensación y reparto de cuotas (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 423 ss.

- «Tercero, defecto y productor de bienes y servicios. El artículo 133 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *RDP*, núm. 22, 2009, pp. 107 ss.
- «Problemas de jurisdicción competente y de derecho aplicable en pleitos de responsabilidad civil extracontractual», en *InDret*, núm. 2, 2009.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.^a Belén: «¿Nueva regulación de los viajes combinados?», en *RDM*, núm. 269, 2008, pp. 1063 ss.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: «El leasing inmobiliario como garantía real anómala», en *AAMN*, XLII, 2004, pp. 211 ss.

GUERRERO LEBRÓN, M.^a Jesús, y DÍAZ MORENO, Alberto: «Comisión de cobro de una exportación española llevada a cabo por un banco español con la intervención de un banco secundario extranjero (Comentario a la STS de Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 109 ss.

GUILLARD LÓPEZ, Juan: «Consideraciones jurídicas especiales de las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Sanitarias», en *La Ley*, 2008-4, D-220.

GUILLEM CARBAU, Javier: «La jurisprudencia comunitaria sobre productos defectuosos y el sector agroalimentario en RDM, núm. 269, 2008, pp. 1031 ss.

— «¿Nueva regulación de los viajes combinados?», en *RDM*, núm. 269, 2008, pp. 1031.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Garantía por pasivos ocultos. Contenido de la garantía en el “compromiso de venta” y en la escritura pública de compraventa. Accidente en el tiempo intermedio del cual deriva responsabilidad para la sociedad, cuyos títulos fueron objeto de transmisión. Auditoría respecto del estado de los activos y los pasivos de la sociedad. Calificación jurídica de los documentos. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 271 ss.

IGLESIAS PRADOS, Eduardo de la: «Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria», en *RDP*, núm. 22, 2009, pp. 235 ss.

INFANTE RUIZ, Francisco José: «Venta de vivienda protegida y tanteo legal. Calificación de la notificación al titular del tanteo como oferta vinculante. Perfección del contrato mediante la aceptación del titular a pesar de la frustración de la venta proyectada (Comentario a la STS de 20 de mayo de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 209 ss.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «El artículo 1756 del Código Civil: el pago de intereses no estipulados», en *Actualidad Civil*, núm. 8, 2009, pp. 891 ss.

— «Los intereses y el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias en el futuro derecho civil europeo armonizado», en *La Ley*, 2008-5, D-308.

— «Sobre la naturaleza de los intereses», en *RDBB*, núm. 113, 2009, pp. 171 ss.

— «Los pagos de intereses y del capital. Sobre la aplicación de los artículos 1173 y 1110 del Código Civil», en *RDP*, enero-febrero 2009, pp. 61 ss.

JUAN SÁNCHEZ, Ricardo: «Nueva doctrina constitucional sobre la prescripción del delito y su incidencia en el ejercicio de la acción por responsabilidad civil *ex delicto*», en *InDret*, núm. 1, 2009.

La aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prescripción de los delitos, distinta a la mantenida por el Tribunal Supremo, supone en materia de responsabilidad civil *ex delicto* que las pretensiones civiles acumuladas en el proceso penal queden imprejuzgadas y deban plantearse de nuevo ante los tribunales civiles. En este artículo se analizan los criterios que deben tenerse presentes para este nuevo enjuiciamiento de las responsabilidades civiles derivadas de un hecho criminal.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: «Restitución recíproca de prestaciones derivada de la nulidad de un contrato, en especial de los intereses de

la cantidad debida como consecuencia de la obligación de restitución (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 315 ss.

MACÍA GÓMEZ, Ramón: «La previsible evolución de la jurisprudencia sobre la responsabilidad legal en la profesión médica en la Ley, 2008-4, D-237.

MARÍN GARCÍA, Ignacio: «La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *InDret*, núm. 2, 2009.

MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Responsabilidad civil de eBAY por infracción de marcas», en *La Ley*, 2008-4, D-25937.

MARTÍ MARTÍ, Joaquim: «La certidumbre razonable de la probabilidad del resultado en la responsabilidad civil del abogado», en *La Ley*, 2009-1, D-47.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: «Concepto, clases y régimen jurídico del contrato de renting», en *La Ley*, 2009-1, D-35.

MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis: «Responsabilidad civil del auditor de cuentas», en *La Ley*, 2009-1, D-33.

MAS BADÍA, María Dolores: «Donación modal con cláusula de reversión condicional. La revocación de la donación por dejar de cumplir el donatario la condición o carga impuesta únicamente puede operar sobre una donación con eficacia actual, lo que no ocurre cuando previamente se ha producido la reversión (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 373 ss.

MATEU DE ROS, Rafael: «La ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», en *CDC*, núm. 49, 2008, pp. 101 ss.

MILÀ RAFEL, Rosa: «Artículo 149 del TRLCU: responsabilidad del constructor y el promotor por daños causados por la vivienda», en *InDret*, núm. 1, 2009.

MOLINA SANDOVAL, Carlos: «El *confirming* en el Derecho argentino», en *RDBB*, núm. 113, pp. 203 ss.

MONTANCHEZ-RAMOS, Manuel: «Proyecto de ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares», en *CDJ*, 2007-X, pp. 301 ss.

MORENO MOLINA, José Antonio: «La doctrina de los actos separables. Contratación de una empresa pública. Huida del Derecho administrativo. Competencias de las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa en materia de contratos públicos (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 229 ss.

MORENO VELASCO, Víctor: «Breves comentarios sobre la aplicación práctica del art. 15 de la Ley del Contrato de Seguro», en *La Ley*, 2009-1, D-14.

MUÑOZ BENAVIDES, Carmen: «Validez de la venta extrajudicial de bien hipotecado: análisis de la última sentencia del Tribunal Supremo así como de

la Resolución de la DGRN de 29 de diciembre de 2005», en *La Ley*, 2008-5, D-367.

NAVARRO MICHEL, Mónica: «Responsabilidad por accidente ferroviario. Caída de viajero en andén (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 391 ss.

NAVARRO VIÑUALES, José María: «Autocontratación y conflicto de intereses: especial referencia a la doctrina de la dirección general de los registros y del notariado», en *AAMN*, núm. XLI, 2003, pp. 41 ss.

ORELLANA CANO, Nuria Auxiliadora: «La reforma propuesta. La clasificación de los créditos. Preferencias especiales», en *CDJ*, 2007-X, pp. 117 ss.

PÉREZ MARTÍNEZ, Yuri: «En torno a la cesión de contratos. Pertinencia de la figura en el Código Civil Cubano», en *RGLJ*, núm. 4, 2008, pp. 713 ss.

PICATOSTE BOBILLO, Victoria: «La incidencia de la Ley de Arbitraje en el convenio arbitral de consumo», en *RCDI*, núm. 710, 2008, pp. 2373 ss.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «El Reglamento UE, ROMA I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», en *La Ley*, 2008-4, D-201.

REPRESA POLO, M.^a Patricia: «Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio», en *InDret*, núm. 2, 2009.

RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: «La calificación de los créditos garantizados con fianza en el concurso de acreedores ¿por qué se quiere corregir la letra de la ley?», en *RDP*, núm. 22, 2009, pp. 23 ss.

ROBLES LATORRE, Pedro: «Apuntes sobre la Directiva de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *RDP*, noviembre-diciembre 2008, pp. 97 ss.

ROCA GUILLAMÓN, Juan: «Responsabilidad civil de los administradores concursales», en *RDCP*, núm. 10, 2009, pp. 95 ss.

RODRÍGUEZ VEGA, Luis: «Influencia de la modificación operada por la legislación concursal. Sistema de la Ley Concursal. Clasificación y prelación de créditos. Contra la masa. Privilegiados especiales. Privilegiados generales. Ordinarias. Subordinados», en *CDJ*, 2007-X, pp. 39 ss.

RUBIO GIMENO, Gemma: «Reclamación de cantidad. Responsabilidad del porteador (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 409 ss.

RUDA GONZÁLEZ, Albert: «En tierra de nadie. Problemas de delimitación del nuevo daño medioambiental», en *RDP*, enero-febrero 2009, pp. 21 ss.

RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES, Rafael: «Aplicación del concepto de “Año agrícola” en la Compilación Foral de Navarra, en relación con los arrendamientos rústicos», en *RJN*, núm. 44, 2007, pp. 131 ss.

SANJURJO RíOS, Eva Isabel: «La carga de la prueba en los accidentes provocados por las piezas de caza», en *La Ley*, 2008-5, D-379.

SERRATO MARTÍNEZ, Luis: «La doctrina del daño desproporcionado y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria», en *La Ley*, 2008-4, D-189.

— «Responsabilidad en medicina reproductiva por tratamiento de inseminación artificial», en *La Ley*, 2008-5, D-305.

SOLÉ I FELIÚ, Joseph: «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español», en *InDret*, núm. 1, 2009.

SOLER PRESAS, Ana: «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», en *InDret*, núm. 2, 2009.

TENA PIAZUELO, Isaac: «Nulidad de las donaciones o cesión de activos para constituir una Fundación mediante la aportación de bienes de una Sociedad Anónima. Nulidad de los acuerdos de disolución y liquidación de la SA, al resultar contrarios al orden público societario, por no respetarse el derecho de un socio a participar en el patrimonio resultante de la liquidación. No caducan las acciones de impugnación de los acuerdos sociales cuando sean nulos. La finalidad lucrativa, como causa del contrato de sociedad. (Comentario a la STS de 29 de noviembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 41 ss.

URZAINQUI MINA, Tomás: «Éxito de las comunidades de propietarios en el conflicto por la libre contratación del mantenimiento de ascensores», en *RJN*, núm. 44, 2007, pp. 157 ss.

VALLS GOMBAU, José Francisco: «La tercería de mejor derecho como cauce para el ejercicio extraconcursal de los privilegios», en *CDJ*, 2007-X, pp. 245 ss.

VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Sobre la garantía legal en las ventas de consumo», en *La Ley*, 2008-5, D-299.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: «Una aproximación al desistimiento unilateral: la experiencia italiana», en *RDP*, núm. 22, 2009, pp. 253 ss.

VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: «La prueba del defecto en los supuestos de daños causados por productos defectuosos: crónica atónita y esperanzada de una jurisprudencia anunciada», en *La Ley*, 2008-4, D-278.

VELÁZQUEZ VIOQUE, David: «Concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares. La regulación previa a la reforma», en *CDJ*, 2007-X, pp. 15 ss.

VICENTE DOMINGO, Elena: «Aplicación temporal del sistema de valoración de los daños personales en accidentes de circulación (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 351 ss.

VILASAU SOLANA, Mónica: «¿Cómo llegar al consumidor? Entre la protección de datos y la legislación sobre la sociedad de la información», en *RDNT*, núm. 18, 2008, pp. 83 ss.

VILATA MENADAS, Salvador: «La suerte de los créditos en el procedimiento concursal tras la aprobación del convenio», en *La Ley*, 2008-5, D-327.

VIVAS TESÓN, Inmaculada: «La invalidez de la promesa de donación», en *RDP*, núm. 22, 2009, pp. 141 ss.

YÁYEZ VIVERO, Fátima: «El tratamiento de los daños causados por personas con discapacidad física en los *Principles on European Tort Law*», en *Actualidad Civil*, núm. 5, 2009, pp. 511 ss.

ZURDO GARAY-GORDÓVIL, Ignacio: «Los derechos públicos y su transmisibilidad», en *CDC*, núm. 49, 2008, pp. 145 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ALONSO PÉREZ, María Teresa: «La contraprestación o precio en el Derecho de superficie», en *RCDI*, núm. 712, 2009, pp. 619 ss.

ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Comunidad hereditaria y acción de partición: caracterización frente a la comunidad ordinaria y a la acción de división. Ejercicio de la *actio communii dividundo* por los coherederos frente a otro coheredero para dividir el bien principal del caudal relicto. Adecuación de la acción en consideración a las circunstancias del caso (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 333 ss.

ARANA DE LA FUENTE, Isabel: «La transmisión del dominio y las adquisiciones a non domino en la Ley inglesa de Venta de Bienes Muebles», en *RDP*, núm. 22, 2009, pp. 155 ss.

ARNUA MOYA, Federico: «La transmisión de la propiedad en el contrato de cesión de solar por obra futura», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2009, pp. 656 ss.

AYARZA SANCHO, José Alberto: «El carácter objetivo del retracto de colindantes», en *La Ley*, 2008-5, D-302.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Propiedad Intelectual: acción de cesación; acción de indemnización (Comentario a la STS de Supremo de 17 de abril de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 185 ss.

BONARDELL LENZANO, Rafael: «Hipotecas que flotan y dogmas que se hunden (sobre la inscripción de los créditos garantizados con hipoteca)», en *La Ley*, 2008-5, D-306.

BOTERO BERNAL, Andrés: «La utilidad o inutilidad de la posesión viciosa para la prescripción adquisitiva extraordinaria en Colombia», en *RJF-DUAM*, núm. 17, 2008, pp. 49 ss.

BUSTO LAGO, José Manuel: «Responsabilidad civil de las entidades de tasación en el mercado hipotecario. Daños causados a la entidad prestamista por negligente peritación de bienes inmuebles realizada por una entidad de tasación en orden a la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria. Inexistencia de responsabilidad civil de la tasadora en cuanto que la pericia fue realizada a instancia del prestatario y asumida por la entidad prestamista actora: Ausencia de daño y de relación de causalidad. (Comentario a la STS de 6 de febrero de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 93 ss.

CABANAS TREJO, Ricardo: «Hipotecas que flotan y dogmas que se hunden (sobre la inscripción de los créditos garantizados con hipoteca)», en *La Ley*, 2008-5, D-306.

CANALS BRAGE, Fernando: «La inscripción de la hipoteca. Artículo 12 LH, reformado por la Ley 41/2007. Su lectura por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos del asiento de inscripción del derecho real de hipoteca (más un apéndice con notas a la Resolución de la DGRN, de 24 de julio de 2008)», en *RCDI*, núm. 711, 2009, pp. 143 ss.

CARRASCO PERERA, Ángel: «El doble filo de la hipoteca global: *Caveat creditor?*», en *La Ley*, 2008-4, D-220.

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria», en *La Ley*, 2008-5, D-373.

CAZORLA GONZÁLEZ, M.^a José: «Dominio público y propiedad privada: la propiedad frente al deslinde administrativo», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2009, pp. 1237 ss.

CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón: «Llei del pret a l'habitatge i el seu vessant d'habitacions destinats a polítiques socials», en *RJC*, núm. 1, 2009, pp. 59 ss.

CORBACHO GÓMEZ, José Antonio: «Reflexiones sobre el derecho de superficie urbana», en *RCDI*, núm. 710, 2008, pp. 2281 ss.

CORDERO LOBATO, Encarnación: «El doble filo de la hipoteca global: *Caveat creditor?*», en *La Ley*, 2008-4, D-188.

CORDÓN MORENO, Faustino: «La legitimación activa del comunero para actuar en juicio en interés de la comunidad: Ley 372, II del Fuero Nuevo de Navarra (Comentario a la STSJ de Navarra de 26 de junio de 2007)», en *RJN*, núm. 44, 2007, pp. 117 ss.

DESSEMONTET, François: «Los principios del *American Law Institute*: propiedad intelectual y litigios transfronterizos», en *Indret*, núm. 2, 2009.

DÍEZ GARCÍA, Helena: «Las *recargas* de la hipoteca», en *RDP*, noviembre-diciembre 2008, pp. 3 ss.

EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles: «La aplicación del derecho de superficie en los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio: situación en Navarra», en *RJN*, núm. 45, 2008, pp. 11 ss.

ESPERANZA RODRÍGUEZ, Pablo de la: «La prenda de carteras dinámicas. Cuestiones prácticas», en *AAMN*, XLII, 2004, pp. 55 ss.

FELIÚ REY, Manuel Ignacio: «La nueva regulación europea de la figura del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio: la Directiva 2008/122/CE», en *DN*, núm. 222, 2009, pp. 19 ss.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: «La publicidad registral de la prenda de créditos: el nuevo párrafo tercero del artículo 54 de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento», en *CDC*, núm. 49, 2008, pp. 79 ss.

GIL GIL, Alicia, y MARTÍN FERNÁNDEZ, Carlos: «Sobre la tipicidad de la conducta de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su ilicitud», en *InDret*, núm. 2, 2009.

GARCÍA VIDAL, Ángel: «La acción reivindicatoria de un nombre de dominio», en *La Ley*, 2008-4, D-207.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: «El leasing inmobiliario como garantía real anómala», en *AAMN*, XLII, 2004, pp. 211 ss.

GORDILLO CAÑAS, Antonio: «¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema», en *AAMN*, XLII, 2004, pp. 95 ss.

GRAMUNT FOMBUENA, M.ª Dolores: «Tercería de dominio sobre especialidades farmacéuticas. Transmisión del dominio (Comentario a la STS de 11 de marzo de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 149 ss.

IGLESIA MONJE, María Isabel de la: «El nuevo derecho de superficie», en *RCDI*, núm. 712, 2009, pp. 669 ss.

JIMÉNEZ CLAR, Antonio J.: «La hipoteca inversa como instrumento de protección social», en *CDC*, núm. 49, 2008, pp. 97 ss.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «Anotaciones sobre la evolución histórica de los intereses», en *RCDI*, núm. 712, 2009, pp. 761 ss.

LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen: «Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa», en *RCDI*, núm. 711, 2009, pp. 215 ss.

— «Configuración registral del subsuelo disociado del suelo», en *RCDI*, núm. 712, 2009, pp. 695 ss.

MOLINA SANDOVAL, Carlos: «El *confirming* en el Derecho argentino», en *RDBB*, núm. 113, pp. 203 ss.

MADRID PARRA, Agustín: «Garantía de los valores hipotecarios y crisis financiera», en *RDCP*, núm. 10, 2009, pp. 49 ss.

MARTÍN LEÓN, Antonio: «Propiedad horizontal. Acuerdo no recogido estatutaria ni documentalmente por el cual se venía contribuyendo a los gastos generales en proporción inferior a la que correspondería según la cuota de participación. Mantenimiento de esa especial situación contributiva durante años. No modificación del título constitutivo. Posterior acuerdo mayoritario que establece la obligación de contribuir con arreglo a la cuota de participación: no procede su impugnación por falta de unanimidad (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 229 ss.

MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio: «Falsificaciones del título y protección registral», en *AAMN*, XLIII, 2005, pp. 247 ss.

MUÑOZ BENAVIDES, Carmen: «Validez de la venta extrajudicial de bien hipotecado: análisis de la última sentencia del Tribunal Supremo así como de la Resolución de la DGRN de 29 de diciembre de 2005», en *La Ley*, 2008-5, D-367.

NAVALES GONZÁLEZ, Silvia: «Los otros registros de la propiedad», en *La Ley*, 2008-5, D-314.

PALAZÓN GARRIDO, M.^a Luisa: «Libertad de creación y protección del derecho moral *post mortem auctoris*: el caso de *Los Miserables*», en *Actualidad Civil*, núm. 5, pp. 528 ss.

PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario», en *RCDI*, núm. 711, 2009, pp. 261 ss.

PICATOSTE BOBILLO, Julio P.: «Los modos de adquirir la servidumbre de paso en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia», en *Actualidad Civil*, núm. 9, 2009, pp. 999 ss.

PIÑEL LÓPEZ, Enrique: «El usufructo de participaciones de fondos de inversiónmobiliaria», en *AAMN*, XLII, 2004, pp. 155 ss.

PRADA GUAITA, Vicente María de: «La autonomía de la voluntad y las cláusulas no inscribibles», en *AAMN*, XLI, 2003, pp. 371 ss.

PRETEL SERRANO, Juan José: «La calificación registral y su alcance», en *RCDI*, núm. 712, 2009, pp. 721 ss.

PUJOL CAPILLA, Purificación: «Los rótulos que identifican el nombre y la actividad comercial del profesional. Los rótulos comerciales en los edificios en régimen de propiedad horizontal», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2009, pp. 363 ss.

QUESADA PÁEX, Abigail: «Hipotecas especiales», en *RCDI*, núm. 711, 2009, pp. 353 ss.

REINA TARTIÈRE, Gabriel de: «La anticresis: panorama tras la Ley Concursal», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2009, pp. 1 ss.

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo: «En Cataluña, la posesión de bienes muebles adquirida de buena fe no equivale al título», en *La Ley*, 2008-4, D-248.

RODRÍGUEZ SERRANO, Pedro: «Alcance del embargo anotado: especial referencia al apremio administrativo», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2009, pp. 3 ss.

ROGEL VIDE, Carlos: «Los directores de fotografía y las obras audiovisuales en la nueva ley del Cine», en *La Ley*, 2008-4, D-221.

SÁNCHEZ CEBRIÁN, Joaquín: «Reanudación o cumplimiento del tráctosucedido por sentencia dictada en un proceso declarativo», en *La Ley*, 2008-5, D-363.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos: «El nuevo recurso contra las calificaciones de los Registradores», en *AAMN*, XLIII, 2005, pp. 175 ss.

SANZ VIOLA, Ana María: «El derecho de habitación legal a favor del discapacitado», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2009, pp. 144 ss.

URÍA FERNÁNDEZ, Francisco: «Conclusiones provisionales a propósito de la Ley 41/2007», en *RDBB*, núm. 112, 2008, pp. 7 ss.
El trabajo analiza la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación

de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

URZAINQUI MINA, Tomás: «Éxito de las comunidades de propietarios en el conflicto por la libre contratación del mantenimiento de ascensores», en *RJN*, núm. 44, 2007, pp. 157 ss.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Libertad de creación literaria y protección *post mortem* del derecho al honor. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 51/2008, de 14 de abril», en *La Ley*, 2009-1, D-9.

DERECHO DE FAMILIA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Carácter ganancial o privativo de la deuda hipotecaria. Cargas y responsabilidad de la sociedad de gananciales y de los bienes privativos. Patrimonio ganancial y patrimonio privativo. Doctrina de la *reformatio in peius* (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 285 ss.

AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz: «Compensación económica por razón de trabajo y pensión compensatoria: pluralidad de leyes aplicables y necesidad del mecanismo de la adaptación», en *Indret*, núm. 1, 2009.

ARCH MARÍN, Mila, y JARNE ESPARCIA, Adolfo: «Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia por psicólogos forenses y juristas españoles. Un estudio piloto», en *RDF*, núm. 41, 2008, pp. 25 ss.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, y CASAL HERNÁNDEZ, Jesús M.: «Nuevas coordenadas para el derecho de filiación en Europa», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2009, pp. 635 ss.

BLASCO GASCÓ, Francisco de P.: «El desarrollo del Derecho Civil Valenciano: La Ley de régimen económico matrimonial valenciano», en *RJN*, núm. 46, 2008, pp. 45 ss.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre: aplicación de la ley extranjera», en *La Ley*, 2008-4, D-235.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre: aplicación de la ley extranjera», en *La Ley*, 2008-4, D-235.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús M., y BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «Nuevas coordenadas para el derecho de filiación en Europa», en *Actualidad Civil*, núm. 6, 2009, pp. 635 ss.

CILVETI GUBÍA, María Belén: «La liquidación de la sociedad conyugal de conquistas: el pasivo y la posición jurídica de los acreedores de la sociedad», en *RJN*, núm. 45, 2008, pp. 103 ss.

CORRAL GARCÍA, Eduardo: «La familia monoparental y el interés del menor», en *Actualidad Civil*, núm. 22, 2008, pp. 20 ss.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «La aplicación de las normas de régimen económico matrimonial a las uniones estables de pareja en el Derecho español: especial consideración de las singularidades del Derecho civil de Galicia», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2009, pp. 2 ss.

GÁMIZ SANFELIU, Marta: «Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativos del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 14 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2009, pp. 1163 ss.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: «El derecho de familia en Europa: panorámica entre dos siglos (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 22, 2008, pp. 1 ss.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: «La ejecución forzosa de las obligaciones de entrega de cosa determinada en los procesos de familia (I)», en *RDF*, núm. 42, 2009, pp. 23 ss.

JARNE ESPARCIA, Adolfo, y ARCH MARÍN, Mila: «Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia por psicólogos forenses y juristas españoles. Un estudio piloto», en *RDF*, núm. 41, 2008, pp. 25 ss.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Borja: «En defensa de la mediación familiar en violencia de género», en *RDF*, núm. 39, 2008, pp. 25 ss.

LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «Criterios generales de resolución en materia de reclamaciones económicas entre convivientes ampliamente invocados con limitado reconocimiento jurisprudencial», en *RDF*, núm. 39, 2008, pp. 53 ss.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.^a Teresa: «Consecuencias personales y patrimoniales de la guardia y custodia compartida», en *RDP*, núm. 22, 2009, pp. 75 ss.

MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel: «La adopción del menor: conflicto de intereses», en *RJC*, núm. 1, 2009, pp. 133 ss.

MORENO VELASCO, Víctor: «La adición o complemento de la liquidación de la sociedad de gananciales», en *La Ley*, 2008-5, D-372.

- «Caducidad de la acción ejecutiva y prescripción de las pensiones de alimentos establecidas por sentencia en procedimientos de familia», en *La Ley*, 2008-5, D-348.
- «La validez de los acuerdos prematrimoniales», en *La Ley*, 2008-5, D-313.
- «Atribución del uso de inmuebles distintos de la vivienda habitual en procedimientos relativos a crisis matrimoniales o de parejas de hecho», en *La Ley*, 2009-1, D-30.
- «La analogía *iuris* como forma de aplicación de la pensión por desequilibrio a las parejas de hecho», en *La Ley*, 2009-1, D-67.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «La intervención de especialistas en el proceso de familia», en *RJC*, núm. 1, 2009, pp. 157 ss.

POU AMPUERO, Felipe: «Constitución de pareja estable y consentimiento», en *RJN*, núm. 46, 2008, pp. 209 ss.

POUS DE LA FLOR, María Paz: «Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho», en *RCDI*, núm. 712, 2009, pp. 805 ss.

RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: «Recorrido práctico sobre el activo de la sociedad legal de gananciales», en *RDF*, núm. 40, 2008, pp. 23 ss.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Problemática jurídica de las indemnizaciones entre cónyuges (y ex cónyuges)», en *La Ley*, 2008-4, D-255.

— «Problemática jurídica de las indemnizaciones entre cónyuges (y ex cónyuges)», en *RJNot.*, núm. 67, 2008, pp. 517 ss.

RUISÁNCHEZ CAPALASTEGUI, Covadonga: «Nota sobre la privación de la patria potestad en el anteproyecto de modificación del Código Penal», en *InDret*, núm. 2, 2009.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.^a Belén: «El fondo de garantía de pensiones de alimentos como instrumento de prevención contra la violencia de género y la exclusión social de familias desestructuradas», en *RDF*, núm. 39, 2008, pp. 37 ss.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «La comunidad conyugal en liquidación (II)», en *RJNot.*, núm. 66, 2008, pp. 365 ss.

— «La comunidad conyugal en liquidación (III)», en *RJNot.*, núm. 67, 2008, pp. 547 ss.

TAMAYO HAYA, Silvia: «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», en *RDF*, núm. 41, 2008, pp. 35 ss.

— «Las uniones de hecho y las relaciones paterno-familiares en el derecho europeo», en *RDF*, núm. 42, 2009, pp. 59 ss.

VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «La declaración de idoneidad en la Ley de Adopción Internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre)», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2009, pp. 1134 ss.

VIDAL I CARDONA, Anna M.: «Determinación de la competencia judicial de los tribunales españoles en los litigios de familia extracomunitarios», en *RDF*, núm. 42, 2009, pp. 103 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Comunidad hereditaria y acción de partición: caracterización frente a la comunidad ordinaria y a la acción de división. Ejercicio de la *actio communi dividundo* por los coherederos frente a otro coheredero para dividir el bien principal del caudal relicto. Adecuación de la acción en consideración a las circunstancias del caso (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 333 ss.

ARANDA SORIA, Sonia, y GÓMEZ GÓMEZ, Isabel: «El testamento militar: una realidad», en *RJNot.*, núm. 66, 2008, pp. 9 ss.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «El testamento mancomunado. Reflexiones sobre su posibilidad teórica y su eventual utilidad práctica en Derecho civil común (Primera Parte)», en *RJNot.*, núm. 66, 2008, pp. 51 ss.

— «El testamento mancomunado. Reflexiones sobre su posibilidad teórica y su eventual utilidad práctica en Derecho civil común (Segunda Parte)», en *RJNot.*, núm. 67, 2008, pp. 9 ss.

BERMEJO PUMAR, María Mercedes: «El sistema legitimario en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (Segunda Parte)», en *RJNot.*, núm. 66, 2008, pp. 127 ss.

EGEA FERNÁNDEZ, Joan: «El nou règim juridic de la successió contractual», en *RJC*, núm. 1, 2009, pp. 9 ss.

ESPEJO RUIZ, Manuel: «Los problemas que plantea el artículo 1062 del Código Civil en la partición. Criterios del Tribunal Supremo y de la doctrina», en *RJNot.*, núm. 67, 2008, pp. 97 ss.

FONT I SEGURA, Albert: «La ley aplicable a los pactos sucesorios», en *InDret*, núm. 2, 2009.

GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: «Reserva lineal: libertad de disposición del reservista entre los reservatarios (Comentario a la STS de 11 de marzo de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 157 ss.

GÁMIZ SANFELIU, Marta: «Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativos del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 14 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2009, pp. 1163 ss.

GÓMEZ GÓMEZ, Isabel, y ARANDA SORIA, Sonia: «El testamento militar: una realidad», en *RJNot.*, núm. 66, 2008, pp. 9 ss.

IRURZUN GOICOA, Domingo: «Nociones sobre los cauces sucesorios y sus diferencias», en *RJNot.*, núm. 67, 2008, pp. 167 ss.

JIMÉNEZ PARÍS, José Miguel, y JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La escritura en el testamento ológrafo. Particular referencia al Derecho francés», en *RJNot.*, núm. 67, 2008, pp. 207 ss.

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción, y JIMÉNEZ PARÍS, José Miguel: «La escritura en el testamento ológrafo. Particular referencia al Derecho francés», en *RJNot.*, núm. 67, 2008, pp. 207 ss.

LÓPEZ FRÍAS, María Jesús: «Disposiciones a favor del alma del testador. De nuevo sobre la interpretación del art. 747 CC a la luz de la resolución de la RGRN de 9 de septiembre de 2006», en *RDP*, enero-febrero 2009, pp. 3 ss.

NAVAS NAVARRO, Susana: «El pacto sucesorio de atribución particular en el Código civil de Catalunya», en *InDret*, núm. 2, 2009.

PEINADO RUANO, Julián: «La transmisión *mortis causa* de la empresa mercantil», en *AAMN*, XLI, 2003, pp. 403 ss.

PEREÑA VICENTE, Montserrat: «Nuevo marco legal de los pactos sucesorios en el Derecho francés», en *RCDI*, núm. 710, 2008, pp. 2485 ss.

PÉREZ ESCOLAR, Marta: «Incidencia de la Ley 15/2005, de 8 de julio, en los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente», en *RJFDUAM*, núm. 17, 2008, pp. 177 ss.

POU AMPUERO, Felipe: «Ineficacia sobrevenida del testamento de hermandad», en *RJNot.*, núm. 67, 2008, pp. 495 ss.

ROMERO HERRERO, Honorio: «Responsabilidad del heredero y del legatario», en *AAMN*, XLI, 2003, pp. 453 ss.

TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina: «Competencia judicial internacional. Exequátur. Legitimación activa. Sucesiones. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 321 ss.

VIRGÓS SORIANO, Miguel: «Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español», en *AAMN*, XLII, 2004, pp. 181 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BARRANTES DÍAZ, Begoña: «La invocación de intereses generales en operaciones de concentración de dimensión comunitaria. El artículo 21.4 del Reglamento Comunitario de concentraciones», en *GJ*, núm. 7, 2009, pp. 7 ss.

BENAVIDES DEL REY, José Luis: «La publicidad registral mercantil: aspectos sustantivos y formales. Nuevas perspectivas en la sociedad de la información», en *AAMN*, XLIII, 2005, pp. 317 ss.

CANABANAS TREJO, Ricardo: «La aplicación de la reforma mercantil por la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *AAMN*, XLI, 2003, pp. 129 ss.

GARRIDO DE PALMA, Manuel: «La empresa familiar y el Derecho de sociedades», en *AAMN*, XLIII, 2005, pp. 99 ss.

MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Responsabilidad civil de eBay por infracción de marcas», en *La Ley*, 2008-4, D-259.

MARÍN NARROS, Héctor Daniel: «Principales aspectos jurídicos controvertidos de la captación desleal de clientes», en *RCDI*, núm. 710, 2008, pp. 2413 ss.

MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco: «El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia. La exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia», en *La Ley*, 2008-4, D-198.

MARTÍ MIRAVALLS, Jaime: «Poscódigos de conducta en las redes de franquicia: El modo americano *versus* el europeo», en *RDM*, núm. 269, 2008, pp. 901 ss.

MARTÍNEZ-CLACERRADA Y GÓMEZ, Luis: «El daño moral: sus manifestaciones en el derecho español», en *La Ley*, 2008-4, D-242.

MATA MUÑOZ, Almudena de la: «La función de cumplimiento normativo en el ámbito de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión: de Basilea II a MiFID y su transposición en España. El reconocimiento legislativo de una realidad práctica» en *RDBB*, núm. 113, 2009, pp. 7 ss.

MUÑIZ ESPADA, Esther: «Por la obligatoriedad de la inscripción de la explotación agraria en el Registro Mercantil», en *RCDI*, núm. 710, 2008, pp. 2329 ss.

PANCORBO LÓPEZ, Manuel Luis: «Reflexiones sobre la configuración jurídico-funcional de los usos del comercio», en *RDP*, enero-febrero 2009, pp. 77 ss.

PANIAGUA ZURERA, Manuel: «Las empresas de inserción en la Ley estatal 44/2007, de 13 de diciembre, reguladora de las empresas de inserción», en *CDC*, núm. 49, 2008, pp. 9 ss.

PEINADO RUANO, Julián: «La transmisión *mortis causa* de la empresa mercantil», en *AAMN*, XLI, 2003, pp. 403 ss.

PUJOL CAPILLA, Purificación: «Los rótulos que identifican el nombre y la actividad comercial del profesional. Los rótulos comerciales en los edificios en régimen de propiedad horizontal», en *Actualidad Civil*, núm. 4, 2009, pp. 363 ss.

SÁNCHEZ GRAELLS, Albert: «Competencia desleal y mercado de control societario: riesgo de excesiva injerencia judicial», en *La Ley*, 2008-4, D-228.

SANCHO GARGALLO, Ignacio: «Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia», en *InDret*, núm. 1, 2009.

URÍA FERNÁNDEZ, Francisco: «Conclusiones provisionales a propósito de la Ley 41/2007», en *RDBB*, núm. 112, 2008, pp. 7 ss.
El trabajo analiza la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

VALDÉS BURGI, Ángel: «La actividad de las empresas en el seno de las asociaciones empresariales a la luz de la jurisprudencia sobre defensa de la competencia», en *GJ*, núm. 7, 2009, pp. 39 ss.

VALLE HERNÁNDEZ, Ana María: «El Registro Mercantil electrónico», *RDNT*, núm. 18, 2008, pp. 19 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

ALONSO UREBA, Alberto: «Cesión global de activo y pasivo», en *RDS*, núm. 31, 2008, pp. 69 ss.

El trabajo se inserta en los estudios titulados: «Comentarios al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles».

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «Situaciones de bloqueo en las sociedades de capital. La disolución judicial y sus alternativas», en *CDC*, núm. 49, 2008, pp. 61 ss.

ANDRÉS AUCEJO, Eva: «Las sociedades profesionales: régimen fiscal de sus tipos societarios», en *RDS*, núm. 31, 2008, pp. 219 ss.

ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo: «Infracción del artículo 52 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. Transmisión a un tercero por parte de dos consejeros-delegados de todo el activo de la empresa, dejando a la sociedad sin actividad social, y todo sin conocimiento ni consentimiento de la Junta General de accionistas. Responsabilidad profesional del notario (Comentario a la STS de 17 de abril de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 171 ss.

BOQUERA MATARREDONA, Josefina: «Prelación de representaciones y votos emitidos electrónicamente en la Junta General de las Sociedades Anónimas», *RDNT*, núm. 19, 2009, pp. 51 ss.

DURÁN DE LA COLINA, Pablo: «Las prestaciones accesorias en las sociedades de capital», en *AAMN*, XLI, 2003, pp. 155 ss.

EMBID IRUJO, José Miguel: «Sociedad europea y sociedad anónima de derecho nacional (alemán): Ventajas de un tratamiento integrado», en *RDM*, núm. 269, 2008, pp. 997 ss.

ENGRÁCIA ANTUNES, José: «Fondos de inversión libre y Derecho de Sociedades» (traducción de Ignacio Farrando Miguel), en *RDBB*, núm. 113, 2009, pp. 7 ss.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: «Derechos de participación de los trabajadores en las fusiones transfronterizas intracomunitarias (Disposición final tercera)», en *RDS*, núm. 31, 2008, pp. 93 ss.

El trabajo se inserta en los estudios titulados: «Comentarios al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles».

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La información contable en la liquidación de las sociedades de capital. Un examen crítico del estado de la cuestión», en *RDS*, núm. 31, 2008, pp. 141 ss.

FUENTES NAHARRO, Mónica: «Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz», en *RDM*, núm. 269, 2008, pp. 1009 ss.

GALLEGO, Esperanza: «La culpabilidad y la inhabilitación en el concurso de sociedades. La aplicación retroactiva de la Ley Concursal», en *ADCon*, núm. 16, 2009, pp. 299 ss.

GARCÍA LAPUENTE, Antonio: «Cesión global de activos y pasivos de una asociación a favor de una fundación», en *RDS*, núm. 31, 2008, pp. 251 ss.

GARCÍA MAS, Francisco Javier: «Las sociedades profesionales: reflexiones en torno a la Ley 2/2007, de 15 de marzo», en *RJNot.*, núm. 67, 2008, pp. 109 ss.

GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, Manuel: «Presupuestos del embargo de bienes de los administradores en el concurso. Especial atención al presupuesto del peligro por la mora procesal y el embargo de los administradores de hecho», en *La Ley*, 2008-4, D-243.

GARRIDO DE PALMA, Manuel: «La empresa familiar y el Derecho de sociedades», en *AAMN*, XLIII, 2005, pp. 99 ss.

GONDRA, J. M.: «El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones», en *RDM*, núm. 269, 2008, pp. 841 ss.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén: «Responsabilidad por deudas sociales de administradores cesados en su cargo (Comentario a la STS de 5 de diciembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 77 ss.

HERRNÁNDEZ SAINZ, Esther: «Modelo de estatutos de una sociedad limitada profesional», en *RDS*, núm. 31, 2008, pp. 303 ss.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «Garantía por pasivos ocultos. Contenido de la garantía en el “compromiso de venta” y en la escritura pública de compraventa. Accidente en el tiempo intermedio del cual deriva responsabilidad para la sociedad, cuyos títulos fueron objeto de transmisión. Auditoría respecto del estado de los activos y los pasivos de la sociedad. Calificación jurídica de los documentos. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 271 ss.

HOPT, Klaus J.: «Problemática del Derecho Europeo de sociedades. En particular: el Consejo y las OPAS», en *RDS*, núm. 31, 2008, pp. 175 ss.

LEÓN SANZ, Francisco J.: «Transformación», en *RDS*, núm. 31, 2008, pp. 19 ss. El trabajo se inserta en los estudios titulados: «Comentarios al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles».

MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco: «El procedimiento de control de concentraciones y la supervisión por organismos reguladores de las Ofertas Públicas de Adquisición (I)», en *DN*, núm. 220, 2009, pp. 5 ss.

— «El procedimiento de control de concentraciones y la supervisión por organismos reguladores de las Ofertas Públicas de Adquisición (II)», en *DN*, núm. 221, 2009, pp. 5 ss.

MELERO BOSCH, Lourdes: «¿Debe adaptarse una sociedad de auditoría a la Ley de Sociedades Profesionales?», en *RDS*, núm. 31, 2008, pp. 259 ss.

MIQUEL SILVESTRE, José Antonio: «Ley de Sociedades Profesionales», en *La Ley*, 2008-4, D-226.

MUÑOZ GARCÍA, Alfredo: «La causa disolutoria por pérdidas graves, en las sociedades de capital, tras las últimas modificaciones normativas aprobadas por la Ley 16/2007, de 4 de julio, y el Real Decreto-ley 10/2008, de 12 de diciembre», en *RDM*, núm. 270, 2008, pp. 1435.

PACHECO CAÑETE, Matilde: «El nombramiento de los auditores de cuentas por el registrador mercantil o por el órgano judicial en las sociedades que pueden formular balance abreviado (Comentario a la STS de 9 de mayo de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 197 ss.

PAGADOR LÓPEZ, Javier, y PINO ABAD, Manuel: «La exclusión del socio mayoritario en las sociedades de responsabilidad limitada bipersonales», en *RDM*, núm. 270, 2008, pp. 1273 ss.

PADRÓS REIG, Carlos, y RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio: «Las acciones de oro, el Derecho de sociedades y el Mercado interior. Reflexiones a propósito de la STJCE sobre la Ley Volkswagen», en *GJ*, núm. 8, 2009, pp. 47 ss.

PAZ CANALEJO, Narciso: «Sociedades profesionales de forma cooperativa», en *La Ley*, 2008-4, D-256.

PAZ-ARES, Cándido: «*Ad impossibilia nemo tenetur* (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)», en *InDret*, núm. 9, 2009.

PINO ABAD, Manuel, y PAGADOR LÓPEZ, Javier: «La exclusión del socio mayoritario en las sociedades de responsabilidad limitada bipersonales», en *RDM*, núm. 270, 2008, pp. 1273 ss.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», en *RDCP*, núm. 10, 2009, pp. 19 ss.

RECALDE CASTELLS, Andrés: «Consideraciones de política-jurídica sobre el ejercicio de los derechos de voto, asistencia y representación a distancia (incluido el voto electrónico) en las sociedades anónimas españolas», en *RDNT*, núm. 19, 2009, pp. 19 ss.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando: «Escisión», en *RDS*, núm. 31, 2008, pp. 55 ss.

El trabajo se inserta en los estudios titulados: «Comentarios al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles».

RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «Incidencia de la Ley de Sociedades Profesionales en el régimen constitutivo de las sociedades colectivas y comanditarias simples», en *RDS*, núm. 31, 2008, pp. 271 ss.

RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio y PADRÓS REIG, Carlos: «Las acciones de oro, el Derecho de sociedades y el Mercado interior. Reflexiones a propósito de la STJCE sobre la Ley Volkswagen», en *GJ*, núm. 8, 2009, pp. 47 ss.

RONCERO SÁNCHEZ, Antonio: «La cobertura de vacantes en el consejo de administración de una sociedad anónima por el sistema de cooptación y el ejercicio del derecho de representación proporcional», en *RDS*, núm. 31, 2008, pp. 187 ss.

SÁEZ LACAVE, M.ª Isabel: «Las leyes y sus reformas: el caso de la sociedad en formación», en *CDC*, núm. 49, 2008, pp. 125 ss.

SÁNCHEZ LINDE, Mario: «Legitimación formal para el voto del accionista en la sociedad anónima. Algunas reflexiones sobre el régimen documental», en *La Ley*, 2008-4, D-288.

SEQUEIRAS MARTÍN, Adolfo: «Fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias», en *RDS*, núm. 31, 2008, pp. 33 ss.
 El trabajo se inserta en los estudios titulados: «Comentarios al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles».

— «Traslado internacional del domicilio social», en *RDS*, núm. 31, 2008, pp. 83 ss.
 El trabajo se inserta en los estudios titulados: «Comentarios al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles».

TENA PIAZUELO, Isaac: «Nulidad de las donaciones o cesión de activos para constituir una Fundación mediante la aportación de bienes de una Sociedad Anónima. Nulidad de los acuerdos de disolución y liquidación de la SA, al resultar contrarios al orden público societario, por no respetarse el derecho de un socio a participar en el patrimonio resultante de la liquidación. No caducan las acciones de impugnación de los acuerdos sociales cuando sean nulos. La finalidad lucrativa, como causa del contrato de sociedad. (Comentario a la STS de 29 de noviembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 41 ss.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: «La adaptación del derecho español a la reforma de 2006 de la Segunda Directiva sobre la constitución y el capital de la sociedad anónima», en *RDS*, núm. 31, 2008, pp. 117 ss.

VIERA GONZÁLEZ, A. Jorge: «La sociedad privada europea: una alternativa a la sociedad de responsabilidad limitada», en *RDM*, núm. 270, 2008, pp. 1331 ss.

VIÑUELAS SANZ, Margarita: «El know-how como aportación al capital social», en *RDS*, núm. 31, 2008, pp. 203 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

BENAVIDES DEL REY, José Luis: «La publicidad registral mercantil: aspectos sustantivos y formales. Nuevas perspectivas en la sociedad de la información», en *AAMN*, XLIII, 2005, pp. 317 ss.

BENITO OSMA, Félix: «El estatuto del administrador del fondo de pensiones en tiempos de crisis», en *RDM*, núm. 270, 2008, pp. 1475 ss.

BUSTO LAGO, José Manuel: «Responsabilidad civil de las entidades de tasación en el mercado hipotecario. Daños causados a la entidad prestamista por negligente peritación de bienes inmuebles realizada por una entidad de tasación en orden a la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria. Inexistencia de responsabilidad civil de la tasadora en cuanto que la pericia fue realizada a instancia del prestatario y asumida por la entidad prestamista actora: Ausencia de daño y de relación de causalidad. (Comentario a la STS de 6 de febrero de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 93 ss.

CANABANAS TREJO, Ricardo: «La aplicación de la reforma mercantil por la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *AAMN*, XLI, 2003, pp. 129 ss.

DAMBORENEA AGORRIA, Íñigo: «La estructura jurídica de los fondos de inversión», en *RDBB*, núm. 113, 2009, pp. 55 ss.

DÍAZ MORENO, Alberto, y GUERRERO LEBRÓN, M.^a Jesús: «Comisión de cobro de una exportación española llevada a cabo por un banco español con la intervención de un banco secundario extranjero (Comentario a la STS de Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 109 ss.

ENGRÁCIA ANTUNES, José: «Fondos de inversión libre y Derecho de Sociedades» (traducción de Ignacio Farrando Miguel), en *RDBB*, núm. 113, 2009, pp. 7 ss.

GUERRERO LEBRÓN, M.^a Jesús, y DÍAZ MORENO, Alberto: «Comisión de cobro de una exportación española llevada a cabo por un banco español con la intervención de un banco secundario extranjero (Comentario a la STS de Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 109 ss.

MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco: «El procedimiento de control de concentraciones y la supervisión por organismos reguladores de las Ofertas Públicas de Adquisición (I)», en *DN*, núm. 220, 2009, pp. 5 ss.

— «El procedimiento de control de concentraciones y la supervisión por organismos reguladores de las Ofertas Públicas de Adquisición (II)», en *DN*, núm. 221, 2009, pp. 5 ss.

MATA MUÑOZ, Almudena de la: «La función de cumplimiento normativo en el ámbito de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión: de Basilea II a MiFID y su transposición en España. El reconocimiento legislativo de una realidad práctica» en *RDBB*, núm. 113, 2009, pp. 7 ss.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael: «La normativa autonómica sobre Cajas de Ahorros. Un análisis comparado», en *RDBB*, núm. 112, 2008, pp. 41 ss.

URÍA FERNÁNDEZ, Francisco: «Conclusiones provisionales a propósito de la Ley 41/2007», en *RDBB*, núm. 112, 2008, pp. 7 ss.

El trabajo analiza la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

CONTRATOS MERCANTILES

CALZADA CONDE, M.^a Ángeles: «La subrogación del asegurador y la protección de los intereses de los asegurados», en *RDM*, núm. 270, 2008, pp. 1393.

DÍAZ MORENO, Alberto, y GUERRERO LEBRÓN, M.^a Jesús: «Comisión de cobro de una exportación española llevada a cabo por un banco español con la intervención de un banco secundario extranjero (Comentario a la STS de Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 109 ss.

ESPERANZA RODRÍGUEZ, Pablo de la: «La prenda de carteras dinámicas. Cuestiones prácticas», en *AAMN*, XLII, 2004, pp. 55 ss.

ESPIGARES HUETE, José Carlos: «La globalización de la garantía: Límites y corrección de la buena fe», en *RDM*, núm. 269, 2008, pp. 949 ss.

ESPINA, Daniel: «El carácter mercantil de la unificación internacional del Derecho contractual», en *RCDI*, núm. 710, 2008, pp. 2431 ss.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M.ª Belén: «¿Nueva regulación de los viajes combinados?», en *RDM*, núm. 269, 2008, pp. 1063 ss.

GUERRERO LEBRÓN, M.ª Jesús, y DÍAZ MORENO, Alberto: «Comisión de cobro de una exportación española llevada a cabo por un banco español con la intervención de un banco secundario extranjero (Comentario a la STS de Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 109 ss.

GUILLEM CARBAU, Javier: «La jurisprudencia comunitaria sobre productos defectuosos y el sector agroalimentario “¿Nueva regulación de los viajes combinados?”», en *RDM*, núm. 269, 2008, pp. 1031.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «Sobre la naturaleza de los intereses», en *RDBB*, núm. 113, 2009, pp. 171 ss.

MARTÍ MIRAVALLS, Jaime: «El fons de comerç como a dany emergent en la resolució abusiva d'un contracte de xarxa», en *RJC*, núm. 1, 2009, pp. 175 ss.

MATEU DE ROS, Rafael: «La ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», en *CDC*, núm. 49, 2008, pp. 101 ss.

MOLINA SANDOVAL, Carlos: «El *confirming* en el Derecho argentino», en *RDBB*, núm. 113, pp. 203 ss.

ROBLES LATORRE, Pedro: «Apuntes sobre la Directiva de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *RDP*, noviembre-diciembre 2008, pp. 97 ss.

RÖMER, Wolfrang: «La reforma del derecho del contrato de seguro en la República Federal de Alemania», en *RDM*, núm. 270, 2008, pp. 1515 ss.

RUBIO GIMENO, Gemma: «Reclamación de cantidad. Responsabilidad del porteador (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 409 ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

ESPERANZA RODRÍGUEZ, Pablo de la: «La prenda de carteras dinámicas. Cuestiones prácticas», en *AAMN*, XLII, 2004, pp. 55 ss.

MADRID PARRA, Agustín: «Garantía de los valores hipotecarios y crisis financiera», en *RDCP*, núm. 10, 2009, pp. 49 ss.

MIRANDA SERRANO, Luis María: «La morosidad de los pagos instrumentados en títulos valores: situaciones concursales y extraconcursales», en *RDCP*, núm. 10, 2009, pp. 117 ss.

MUÑOZ PAREDES, María Luisa: «Consideraciones sobre la revocación del cheque», en *RDBB*, núm. 112, 2008, pp. 97 ss.

PIZARRO MORENO, Manuel: «El mercado de los títulos de valores en una economía englobalizada», en *AAMN*, XLI, 2003, pp. 371 ss.

DERECHO CONCURSAL

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M.: «El nuevo Derecho concursal español», en *AAMN*, XLI, 2003, pp. 465 ss.

GALLEGOS, Esperanza: «La culpabilidad y la inhabilitación en el concurso de sociedades. La aplicación retroactiva de la Ley Concursal», en *ADCon*, núm. 16, 2009, pp. 299 ss.

GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, Manuel: «Presupuestos del embargo de bienes de los administradores en el concurso. Especial atención al presupuesto del peligro por la mora procesal y el embargo de los administradores de hecho», en *La Ley*, 2008-4, D-243.

HUALDE LÓPEZ, Ibon: «La eficacia de la compensación en la fase de liquidación del concurso», en *La Ley*, 2008-5, D-319.

MADRID PARRA, Agustín: «Garantía de los valores hipotecarios y crisis financiera», en *RDCP*, núm. 10, 2009, pp. 49 ss.

MANZANARES, Alberto: «Garantías de operaciones financieras, situaciones concursales y acciones de reintegración: a propósito de una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre el RDL 5/2005», en *La Ley*, 2009-1, D-37

MARTORELL ZULUETA, Purificación: «Admisión a trámite del concurso: el problema de la coexistencia temporal de diversas solicitudes relativas a un mismo deudor», en *La Ley*, 2009-1, D-4

MIRANDA SERRANO, Luis María: «La morosidad de los pagos instrumentados en títulos valores: situaciones concursales y extraconcursales», en *RDCP*, núm. 10, 2009, pp. 117 ss.

MUÑOZ DE BENAVIDES, Carmen: «Las acciones de reintegración concursal», en *La Ley*, 2008-4, D-187.

PULGAR EZQUERRA, Juana: «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», en *La Ley*, 2009-1, D-17.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones», en *RDCP*, núm. 10, 2009, pp. 19 ss.

RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: «La calificación de los créditos garantizados con fianza en el concurso de acreedores ¿por qué se quiere corregir la letra de la ley?», en *RDP*, núm. 22, 2009, pp. 23 ss.

ROBLES, Pedro: «El concursado heredero», en *ADCon*, núm. 16, 2009, pp. 147 ss.

ROCA GUILLAMÓN, Juan: «Responsabilidad civil de los administradores concursales», en *RDCP*, núm. 10, 2009, pp. 95 ss.

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo: «Algunas causas del fracaso concursal», en *La Ley*, 2008-5, D-328.

ROSILLO FAIRÉN, Alejandro: «El carácter predispuesto del convenio concursal», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2009, pp. 131 ss.

SÁNCHEZ LINDE, Mario: «La declinatoria en el concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 16, 2009, pp. 173 ss.

SARCINA, Antonio: «Razones de *iure condito* sobre una defectuosa reforma del sistema concursal italiano», en *ADCon*, núm. 16, 2009, pp. 99 ss.

TERRANOVA, Giuseppe: «Razones de *iure condendo* sobre una ineludible reforma del sistema concursal italiano. En particular, el problema de las acciones revocatorias», en *ADCon*, núm. 16, 2009, pp. 209 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

BENGOETXEA ARRIETA, Francisco: «Estudio de reciente jurisprudencia sobre gestión urbanística», en *RDU*, núm. 246, 2008, pp. 33 ss.

BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier: «Intervenciones arqueológicas en actuaciones urbanísticas: supuestos difíciles (Excavaciones en áreas no declaradas derivadas de evaluación de impacto ambiental, participación pública en las excavaciones preventivas y obligaciones arqueológicas en conjuntos históricos)», en *RDU*, núm. 247, 2009, pp. 67 ss.

BETTEL BARRERA, Alina del Carmen: «El silencio positivo *contra legem* en el Derecho urbanístico, punto crítico de encuentro entre los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima», en *RDU*, núm. 248, 2009, pp. 151 ss.

BRICEÑO CHAVES, Andrés Mauricio: «Introducción al sello ambiental en Colombia. El Sello Ambiental Colombiano como modelo de etiqueta para un Estado en desarrollo», en *RDA*, núm. 15, 2009, pp. 93 ss.

CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, Ángel: «Toda construcción a implantar, en cualquier clase de suelo, habrá de estar conectada a la malla urbana», en *RDU*, núm. 248, 2009, pp. 121 ss.

CASAR FURIO, María Emilia: «Interconexión normativa de la legislación urbanista y sectorial valenciana en materia de patrimonio cultural y de los bienes inmuebles de interés cultural en particular», en *RUE*, núm. 18, 2008, pp. 43 ss.

CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «Las infraestructuras estatales o autonómicas viarias que crean ciudad en las áreas metropolitanas. ¿Una clarificación definitiva o una solución de equidad (arbitrariedad)? A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo sobre la M-45 y la R-2 en el área metropolitana de Madrid», en *RDU*, núm. 246, 2008, pp. 95 ss.

FERNÁNDEZ PABLO, Marcos: «El derecho ambiental tras la Ley 42/2007 de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad», en *RDA*, núm. 15, 2009, pp. 23 ss.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «La revisión de oficio de las licencias urbanísticas en el marco del Texto Refundido de la Ley del Suelo», en *RUE*, núm. 18, 2008, pp. 67 ss.

GONZÁLEZ ALONSO, Augusto: «Normativa comunitaria y actuaciones de la Unión Europea de vigilancia y control del urbanismo español tras el Informe Fourtou de 2005», en *RDU*, núm. 248, 2009, pp. 13 ss.

GUILLÉN NAVARRO, Nicolás Alejandro: «La vivienda de protección oficial y su problemática a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RDU*, núm. 246, 2008, pp. 161 ss.

GUTIÉRREZ YURRITA, Pedro Joaquín: «Perspectiva ecológica para mejorar la aplicación de la ley ambiental de cara al cambio climático global», en *RDA*, núm. 15, 2009, pp. 81 ss.

JIMÉNEZ DURANTES, Manuel: «Algunas reflexiones sobre la relación entre instrumentos de planeamiento con incidencia territorial: desajustes, carencias y debilidades para la ordenación integral del territorio en México», en *RDU*, núm. 247, 2009, pp. 155 ss.

MARGARIT CABALLÉ, Jaime: «El régimen de fuera de ordenación y de volumen disconforme en la legislación urbanística catalana», en *RDU*, núm. 247, 2009, pp. 87 ss.

MEILÁN GIL, José Luis: «Planeamiento de nivel supramunicipal. El caso de Galicia como testigo», en *RDU*, núm. 247, 2009, pp. 17 ss.

MOLINA GIMENO: Francisco Javier: «Repercusiones de la transposición de la Directiva 2004/35/CE sobre la atenuante de reparación del daño ambiental», en *RDA*, núm. 15, 2009, pp. 127 ss.

— «Evolución jurisprudencial del delito y la falta de lesiones como resultado material del delito contra el medio ambiente en la modalidad de contaminación acústica», en *RDA*, núm. 15, 2009, pp. 139 ss.

PÉREZ RAMOS, Carlos, y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia: «Disciplina urbanística. Resoluciones jurisdiccionales relevantes en el año 2007», en *RDU*, núm. 246, 2008, pp. 63 ss.

PRATS RAMOS, Vicent: «Regulación jurídico-urbanística del uso de vivienda familiar en suelo rústico», en *RDU*, núm. 249, 2009, pp. 77 ss.

PUCHAL Y RUIZ, Marc: «Los nuevos paradigmas del urbanismo europeo», en *RDU*, núm. 247, 2009, pp. 49 ss.

REAL FERRER, Gabriel: «La redistribución positiva de la pobreza. Pobreza, migraciones y medio ambiente», en *RDA*, núm. 15, 2009, pp. 13 ss.

SARMIENTO ACOSTA, Manuel: «Los Planes Generales de Ordenación como paradigmas del urbanismo español», en *RDU*, núm. 248, 2009, pp. 53 ss.

SORO MATEO, Blanca: «El resarcimiento en caso de revocación de licencias ambientales: una cuestión controvertida», en *RDA*, núm. 15, 2009, pp. 61 ss.

SORO MATEO, Blanca: «Omisiónes de la administración en sede de planificación de espacios y recursos naturales», en *RDU*, núm. 249, 2009, pp. 173 ss.

SUÁREZ ACOSTA, Magdalena: «La accesibilidad en la edificación: reflexión general y nuevas perspectivas», en *RUE*, núm. 18, 2008, pp. 53 ss.

TARDÍO PÉREZ, José Antonio: «Las vías de obtención de suelo para fines de las universidades públicas, en especial, las peculiares del derecho urbanístico», en *RUE*, núm. 18, 2008, pp. 15 ss.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, y PÉREZ RAMOS, Carlos: «Disciplina urbanística. Resoluciones jurisdiccionales relevantes en el año 2007», en *RDU*, núm. 246, 2008, pp. 63 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

ALONSO GARCÍA, Ricardo: «La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico», en *REDE*, núm. 28, 2008, pp. 385 ss.

BARRANTES DÍAZ, Begoña: «La invocación de intereses generales en operaciones de concentración de dimensión comunitaria. El artículo 21.4 del Reglamento Comunitario de concentraciones», en *GJ*, núm. 7, 2009, pp. 7 ss.

CASO SEÑAL, Mercedes: «Mediación. Signo distintivo de Europa. La Directiva Comunitaria sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *La Ley*, 2008-5, D-309.

FELIÚ REY, Manuel Ignacio: «La nueva regulación europea de la figura del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio: la Directiva 2008/122/CE», en *DN*, núm. 222, 2009, pp. 19 ss.

GUICHOT REINA, Emilio: «Un paso decisivo en la clarificación de las relaciones entre derecho de acceso y derecho a la protección de datos: la Sentencia del TPI de 8 de noviembre de 2007, *Bavarian Lage / Comisión, T-194/04*», en *REDE*, núm. 29, 2009, pp. 375 ss.

GUILLEM CARBAU, Javier: «La jurisprudencia comunitaria sobre productos defectuosos y el sector agroalimentario en *RDM*, núm. 269, 2008, pp. 1031 ss.

— «¿Nueva regulación de los viajes combinados?», en *RDM*, núm. 269, 2008, pp. 1031.

GUINEA LLORENTE, Mercedes: «La política europea de vecindad y la estabilización del entorno próximo», en *RDCE*, núm. 31, 2008, pp. 830 ss.

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «Los intereses y el incumplimiento de las obligaciones pecuniarias en el futuro derecho civil europeo armonizado», en *La Ley*, 2008-5, D-308.

LEIBLE, Stefan: «El futuro del Derecho Privado europeo», en *La Ley*, 2008-5, D-381.

MELLADO RUIZ, Lorenzo: «Principio de buena administración y aplicación indirecta del Derecho Comunitario: instrumentos de garantía frente a la “comunitarización” de los procedimientos», en *REDE*, núm. 27, 2008, pp. 281 ss.

MOLINA GIMENO: Francisco Javier: «Repercusiones de la transposición de la Directiva 2004/35/CE sobre la atenuante de reparación del daño ambiental», en *RDA*, núm. 15, 2009, pp. 127 ss.

PADRÓS I REIG, Carlos: «El Táhur de Luxemburgo. La jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia sobre juegos y apuestas», en *REDE*, núm. 26, 2008, pp. 151 ss.

PADRÓS REIG, Carlos, y RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio: «Las acciones de oro, el Derecho de sociedades y el Mercado interior. Reflexiones a propósito de la STJCE sobre la Ley Volkswagen», en *GJ*, núm. 8, 2009, pp. 47 ss.

PÉREZ TREMPS, Pablo: La jurisdicción constitucional y la integración europea», en *REDE*, núm. 29, 2009, pp. 19 ss.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «El Reglamento UE, ROMA I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», en *La Ley*, 2008-4, D-201.

ROBLES LATORRE, Pedro: «Apuntes sobre la Directiva de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *RDP*, noviembre-diciembre 2008, pp. 97 ss.

RIPOLL CARULLA, Santiago: «La recepción de los actos normativos del Consejo de Europa y de las sentencias del TEDH en el Derecho español: a propósito del informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el derecho español», en *REDE*, núm. 28, 2008, pp. 475 ss.

RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio, y PADRÓS REIG, Carlos: «Las acciones de oro, el Derecho de sociedades y el Mercado interior. Reflexiones a propósito de la STJCE sobre la Ley Volkswagen», en *GJ*, núm. 8, 2009, pp. 47 ss.

VALDÉS BURGI, Ángel: «La actividad de las empresas en el seno de las asociaciones empresariales a la luz de la jurisprudencia sobre defensa de la competencia», en *GJ*, núm. 7, 2009, pp. 39 ss.

VELASCO CABALLERO, Francisco: «Procedimiento administrativo español para la aplicación del derecho comunitario», en *REDE*, núm. 28, 2008, pp. 433 ss.

WITTE, Bruno de: Los derechos europeos de las minorías», en *REDE*, núm. 28, 2008, pp. 411 ss.

DERECHO PROCESAL

ACHÓN BRUÑÉN, María José: «La caducidad de la acción ejecutiva», en *La Ley*, 2008-4, D-273.

BERMÚDEZ REQUENA, Juan Manuel: «Tutela judicial efectiva y ejecución por sustitución en procesos civiles», en *La Ley*, 2008-4, D-186.

CAMPO VILLEGRAS, Elías: «Aspectos notariales de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *AAMN*, XLI, 2003, pp. 209 ss.

CORDÓN MORENO, Faustino: «Las excepciones de prescripción y caducidad de la acción (Leyes 26 y 27 del Fuero Nuevo)», en *RJN*, núm. 45, 2008, pp. 77 ss.

DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Luis María: «*La function jurisdictionnelle*», en *InDret*, núm. 1, 2009.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «La jurisdicción voluntaria: una reforma legislativa pendiente», en *AAMN*, XLI, 2003, pp. 333 ss.

GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, Manuel: «Presupuestos del embargo de bienes de los administradores en el concurso. Especial atención al presupuesto del peligro por la mora procesal y el embargo de los administradores de hecho», en *La Ley*, 2008-4, D-243.

GIMENO SENDRA, José Vicente: «La casación civil y su reforma», en *La Ley*, 2009-1, D-57.

LOREDO COLUNGA, Marcos: «Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. La imparcialidad en el proceso civil: el deber de abstención. Arts. 99, 100 y 102 a 106 LEC», en *InDret*, núm. 2, 2009.

MAGRO SERVET, Vicente: «Acerca de la posibilidad de crear un registro de inscripción de sentencias firmes de desahucio», en *La Ley*, 2009-1, D-24.

MARTÍN CONTRERAS, Luis: «Algunas reflexiones sobre la tramitación de la ejecución de las sentencias», en *La Ley*, 2008-4, D-213.

MARTÍN DÍZ, Fernando: «Propuestas procesales ante la crisis hipotecaria inmobiliaria», en *La Ley*, 2009-1, D-72.

MICHAVILA NÚÑEZ, José María: «Primer año del pacto de Estado para la reforma de la justicia», en *AAMN*, XLII, 2004, pp. 251 ss.

ORTEGO PÉREZ, Francisco: «Reflexiones sobre la cuestionable eficacia de la ejecución dineraria (A propósito de la morosidad y el auge de ciertos métodos extrajudiciales)», en *La Ley*, 2008-4, D-232.

PERARNAU MOYA, Joan: «Monitorio: problemas procesales relativos a la pluralidad de demandados y sus distintas posturas defensivas», en *La Ley*, 2008-5, D-349.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «La intervención de especialistas en el proceso de familia», en *RJC*, núm. 1, 2009, pp. 157 ss.

PICÓ I JUNOY, Joan: «El juez civil y la prueba: una historia mal contada», en *La Ley*, 2009-1, D-12.

TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina: «Competencia judicial internacional. Exequátur. Legitimación activa. Sucesiones. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008)», en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 321 ss.

VIDAL I CARDONA, Anna M.: «Determinación de la competencia judicial de los tribunales españoles en los litigios de familia extracomunitarios», en *RDF*, núm. 42, 2009, pp. 103 ss.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías
RDP	Revista de Derecho Patrimonial
RDP <i>r</i>	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

InDret
La Ley

www.indret.com

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Aportación de bienes *in natura* a sociedades de capital y acción revocatoria del acreedor del socio aportante.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 23 de julio de 2007. Ponente: Excma. Sra. Doña Encarnación Roca Trías

JUAN IGNACIO PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho civil

SUMARIO: I. *Los hechos y el proceso.*—II. *La motivación del recurso y los fundamentos del fallo.*—III. *Comentario:* 1. La cuestión. 2. Concepto y naturaleza del acto de aportación de bienes *in natura* a sociedades de capital. 3. La inexistencia de impedimentos para la revocabilidad del acto de aportación. 4. Los requisitos objetivo y subjetivo de la acción revocatoria en el supuesto examinado en la sentencia comentada. 5. La solución del «levantamiento del velo» de la persona jurídica.

I. LOS HECHOS Y EL PROCESO

El Banco Central Hispano Americano, SA, había contratado con la sociedad Peninsular Eléctrica Industrial, SA, una póliza de descuento bancario, avalada por los demandados don Carlos Miguel y su esposa doña Daniela y por don Raúl y su esposa doña Julia. Al producirse un descubierto en cuenta, el Banco presentó demanda de juicio ejecutivo contra los avalistas, no consiguiendo embargar ningún bien al carecer de ellos dichos avalistas. El Banco interpone demanda contra los cónyuges Carlos Miguel/Daniela y la sociedad Jiluxtheir, SL, por entender que los esposos constituyeron la sociedad a la que aportaron sus bienes inmuebles gananciales y privativos para defraudar al Banco, pidiendo en la demanda la declaración de nulidad de la aportación

de los inmuebles a la sociedad y subsidiariamente su rescisión por fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando que el Banco demandante no había logrado probar la insolvencia de don Carlos Miguel, por lo que desestimó la demanda interpuesta contra los cónyuges Carlos Miguel/Daniela, mientras que la sentencia de la Audiencia Provincial, si bien rechazó la declaración de nulidad de la sociedad constituida porque no concurría ninguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 16 LSRL, declaró la rescisión por fraude de las aportaciones hechas a la sociedad, ya que se acreditaba el fraude y la concurrencia de los requisitos para declararlo. Interpuesto recurso de casación por los cónyuges y por la sociedad contra la sentencia de segunda instancia, el Tribunal Supremo desestima dicho recurso.

II. LA MOTIVACIÓN DEL RECURSO Y LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO

1. El recurso se basa en dos motivos. En ellos se denuncia la aplicación indebida del artículo 16 LSRL (motivo 1.º); y, por último, la aplicación indebida del artículo 1291.3 del Código Civil y del artículo 1294 del mismo Código, relativo a la subsidiariedad de la acción por fraude (motivo 2.º).

2. En el primer motivo del recurso se denuncia la aplicación indebida del artículo 16 LSRL: Los recurrentes argumentan que la voluntad de constituir la sociedad no es efectiva si no se aportan bienes. La rescisión sólo puede implicar la declaración a posteriori de la inexistencia de esa voluntad efectiva, por cuanto comporta la restitución de las aportaciones de parte de los socios. Esta extinción a posteriori impuesta por la resolución judicial altera el contrato asociativo inicial y supone la nulidad de la misma sociedad por la concurrencia de la causa prevista en el artículo 16 b) LSRL. Pero esta nulidad no es directamente resultado de la declaración de inexistencia de una voluntad originaria, sino que es el resultado de la rescisión declarada por la sentencia recurrida, por lo que materialmente nulidad se produce por el fraude de acreedores. Y el fraude no es una de las causas de nulidad previstas en el artículo 16 LSRL, por lo que la Audiencia aplica una causa de nulidad no prevista en la Ley. En definitiva, los recurrentes pretenden convencer a la Sala de que la rescisión va a producir una falta de capital, que va a llevar a la sociedad a desaparecer por una causa de nulidad que no es ninguna de las previstas en el artículo 16 LSRL. El Tribunal de Casación desestima el motivo del recurso por las siguientes razones: En primer lugar, porque la Audiencia no declara que la sociedad haya incurrido en una causa de nulidad distinta de las contenidas en el artículo 16 LSRL; en realidad, no declara la nulidad, sino la rescisión de las aportaciones por haberse producido un fraude de acreedores, que se considera probado; En segundo lugar, porque no puede producirse una nulidad sobrevenida de la sociedad por una disminución de capital que tiene lugar por haberse hecho las aportaciones con fraude de acreedores, puesto que, además, el fraude se produjo en el momento de aportarse los bienes, que fue la constitución de la sociedad. Se puede producir una disolución por causa de disminución del capital más allá de los límites permitidos, pero no la nulidad por causa sobrevenida (FD 2.º).

3. En el motivo segundo se denuncia la aplicación indebida del artículo 1291.3 del Código Civil y del artículo 1294 del mismo Código, relativo a

la subsidiariedad de la acción por fraude. En primer lugar, consideran los recurrentes que no se ha probado la insolvencia de los deudores demandados, ya que son titulares de las participaciones sociales que el Banco no intentó ni embargar ni ejecutar. En segundo lugar, los recurrentes entienden que no carecían de bienes, puesto que a cambio de los inmuebles aportados adquirieron unas participaciones proporcionales al valor aportado a la sociedad. Tampoco este motivo es acogido por el Tribunal Supremo por las siguientes razones: En primer lugar, porque en la sentencia recurrida ha quedado acreditado que la principal finalidad de la aportación de bienes a la sociedad fue la de sustraer el patrimonio de las deudas, que impide y dificulta extraordinariamente no sólo la satisfacción total del crédito, sino incluso parcial del mismo; En segundo lugar, porque no se ha probado el valor de las participaciones sociales (FD 3.º).

III. COMENTARIO

1. La cuestión

La sentencia objeto de este comentario propone a la reflexión del estudiioso una cuestión ciertamente original: si cabe la posibilidad de que el acreedor del socio de una sociedad de capital inscrita promueva la acción revocatoria contra la aportación de bienes *in natura* efectuada por su deudor.

Cuestión que en la sentencia comentada y en otras del Tribunal Supremo encuentra una solución positiva.

Dicho lo cual, nos proponemos en este breve comentario explicar las razones por las que procede el ejercicio de la acción revocatoria contra las aportaciones en el supuesto examinado en la sentencia comentada, lo que exige resolver dos problemas: si la admisibilidad del remedio es compatible con los principios del Derecho de sociedades y si concurren los requisitos de la acción revocatoria o pauliana.

2. Concepto y naturaleza del acto de aportación de bienes *in natura* a sociedades de capital

Las aportaciones no dinerarias, también denominadas *in natura*, consisten en la puesta a disposición de la sociedad de cualquier clase de bienes –corporales, incorporales, muebles, inmuebles– diversos al dinero, pero susceptibles de valoración económica, contra la entrega de derechos de participación social (Rubio Vicente, Pedro J., *La aportación de empresa en la sociedad anónima*, Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid, 1.ª edición, junio 2001, p. 117).

Merced a la aportación, el patrimonio social va a resultar incrementado con el ingreso en el mismo de determinados elementos patrimoniales. En consecuencia, las aportaciones *in natura* deben suponer una atribución patrimonial a favor de la sociedad, entendiéndose que existe atribución patrimonial cuando a través del acto realizado alguien procura a otro un beneficio o una ventaja patrimonial.

Por tanto, aquí estamos utilizando el término aportación como acción de aportar, acto por el que se produce un desplazamiento patrimonial. Entendida

bajo la acepción de acción de aportar, es clara la naturaleza de la aportación como acto traslativo de dominio o acto de enajenación, que opera la pérdida para el socio de la disponibilidad del bien que aporta. Los socios, con la aportación, logran independizar un patrimonio común que queda afecto al fin social. La sociedad goza de autonomía patrimonial con independencia de la personalidad jurídica. Lo que tiene especial relevancia habida cuenta de que cuando las aportaciones se efectúan a propósito de la constitución de la sociedad, el patrimonio común se forma antes de que la sociedad adquiera personalidad jurídica. El régimen vigente confirma la autonomía patrimonial. No hace falta esperar a la inscripción en el Registro Mercantil. Las aportaciones se han de efectuar –en la SRL al 100 por 100– en el momento de la escritura. Entonces tienen que transmitirse a la sociedad –por hipótesis, en formación– y ese es el momento relevante a efectos de valoración, de integración del capital y de transmisión del riesgo a la sociedad. La naturaleza de la aportación social como acto traslativo de dominio o acto de enajenación explica que, por analogía o por expresa disposición legislativa –art. 39 LSA al que remite el art. 20 LSRL–, se le apliquen, cuando se realicen a título de dominio, las normas sobre compraventa, en el buen entendido de que no se trata de una compraventa, de que la obligación del aportante no es la obligación del vendedor (Lojendio Osborne, Ignacio, «Aportaciones sociales», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo XIV, Volumen 1.º A, *Régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada*, dirigido por: Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, Civitas Ediciones, S.L., Primera edición, 1999, *sub art. 18*, pp. 521 ss.).

La singularidad de la constitución de la sociedad de capital radica, frente a la sociedad de personas, en la exigencia de forma pública e inscripción (arts. 7 núm. 1 LSA y 11 núm. 1 LSRL). Y ello ha planteado el problema de definir el régimen jurídico de la sociedad de capital en el período de tiempo que media entre el otorgamiento de la escritura y la inscripción en el Registro Mercantil. Según los textos legales, a partir del otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad de capital existe una sociedad con relevancia externa y dotada de autonomía patrimonial. La sociedad en formación es titular de su propio patrimonio desde el mismo momento en que se ha constituido en escritura, que ha sido formado inicialmente por las aportaciones de los socios. Como se ha señalado (Gardeazábal del Río, Francisco Javier, «La sociedad en formación (Su génesis y capacidad de obrar)», en *Estudios sobre la sociedad de responsabilidad limitada*, Víctor Manuel Garrido de Palma (dir.), Civitas Ediciones, SL, Madrid, Primera edición, 2004, pp. 27 y 85, recogiendo en esta última el contenido de la RDGRN de 22 de abril de 2000), la adquisición del dominio por la sociedad en formación de los bienes aportados por los socios se opera por efecto del otorgamiento de la escritura pública.

En conclusión, las aportaciones de bienes integran negocios traslativos directamente e inmediatamente a favor de la sociedad misma, la cual es la parte adquirente. La sociedad de capital en formación, con anterioridad a la inscripción en el RM, momento que le dota de su personalidad jurídica especial, adquiere los bienes aportados por efecto del otorgamiento de la escritura pública de constitución. Por tanto, con respecto a la acción revocatoria ejercitada contra la aportación en fraude de acreedores, la sociedad en formación tiene la cualidad de tercero adquirente directo o inmediato de la titularidad del bien aportado, al tratarse de un tercero ajeno al socio aportante, representado, en la relación con cada socio aportante, por los otros socios fundadores.

De modo que la sociedad no puede ser considerada, respecto al acto dispositivo de la aportación, como un tercero subadquirente.

Y la aportación en propiedad es un negocio de enajenación a título oneroso. En la relación social que se instaura como consecuencia del contrato de sociedad, el socio aportante realiza un sacrificio patrimonial inicial al objeto de satisfacer una exigencia funcional colectiva, que encuentra correspondencia y contraprestación en las utilidades originadas en el desenvolvimiento de la actividad social (derecho del socio a participar en las ganancias sociales o, dicho en otros términos, derecho del socio al dividendo, etc.) (ver ampliamente sobre la cuestión, Martorano, Francesco Saverio, *La revocatoria dei conferimenti in società di capitali*, en *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, 217, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 11 ss.). Pero con independencia de la calificación de la aportación como negocio oneroso o gratuito, a efectos del ejercicio de la acción revocatoria lo que hay que tomar en consideración es el carácter dispositivo del acto de aportación, ya que su realización comporta una modificación de la situación patrimonial del deudor aportante.

3. La inexistencia de impedimentos para la revocabilidad del acto de aportación

La revocabilidad de la aportación no puede excluirse con base en el argumento de que podrían verse afectados los intereses de los acreedores sociales, pues el principio de tutela de los acreedores sociales, aun siendo uno de los más importantes del Derecho societario, no es absoluto. Hay que tener en cuenta que la irregularidad de la aportación *in natura* realizada en fraude del acreedor constituye una vicisitud que no afecta a la relación entre socio y sociedad, sino a la relación del acreedor del socio aportante con la sociedad, con respecto a la cual el socio asume una posición pasiva, y precisamente de un acreedor que no hace valer derechos del socio, sino derechos propios a causa de la fraudulenta aportación, de modo que los intereses de los acreedores de la sociedad deben ser postergados. Otra cosa será determinar a continuación la incidencia de la ineffectuación rescisoria de la aportación en la relación socio aportante-sociedad (ver ampliamente sobre la cuestión, Martorano, *ob. cit.*, pp. 70 ss. Como dijo hace tiempo Picaro, no hay ninguna razón para otorgar a los acreedores sociales un tratamiento diverso del reservado en general a los acreedores del tercero contratante. Si la objeción fuera exacta, añade, debería excluirse, por existir identidad de razón, la acción revocatoria en todos los casos en que el adquirente del bien objeto de la acción tenga, a su vez, acreedores que podrían verse perjudicados en sus derechos por el procedimiento entablado. Picaro, Pio, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, Tip. Fratelli Ruggieri, Taranto, 1946, n. 21, pp. 53-54).

Tampoco la exclusión de la revocabilidad de la aportación puede basarse en el argumento del especial régimen de la nulidad de las sociedades de capital contenido en la LSA (art. 34) y en la LSRL (art. 16). En el caso objeto de la sentencia comentada, los recurrentes en casación se oponen a la rescisión por fraude de las aportaciones argumentando a tal fin que la rescisión conduce materialmente a la nulidad a posteriori de la sociedad, dado, afirman, que la restitución de las aportaciones rescindidas comporta la inexistencia de voluntad efectiva de constituir la sociedad. Y dicha nulidad, según ellos, no es directamente resultado de la declaración de inexistencia de una voluntad

originaria, sino que es el resultado de la rescisión declarada, por lo que la nulidad se produce por el fraude de acreedores. Y el fraude no es una de las causas de nulidad previstas en el art. 16 LSRL, por lo que entienden que la sentencia de la Audiencia aplica una causa de nulidad no prevista en la Ley. Sin embargo, como dice la sentencia del Tribunal Supremo comentada, no cabe confundir la rescisión de las aportaciones por fraude de acreedores con la nulidad de la sociedad. En consecuencia, la no revocabilidad de la aportación no puede basarse en el especial régimen de la nulidad de las sociedades de capital una vez inscritas (carácter taxativo de las causas de nulidad societaria). Y ello no sólo por el distinto tipo de ineficacia que produce la sentencia revocatoria, sino también, y muy principalmente, porque en nuestro Derecho los preceptos que regulan la nulidad de las sociedades de capital no abarcan los vicios o anomalías que pueden evidenciar las singulares aportaciones, de modo que el régimen de ineficacia de las posiciones individuales habrá que determinarlo mediante la aplicación de la disciplina del Derecho común. Por otra parte, la invalidez o ineficacia de la aportación no tiene por qué determinar la invalidez de la sociedad, pues, como se ha dicho (Sánchez Pachón, Luis Ángel, *Las causas de nulidad de las sociedades de capital*, Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor (Navarra), Primera edición, 2007, p. 715 y nota 1340), la invalidez o ineficacia de la aportación sólo habrá de determinar la invalidez de la sociedad en la medida en que la aportación sea esencial en y para el momento constitutivo de la sociedad e incurra en alguno de los supuestos del elenco de los motivos de invalidez de la sociedad que expresamente el legislador prevé.

Como la acción revocatoria tiene la función de restaurar la garantía genérica constituida por el patrimonio del deudor perjudicada por el acto de disposición patrimonial, cuya validez inter partes perdura, es evidente entonces que dicha acción, al menos directamente, no afecta a la sociedad en su complejo organizativo, dejando intacto, bajo el perfil de la validez, también el negocio constitutivo (Martorano, *ob. cit.*, pp. 64-65). El ejercicio victorioso de la acción conduce a la declaración de ineficacia del acto impugnado frente al acreedor impugnante, sin que eso se traduzca en un vicio del negocio constitutivo de la sociedad. Otra cosa distinta es que el éxito de la acción cause consecuencias o efectos en la organización societaria, como apunta la sentencia comentada cuando afirma que se puede producir una disolución de la sociedad por causa de disminución del capital más allá de los límites permitidos, pero no la nulidad sobrevenida de la sociedad (como se indica en la propia sentencia, las causas de nulidad o bien concurren en el momento de la constitución, o ya no pueden producirse con efectos retroactivos al momento de constituirse la sociedad).

Como consecuencia de todo lo anterior, la admisibilidad de la rescisión por fraude de las aportaciones in natura a sociedades de capital no entra en conflicto con su mecanismo normativo interno representado por la disciplina de la nulidad y que define el perfil patológico (Martorano, *ob. cit.*, p. 66).

4. Los requisitos objetivo y subjetivo de la acción revocatoria en el supuesto examinado en la sentencia comentada

Visto que el ejercicio de la acción revocatoria contra las aportaciones sociales no es incompatible con los principios generales que rigen en materia

de sociedades, hay que centrarse a continuación en el estudio de los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción revocatoria.

Si tenemos en cuenta las afirmaciones que contiene la sentencia comentada, resulta evidente que la verdadera ratio decidendi que condujo a la rescisión por fraude del acto de aportación de bienes inmuebles a la sociedad de capital constituida fue el comportamiento fraudulento de los cónyuges, consistente en sustraer sus bienes inmuebles a la acción ejecutiva del Banco acreedor, principal finalidad de la aportación. De modo que el fraude, es decir, el ánimo defraudatorio de los socios fundadores, aparece como el elemento central en la disciplina de la rescisión de la aportación de bienes in natura a sociedad de capital en el caso que comentamos. Y eso puede llevar a pensar que para la revocabilidad de un acto no basta cualquier perjuicio causado al crédito, sino que es necesario un perjuicio *cualificado* por el elemento intencional de sustraer los bienes a la función de garantía que les atribuye el art. 1911 Código Civil. Sin embargo, el examen de las decisiones del Tribunal Supremo en materia de rescisión por fraude de actos a título oneroso pone de relieve que aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, basta demostrar el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer (ver en este sentido STS 17 julio 2006 –RJ 2006, 4960– y ampliamente acerca del elemento subjetivo de la acción revocatoria en el Derecho español nuestro libro *Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el Código civil español*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001, pp. 223 ss.). Lo que ocurre es que en el caso objeto de la sentencia comentada quedó acreditada la finalidad de los esposos fundadores de la sociedad de sustraer el patrimonio a la acción ejecutiva entablada contra ellos. Y la constatación de la intención defraudatoria constituye, como afirma la STS 25 mayo 2007 –RJ 2007, 3180–, el resultado de un proceso de valoración que, antes que jurídico, tiene un componente fáctico, que entraña con los hechos que se han tenido por probados en el proceso.

Y puede ocurrir que la maniobra fraudulenta comprenda también la transmisión a terceros de las participaciones sociales suscritas por los socios fundadores. Tal circunstancia, especialmente cuando se produce poco tiempo después de la suscripción, confirmará no sólo la existencia del perjuicio, sino también que la transmisión de las participaciones sociales había sido programada. En ese caso, la conexión entre los diversos y sucesivos actos dispositivos deberá apreciarse a través del elemento subjetivo del *consilium fraudis*, de modo que todos los actos aparezcan encaminados al resultado final del perjuicio y comprendidos en una representación unitaria por parte del deudor. No obstante, la maniobra fraudulenta señalada (deudor que constituye una sociedad a la que aporta los bienes de su propiedad para después transmitir la propia participación social) se producirá raramente, porque el deudor que quiere defraudar a sus acreedores optará antes, cuando ello es posible, por enajenar directamente sus bienes a terceros adquirentes para a continuación proceder a la ocultación de la cantidad recibida (así lo señala Lucchini Guastalla, Emanuele, *Sulla revoca del conferimento in frode ai creditori*, en *Giur. Comm.*, Vol. 23-II, 1996, nota 26, p. 28).

El problema que se plantea respecto al requisito subjetivo de la revocatoria es el de concretar el sujeto o los sujetos a los que atribuir una participación psíquica en la realización del acto revocable. En este sentido hay que partir de la imposibilidad de imputar el estado subjetivo a la sociedad. Se ha señalado a este respecto (ver Portale, Giuseppe B., *Mancata attuazione del conferimento in natura e limiti del principio di effettività del capitale nella*

società per azioni, en *Riv. Soc.*, Vol. 43-II, 1998, p. 68) que la revocación de la aportación realizada para la constitución de la sociedad comporta la singularidad de un desdoblamiento de la posición de tercero en dos diversos sujetos: el uno como destinatario del acto impugnado (la sociedad), el otro como punto de referencia para verificar la concurrencia del elemento subjetivo (los otros socios fundadores). En cuanto a si el elemento subjetivo debe estar presente no sólo en el socio aportante, sino también en los demás socios fundadores, la respuesta doctrinal más razonable se orienta en el sentido de que no es determinante para el éxito de la acción revocatoria acreditar la responsabilidad de todos los socios fundadores (ver sobre esta cuestión, Martorano, *ob. cit.*, pp. 114 ss.). Y parece fuera de toda duda que el elemento subjetivo debe concurrir en la fase constitutiva de la sociedad, es decir, en el momento del otorgamiento de la escritura pública de constitución de la sociedad de capital.

Volviendo nuevamente a la sentencia objeto de este comentario, del relato de hechos probados se desprende que los socios fundadores realizaron una aportación real y verdadera de bienes inmuebles a la sociedad constituida. De modo que el negocio impugnado con la acción rescisoria por fraude de acreedores es existente y realmente querido y con la acción se persigue obtener la declaración de ineficacia del acto de aportación frente al acreedor impugnante al objeto de reconstruir la garantía genérica que representa el patrimonio de los deudores. Diversa es la situación de las aportaciones ficticias o inexistentes, porque en dicha situación el desplazamiento de las propiedades de los deudores a favor de la sociedad que ellos mismos constituyen es sólo aparente, porque no se produce un efectivo desplazamiento patrimonial de los bienes de los deudores a la sociedad. Lo que constituye un supuesto de simulación de la aportación: los deudores simulan el acto de disposición de bienes con objeto de defraudar a los acreedores. Por tanto, al contrario de lo que ocurre con el negocio impugnado con la acción revocatoria, el impugnado por simulación existe sólo aparentemente. Eso no excluye la posibilidad del ejercicio conjunto subsidiario de ambas acciones, o bien la una en un momento sucesivo respecto de la otra. Lo que encuentra justificación en el hecho de que el acto simulado, como el acto revocado, aunque ineficaz, es de cualquier modo susceptible de producir efectos respecto de los terceros de buena fe (ver sobre este particular, De Castro y Bravo, Federico, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1985, Reimpresión, 1991, pp. 360 ss.; Cárcaba Fernández, María, *La simulación en los negocios jurídicos*, Librería Bosch, Barcelona, 1986, pp. 141 ss.), y eso puede traducirse en un perjuicio para los acreedores como si se tratase de un acto revocable. Está justificado también porque el acreedor no se encuentra normalmente en condiciones de distinguir el acto simulado del válido y, pues, revocable, ya que los motivos que están en la base de los dos actos pueden ser los mismos: por ejemplo, sustraer algunos o todos los bienes a la acción ejecutiva del acreedor (ver sobre la acción revocatoria y la acción de simulación nuestro libro *Perfiles...*, *ob. cit.*, pp. 189 ss. Acerca de las consecuencias de la simulación de la totalidad o de parte de las aportaciones, ver Sánchez Pachón, *ob. cit.*, pp. 738 ss.).

Otra cosa es que, reconociendo el efectivo y real desplazamiento patrimonial de los bienes de los deudores a la sociedad, pueda discutirse la validez de la aportación por causa ilícita, cuando los hechos revelen la existencia de una motivación ilícita en los aportantes, como, por ejemplo, la señalada en el supuesto en examen de eludir la ejecución de los bienes. En este caso, como en aquel de la simulación, la invalidez de la aportación por ilicitud de

la causa producirá consecuencias distintas según que afecte a una determinada aportación o a todas las aportaciones, hipótesis esta última que se dará cuando todos los socios fundadores persigan con las aportaciones el mismo fin fraudulento de hacer fracasar los derechos de los acreedores (aunque formalmente la causa societaria sea el fin común centrado en la obtención de ventajas de contenido económico, la función concreta querida por los contratantes será ilícita).

En lo relativo al requisito objetivo del perjuicio, el otro requisito necesario para ejercitarse la acción revocatoria con éxito, se deduce de la propia sentencia que comentamos que el perjuicio no es *in re ipsa* cuando las participaciones sociales toman el lugar de los bienes inmuebles aportados. En nuestro Ordenamiento no existe ninguna norma que permita afirmar que, desde el punto de vista de la tutela del crédito, un inmueble constituye en todo caso una garantía patrimonial mejor (desde el punto de vista cualitativo) que una participación social; si así fuese, el deudor se encontraría constreñido a no poder disponer de los bienes inmuebles que posee sino en la medida en que el valor de los mismos exceda del de las obligaciones de las que deba responder, impidiéndole, de hecho, gestionar libremente el propio patrimonio (Lucchini Guastalla, *ob. cit.*, pp. 21-22). El acreedor puede realizar su derecho mediante el embargo y ejecución de los bienes del deudor, entre los cuales se encuentran sus participaciones sociales de SRL. Las participaciones de SRL constituyen, pues, derechos embargables y ejecutables susceptibles de materializar el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor *ex art. 1911 Código Civil*, como se deriva con total claridad del art. 31.1 LSRL (Alonso Espinosa, Francisco José, *Comentarios a la ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Coordinadores: Ignacio Arroyo y José Miguel Embid, Editorial Tecnos, S.A., 1997, *sub art.* 31, p. 361). Por tanto, la entrada de participaciones sociales en el patrimonio del deudor en pago de su aportación no produce necesariamente una disminución cuantitativa de su patrimonio perjudicial para sus acreedores, porque los derechos sociales del aportante vendrían a ocupar el lugar de los bienes aportados. No obstante lo dicho, sí cabe hablar de un empobrecimiento del patrimonio personal del deudor aportante, es decir, de una modificación cuantitativa perjudicial para sus acreedores, cuando el valor nominal de las participaciones sociales del aportante no se corresponde con el valor de los bienes que se aportan para la constitución de la sociedad, o sea, cuando los bienes que se aportan están claramente infravalorados, siendo el importe nominal de las participaciones insuficiente para cubrir la deuda contraída, como pone de relieve la STS 3 octubre 2007 (RJ 2007, 5315). Tanto en esta última sentencia como en la que es objeto del comentario, para apreciar el perjuicio el Tribunal Supremo tiene en cuenta el hecho de que no se probó por los deudores demandados el valor de las participaciones sociales, por lo que, como se dice en la sentencia 3 octubre 2007, hay que tomar como base el importe nominal de las mismas, insuficiente para cubrir la deuda contraída. Y estima, además, en las dos sentencias, que la aportación de los inmuebles efectuada por los deudores a la sociedad constituida por ellos mismos supone no sólo una disminución cuantitativa de la garantía patrimonial, sino también cualitativa, dado que la sustitución de un bien por otro impide o dificulta en gran medida o extraordinariamente la satisfacción total o parcial del crédito, y ello por la complicada realizabilidad de las participaciones a la hora de instar un embargo judicial para la satisfacción de créditos pendientes por parte de su titular. En la sentencia 3 octubre 2007 se pone de relieve claramente la dificultad del embargo de partici-

paciones sociales, dada la regulación legal, máxime cuando, se dice, el administrador de la sociedad cuyas participaciones se embargan es el propio deudor sin cuya colaboración el embargo de participaciones deviene prácticamente imposible. En efecto, no cabe ignorar la importancia de la actuación del órgano de administración de la sociedad en el embargo de las participaciones sociales. Por otra parte, aunque es cierto, como ya hemos señalado, que las participaciones sociales son embargables y transmisibles, nada permite asegurar que se llegue a tiempo antes de que hayan sido a su vez transmitidas a un tercero o bien a que se descapitalice la sociedad con la venta de los propios inmuebles aportados. La sentencia 3 octubre 2007 destaca el valor real incierto de las participaciones sociales, pues, como afirma, la sociedad ni tenía actividad alguna ni cumplió con la obligación legal de presentar sus cuentas y balances anuales desde su constitución (este fenómeno de «sociedad inactiva», en el que no existe ninguna actividad, ninguna intención de acometer ninguna empresa, se contempla también por cierta doctrina como un supuesto de invalidez por simulación absoluta de su objeto social. Ver Sánchez Pachón, *ob. cit.*, pp. 754 ss.).

Por todas las razones expuestas, si bien la participación social se presenta en abstracto como idónea para garantizar la satisfacción forzosa del acreedor, sin embargo, en no pocas ocasiones podría revelarse del todo privada de cualquier utilidad práctica.

En conclusión, no pudiéndose mantener de forma apriorística que la sustitución inmueble-participación social es intrínsecamente perjudicial, queda claro que el problema de la existencia del perjuicio en el tema de la aportación in natura a sociedad de capital debe resolverse necesariamente a través de una atenta valoración de las circunstancias del caso concreto. Y es que, en definitiva, el perjuicio, cuando no consiste en un inmediato empobrecimiento del patrimonio del deudor, constituye una res facti que puede variar notablemente en relación con las circunstancias del caso concreto (Lucchini Guastalla, *ob. cit.*, p. 22, nota 12).

5. La solución del «levantamiento del velo» de la persona jurídica

Para terminar este comentario hay que decir que en casos análogos al que nos ocupa de aportaciones inmobiliarias al capital de una sociedad al tiempo de su constitución a cambio de acciones o participaciones sociales, en los que, existiendo una aportación formal a la sociedad, se evidencia una sustancial confusión e identidad entre las personas físicas de los aportantes y la personalidad jurídica de la sociedad familiar, en la que aquéllos siguen conservando el control sobre los bienes, lo que puede implicar un ejercicio abusivo y antisocial del derecho a constituir sociedades mercantiles aprovechando su personalidad jurídica diferenciada para eludir la responsabilidad personal de los fundadores en perjuicio de los derechos de los terceros, incumpliendo sus obligaciones frente a sus acreedores mediante la aportación al ente social de tales bienes, nuestro TS permite penetrar en el «substratum» de la persona jurídica, aplicación que no requiere negar la personalidad jurídica de la sociedad a la que se aportan bienes por los deudores apremiados ni declarar la nulidad de la misma, sino que se trata, pura y simplemente, de declarar la inoponibilidad de ese acto de aportación de los bienes al acervo social frente a los acreedores del socio aportante, que ven así alterado el régimen de responsabilidad universal de su deudor (art. 1911CC), al quedar

dicho deudor, como consecuencia directa de ese negocio jurídico de aportación, en una situación de insolvencia intencionalmente provocada (entre otras, SSTS 11 noviembre 1995 –RJ 1995, 8118– y 23 enero 1998 –RJ 1998, 547–). Por tanto, nuestro TS aplica en determinados casos la doctrina del levantamiento del velo declarando el acto de aportación inoponible a los acreedores del socio aportante. Según dicha doctrina, debe considerarse que la sociedad carece de la titularidad real y efectiva de los bienes o, dicho de otro modo, debe considerarse que los sujetos aportantes implicados continúan siendo titulares de los correspondientes elementos que hasta ese momento configuraban el patrimonio social. Según la STS 20 julio 1996 –RJ 1996, 5678–, «La aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el «levantamiento del velo» de la persona jurídica en modo alguno produce como efecto la desaparición de la misma, sino que el acreedor o el tercero que se estimase perjudicado por su existencia, ocultando a través de la forma la realidad subyacente, podrá actuar contra ella para hacer efectivos sus derechos, dicho en otros términos, responderá como deudora sujeta al art. 1911 del Código Civil». Ahora bien, una cosa es la doctrina referida, que parte de la identidad subjetiva entre la sociedad y las personas físicas de los aportantes, y otra la rescisión por fraude de acreedores del acto de aportación, pues en este caso se parte del reconocimiento de la sociedad como sujeto independiente (ver en este sentido STS 19 abril 2006 –RJ 2006, 4671–).

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Pilar BENAVENTE MOREDA, Eva CANO VILÀ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María LUBOMIRA KUBICA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Alfons SURROCA COSTA, Laura ZUMAQUERO GIL.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Abuso de derecho.–Constituye abuso de derecho o una extralimitación en el ejercicio del mismo la decisión adoptada por la Junta de una sociedad en virtud de la cual se discrimina a uno de los accionistas sin que exista causa alguna que lo justifique. (**STS de 21 de septiembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.–Varios hermanos heredaron un importante patrimonio familiar al fallecer su madre, quien había dispuesto en su testamento la constitución de una sociedad de la que todos ellos fueran accionistas, y cuya Junta tendría el poder de disponer de los bienes del patrimonio social, constituido por distintos inmuebles de la herencia, siendo expreso deseo de la testadora que sus hijos pudieran convivir en los terrenos de la sociedad como venían haciéndolo,

pero dejando en última instancia a la sociedad la decisión de quiénes de ellos convivirán en el futuro. Transcurridos poco más de diez años, la Junta autorizó al administrador único de la sociedad para iniciar las acciones necesarias para lograr el desalojo de una de las herederas y accionistas, lo que dio lugar al origen del pleito, en que se ejercitó –frente a esta última– demanda declarativa del dominio y de desalojo por falta de título de posesión. La demanda fue desestimada en primera instancia, pero estimada en apelación por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo casó la anterior y confirmó la sentencia de primera instancia. (C. J. D.)

2. Prescripción de la acción. Interrupción del plazo. La solicitud de diligencias preliminares preparatorias del juicio es un medio hábil para interrumpir el plazo prescriptivo.—La petición de exhibición y depósito del bien objeto de la futura demanda tiene virtualidad para interrumpir la prescripción de la acción, pues expresa una voluntad claramente conservativa de un derecho. Pero es necesario que además de utilizarse un medio idóneo, concurran otros requisitos. A saber: *a)* que se identifique con claridad tanto el derecho que se pretende conservar como la persona frente a la que se trata de hacer valer; *b)* que dicha voluntad conservativa llegue a conocimiento del deudor. Requisito que no concurre en el presente caso, pues al no encontrarse el objeto en el lugar del requerimiento, y librado exhorto para cumplir la diligencia de exhibición en el lugar donde se hallaba, no tuvieron los demandados más noticias de la reclamación desde el requerimiento; habiendo transcurrido más de cinco años desde dicha fecha y no pudiendo contarse desde el día del libramiento del exhorto, pues se trató de una diligencia procesal de la que no se dio traslado o comunicación a la parte contraria, por lo que no puede adjudicársele el efecto interruptivo pretendido. (STS de 12 de noviembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La actora vendió a los demandados, en régimen de arrendamiento financiero, una grúa-torre. La falta de pago de diversas cuotas determinó la acción de la demandante, que reclamó la resolución del contrato y el abono de las mensualidades pendientes de pago. Los demandados opusieron, entre otras cosas, la prescripción de la acción, al entender que habían transcurrido más de cinco años desde el vencimiento de la última cuota impagada. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Alicante estimaron la acción al considerar que el plazo de prescripción se había interrumpido cuando la actora interesó la práctica de diligencias preliminares de exhibición y depósito de la cosa. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación planteado por los demandados. (I. D.-L.)

3. Prescripción de la acción de responsabilidad civil en casos de solidaridad impropia.—En este campo la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha experimentado una evolución. Hasta las SS de 23 de junio de 1993 y 13 de octubre de 1994 se seguía el criterio de acuerdo con el cual el artículo 1974 CC se aplicaba a la responsabilidad extracontractual cuando debía condenarse solidariamente a varios causantes por el mismo

daño. El 27 de marzo de 2003 la Junta General de los Magistrados de la Sala 1.^a tomó el siguiente acuerdo: «el párrafo primero del artículo 1974 del Código Civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente».

Las SSTS de 6 de junio de 2006 y 28 de mayo de 2007 han confirmado esta doctrina afirmando que «si la solidaridad no nace sino de la sentencia, que es la llamada solidaridad impropia, la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores no alcanza a otro, ya que no era deudor solidario y sólo lo fue desde la sentencia que así lo declaró, no antes». (STS de 19 de octubre de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El actor interpone demanda de responsabilidad civil extracontractual contra el autor del daño, el propietario del vehículo y la empresa en la que trabajaba el autor del daño, reclamando la condena solidaria de todos ellos. El actor había seguido un procedimiento de faltas contra el autor del daño, había interpuesto una demanda por los trámites del juicio verbal del automóvil contra el conductor del vehículo, su propietario y la aseguradora. Sin embargo, nunca antes del presente procedimiento el actor había ejercido acción contra la empresa en la que trabajaba el autor del daño.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena al autor del daño y a la empresa en la que éste trabajaba.

La Audiencia Provincial modifica la sentencia de instancia en el único sentido de no apreciar concurrencia de culpas.

Los demandados interponen recurso de casación. En concreto, la empresa invoca la prescripción de la acción por haber transcurrido más de seis años desde que acaeció el hecho dañoso y no ser de aplicación al caso el artículo 1974.1 CC en virtud del cual «la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores». (B. F. G.)

4. Interrupción de la prescripción en los supuestos de solidaridad impropia.—Constituye una regla general en los supuestos de solidaridad impropia, tal y como sucede cuando se ejerce la acción de reclamación de daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual, que, para interrumpir válidamente el plazo de prescripción de un año al que se refiere el artículo 1968.2.^º CC, es imprescindible requerir, judicial o extrajudicialmente, de modo individualizado, a cada uno de los posibles implicados en el hecho dañoso, sin que los efectos interruptivos, derivados del requerimiento dirigido a uno de ellos, se hagan extensivos o aprovechen a los demás. Pero las SSTS de 14 de marzo y 5 de junio de 2003 exceptúan de esta regla general en el ámbito de la llamada solidaridad impropia, los casos en que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, supuesto en que la interrupción afectará también a quien no fue directamente

destinatario del requerimiento. (**STS de 9 de octubre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Los demandantes, viuda e hijos, respectivamente, de un marinero fallecido en la colisión entre un buque petrolero y un barco pesquero, a través de su abogada y tras el archivo del procedimiento penal, dirigen una reclamación extrajudicial mediante telegrama, a los efectos de interrumpir la prescripción de la acción para reclamar responsabilidad civil extracontractual, tanto a la propietaria, al capitán y al primer oficial del petrolero como al propietario del barco pesquero, para el que faenaba el marinero fallecido. Pero a partir de la fecha de la muerte del propietario del barco pesquero no consta que se enviara ningún telegrama a los causahabientes del mismo, ni, en concreto, a su hijo, recurrente en casación. La viuda, en su nombre y en el de sus cinco hijos, presenta demanda de juicio declarativo de menor cuantía, en reclamación de veinticinco millones de las antiguas pesetas como indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la muerte de su marido y padre respectivamente; demanda que se dirige contra el capitán y el primer oficial del petrolero, contra la empresa propietaria de dicho navío (CAMPESA), contra la Mutua Patronal de accidentes de trabajo y, por último, contra la herencia yacente y los desconocidos herederos del propietario del barco pesquero, fallecido ya en la fecha de la demanda. La sentencia del Juzgado de Primera Intancia estima la excepción de falta de legitimación pasiva respecto de la Mutua, absolviéndola de los pedimentos hechos en su contra. Con respecto al propietario y patrón del barco pesquero, aprecia la excepción de prescripción. Con relación a CAMPESA y al capitán y al primer oficial del petrolero desestima la excepción de prescripción, pero les absuelve en cuanto no aprecia responsabilidad alguna. Contra la sentencia interpone recurso de apelación la parte actora impugnando los dos últimos pronunciamientos, sin combatir el relativo a la falta de legitimación pasiva de la Mutua de Accidentes de Trabajo. La sentencia de la Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación, de manera que a su juicio, desde la finalización de las diligencias penales hasta la presentación de la demanda de responsabilidad civil, el plazo de prescripción de un año, que rige para las acciones derivadas de culpa extracontractual, queda interrumpido por la remisión de requerimientos extrajudiciales a una parte de las implicadas, y que tal interrupción debe extenderse al resto de los intervenientes en el suceso a tenor de lo establecido en el artículo 1974 del CC. (*Alma R. G.*)

5. Intervención del Ministerio Fiscal en el supuesto de infracciones penales perseguibles previa denuncia del ofendido.—Esta Sala no acepta la argumentación de la sentencia de la Audiencia, reseñada en el encabezamiento del motivo, en virtud de que el hecho tipificado en el artículo 586 bis del CP, vigente en el momento del acaecimiento de los hechos, no se configura como de carácter privado, y el mandato de su párrafo tercero, concerniente a que las infracciones penales que contempla sólo serán enjuiciadas previa denuncia del ofendido, constituye únicamente una

condición objetiva de perseguitabilidad, y abiertas las diligencias penales, el Ministerio Fiscal, en su función de control de la legalidad, es parte en las mismas con todas sus facultades y consecuencias, sin que la notificación de la resolución de archivo dictada en las actuaciones de juicio de faltas le fuera efectuada por mero trámite o cortesía, puesto que podía interponer contra la misma los oportunos recursos de reforma y, subsidiariamente, de apelación. En la línea indicada, la Instrucción del Fiscal General del Estado de 8 de mayo de 1990, relativa a la intervención del Ministerio Fiscal en los juicios de faltas que se persiguen previa denuncia del ofendido o perjudicado, ha participado lo siguiente: «El Fiscal no debe consentir que se elimine su intervención en los juicios verbales que se celebren por faltas perseguitables a instancia de parte conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 3/89, de actualización del Código penal, y una vez tenga noticias de que ha sido omitida su citación, debe ejercitarse cuantos medios legales por vía de recurso le ofrece la Ley para subsanar el vicio esencial de procedimiento, acudiendo en su caso al recurso de nulidad con arreglo a lo dispuesto en los artículos 238.3 y 240 de la LOPJ».

Interpretación del *dies a quo* del plazo de prescripción del artículo 1968.2 CC cuando haya existido un proceso penal previo.—Esta Sala tiene declarado reiteradamente que, según los artículos 111 y 114 LECr, promovido juicio en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo asunto mientras el proceso penal estuviere pendiente y si tales preceptos se ponen en relación con el artículo 1969 CC, el plazo de prescripción de las acciones ejercitadas al amparo del artículo 1902 CC empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse, o sea, desde que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, en su caso, hayan adquirido firmeza, que se produce por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el término sin interponerlos, con independencia a estos efectos de cuándo sea declarada la firmeza y cuándo sea notificada (entre otras, SSTS de 28 de enero de 1983, 8 de noviembre de 1984 y, en el mismo sentido STS de 23 de mayo de 1998). Asimismo, se ha manifestado en esta sede que el perjudicado en el proceso penal no puede reiniciar el ejercicio de la acción civil para la reparación del daño causado hasta que hayan terminado las actuaciones penales, dato, que por sí solo, pone de relieve que el conocimiento de la fecha en que han finalizado constituye un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional (aparte de otras, SSTS de 30 de junio de 1993 y 3 de marzo de 1998). (**STS de 19 de julio de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—Don Jesús Ángel falleció en accidente laboral el 23 de febrero de 1994. A raíz de ello, se incoaron diligencias previas que derivaron posteriormente en juicio de faltas en el Juzgado de Instrucción de Durango. Durante la tramitación del proceso, los padres del fallecido solicitaron su archivo con reserva de las acciones civiles mediante escrito presentado el 14 de julio de 1995. El archivo se acordó por medio de auto de fecha 17 de julio. Dicha resolución se notificó a los denunciantes el 18 de julio y al Ministerio Fiscal el 24 de julio, con lo que éste disponía del plazo de tres días para la interposición del recurso de reforma. Don Romeo y doña Nuria, padres del fallecido, interpusieron demanda contra *Aurora Polar, S. A.*, don Gonzalo y *Explotaciones Forestales Oiz-*

mendi, S. L. ante el Juzgado de Primera Instancia de Durango el día 24 de julio de 1996. El Juzgado apreció la prescripción de la acción y desestimó la demanda. Apelada la sentencia, ésta se confirmó en todos sus extremos. Sin embargo, interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo. El Alto Tribunal consideró que, aunque la falta era perseguible a instancia de parte, ello no obsta que el Ministerio Fiscal, una vez abiertas las diligencias penales y en defensa de la legalidad, sea parte del proceso con todas sus consecuencias. Por ello, al serle notificada la sentencia el 24 de julio con posibilidad de interponer recurso de reforma en el plazo de tres días, la resolución pasó a ser firme el 28 de julio, siendo la demanda civil presentada dentro del plazo del artículo 1968 CC. (A. S. C.)

DERECHO DE LA PERSONA

6. La imposición del requisito previo de la cirugía de reasignación para la rectificación registral de la mención relativa al sexo no vulnera el derecho a la intimidad y a la propia imagen, aunque sí supone el establecimiento de un límite al libre desarrollo de la personalidad.—La exigencia de la operación quirúrgica de reasignación de sexo para obtener la modificación de la mención registral no supone una vulneración de los derechos a la intimidad o a la propia imagen, pero sí «[...] un freno al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) que se proyecta en una lesión de la dignidad humana, en una falta de tutela de salud (art. 43.1 CE), al respeto a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE), y a la protección de la integridad física y moral (art. 15 CE), pues parece que el libre desarrollo de la personalidad implica, dada la prevalencia de los factores psico-sociales en la determinación de sexo, que han de primar en los supuestos de disforia de género, un derecho de sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal, que es un bien de la personalidad» (FJ 4.º). (STS de 17 de septiembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Vicente Luis Montes Penadés.]

HECHOS.—La parte actora formula demanda solicitando se proceda a la rectificación de su inscripción de nacimiento en el Registro Civil, en el sentido de figurar en ella el cambio de nombre, de Luis a María Rosa, y de sexo, de varón a hembra. El actor que no se había sometido a operación quirúrgica para el cambio de sexo, se siente mujer desde los siete años, y ya a los veintiocho decide asumir su condición femenina y ser tratado como mujer. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y con ella la pretensión de cambio de sexo y nombre. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma la sentencia apelada. La parte actora interpone recurso de casación.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea el problema de la posible vulneración del derecho a la intimidad e imagen del recurrente al serle negado el cambio de nombre y sexo en el Registro Civil con el argumento de que no se había sometido a la operación quirúrgica para la reasignación de sexo.

La reciente Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, permite la rectificación una vez que el solicitante pruebe que se la ha diagnosticado disforia de género y que ha sido tratado médica-mente durante al menos dos años para acomodar sus característi-cas físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La solicitud de rectificación del sexo y, por consiguiente, del nombre, se tra-mitará vía expediente gubernativo. El problema se plantea en los casos en que la solicitud de cambio en la mención de sexo y nom-bre se formula con anterioridad a la entrada en vigor de la referida Ley, ya que previamente se exigía cumplir el requisito de la ciru-gía de reasignación de sexo, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y constante doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Nada recoge la nueva Ley respecto a los supuestos que se en-contran en curso. Únicamente una disposición transitoria prevé la exoneración de la acreditación de los requisitos del artícu-lo 4.1 cuando se acredita haber sido sometida la persona a cirugía de reasignación. Algunas Audiencias Provinciales reconocían ya con anterioridad a la Ley la posibilidad de proceder al cambio de la men-ción registral de nombre y sexo sin necesidad de que el solicitante se hubiera sometido a la intervención quirúrgica correspondiente, sobre la base de que la negativa a dicho cambio supondría un límite al libre desarollo de la personalidad, principio contenido en el artículo 10 CE (SAP Burgos de 12 de junio de 2007 [AC 2007/1910], SAP Vallado-lid de 23 de mayo de 2005 [AC 2005/1549], SAP Cádiz de 20 de abril de 2005 [JUR 2005/143363], entre otras).

En un sentido similar se pronunció el Tribunal Supremo en la S de 3 de marzo de 1989, al considerar que debía procederse a rectifi-car la mención registral relativa al sexo a pesar de no existir ningu-na norma que lo contemplase con base en la posible vulneración del artículo 10 CE. No obstante, en este caso el solicitante sí se había sometido a la cirugía de reasignación. En un supuesto semejante, y siguiendo la misma línea jurisprudencial, encontramos la STS de 19 de abril de 1991 (RJ 1991/2725), que consideró que la negación del cambio en la mención registral correspondiente al sexo supone un freno al libre desarollo de la personalidad, a pesar de no estar tem-plado por ley alguna.

Más complicado resulta argumentar jurídicamente que en estos casos la negación al cambio de sexo en el Registro Civil supone una infracción del derecho a la intimidad y a la propia imagen, puesto que ni se trata de un caso de captación, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero, ni tampoco de un supuesto de intromisión en el ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás.

El Tribunal Supremo resuelve el supuesto objeto de anotación a favor del recurrente considerando que la cuestión es subsumible en las previsiones contenidas en las Disposiciones Transitorias del Cód-iго civil, y en concreto, en la DT 1.^a, segundo inciso, y en la DT 4.^a, al tratarse de un caso de ejercicio de un derecho potestativo, cuya viabi-lidad estaba impedida por un obstáculo que la nueva Ley ha removi-do, y que tiene como consecuencia la aplicación de las reglas del

nuevo Derecho, es decir, la modificación del sexo a pesar de no haber existido cirugía de reasignación, y, por consiguiente, que la modificación solicitada se realice mediante expediente gubernativo y no vía judicial. (L. Z. G.)

7. Derecho a la propia imagen. Competencia desleal.—El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los demandados. Considera que la empresa demandante, que había adquirido los derechos correspondientes para poner en el mercado el álbum de cromos con la imagen de los futbolistas participantes en el Campeonato Mundial de Fútbol de 1998 se encontraba legitimada para el ejercicio de la acción en defensa de los derechos de reproducción de la imagen de los citados futbolistas en la citada colección de cromos difundida, no obstante, por las empresas demandadas, partiendo de la posición mantenida por el TC en SS 81/2001, de 26 de marzo, y 156/2001, de 2 de julio, y de la distinción entre los aspectos constitucionales y patrimoniales del derecho a la imagen: el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial inconsentida —e incluso en determinadas circunstancias la consentida— de la imagen de una persona puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen. En la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen; se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE. Entiende por otro lado que las recurrentes, al distribuir y comercializar en el mercado la colección y álbum de cromos de jugadores participantes en el Campeonato Mundial de Fútbol sin haber intentado adquirir los correspondientes derechos y compitiendo con la empresa que sí los había adquirido y había lanzado al mercado su propia colección y álbum sin pago alguno a ésta, incurrieron en un comportamiento prácticamente igual a lo que hoy se conoce como «piratería» discográfica, pues siendo de conocimiento general el valor patrimonial de la imagen de los futbolistas entró en competencia, sin pagar nada, con la empresa que mediante una muy compleja negociación había logrado adquirir los derechos para la colección o álbum de cromos. Se competía en el mercado con la actora-reconvenida, pero mientras ésta había adquirido todos los derechos necesarios para lanzar su colección de cromos, las recurrentes lo hacían totalmente al margen del coste que les habría supuesto la adquisición de derechos de muy diversa índole pertenecientes a sujetos plurales, lo cual no puede por menos que calificarse como objetivamente contrario a las más elementales exigencias de la buena fe, comprendiéndose en el artículo 2.2 de la Ley de Competencia Desleal la difusión en el mercado de las prestaciones no sólo propias sino también de un tercero y siendo encuadrable el comportamiento de las recurrentes

en el artículo 5 de la misma ley. (STS de 28 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Con fecha 20 de mayo de 1998 se presentó demanda interpuesta por la compañía mercantil italiana P. S.p.A. contra D. P. A. como legal representante de la compañía E.C.S. I, SA, doña E., esposa del anterior, y la mercantil C, SL solicitando se dictara sentencia por la que se declarase que la conducta del demandado, al comercializar y distribuir una colección de cromos sobre el Campeonato Mundial de Francia 98 sin disponer de las preceptivas autorizaciones de los derechohabientes e infringiendo los derechos adquiridos por el grupo P (la compañía mercantil demandante), constituye un acto de competencia desleal. Igualmente se solicitaba que se declarase que la comercialización y distribución de los álbumes y coleccionables por el demandado constituye una infracción de los derechos de imagen de los jugadores de fútbol de las diferentes selecciones nacionales que hayan reproducido sin consentimiento del titular de los derechos. Emplazados los demandados ante el Juzgado de Primera Instancia de Gijón, contestaron a la demanda formulando a su vez reconvenión, solicitando por un lado en su contestación la desestimación de la demanda, sobre la base de la falta de legitimación pasiva y de fondo la falta de legitimación activa de la actora. Por otro lado en la reconvenión se solicitaba la declaración de que la entidad demandante, solicitando y obteniendo la paralización de su mercancía, incurrió en actos de competencia desleal y de abuso del derecho, contrarios al artículo 15.2 de esta ley, acto ilícito conforme a los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, y ejercicio de un derecho con empleo de mala fe y abuso de derecho del artículo 7 CC. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia con fecha 23 de marzo de 1999, estimando la excepción de falta de legitimación pasiva de la codemandada desestimando la demanda principal y la reconvencional, absolviendo a los demandados. Interpuesto por la demandante recurso de apelación, y adheridas a la impugnación las mercantiles Ediciones C, SL y E. C.S. I, SA, la primera por no haberse declarado su falta de legitimación pasiva y la segunda por haberse desestimado la reconvenión, la Audiencia Provincial de Asturias dictó S en fecha 29 de septiembre de 2000, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante y desestimando la adhesión formulada por las entidades demandadas, declarando que la conducta de las demandadas constituía un acto de competencia desleal y declarando igualmente que la referida comercialización y distribución de los álbumes y coleccionables constituye una infracción de los derechos de imagen de los jugadores de fútbol de las diferentes selecciones nacionales que hayan sido reproducidos sin consentimiento de sus titulares. Interpuesto recurso de casación por las entidades demandadas el Tribunal Supremo lo desestima. (P. B. M.)

8. Derecho a la libertad de expresión *versus* derecho al honor.—La libertad de expresión no sólo comprende la manifestación de pensamientos, ideas u opiniones, sino también la crítica respecto de la conducta de otro, no

alcanzando la protección que dispensa el ejercicio de este derecho las expresiones ofensivas o ultrajantes.

En el caso de personas investidas de funciones públicas, cuando nos enfrentamos ante una colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, la protección del derecho al honor aparece más debilitada dado el interés público que subyace en todo lo que rodea sus actuaciones. Ello se acentúa aún más si nos situamos en el marco de la lucha política o sindical, donde los usos sociales se presentan algo más tolerantes que en otros ámbitos. Aunque no puede excluirse la operatividad del derecho fundamental al honor, sin embargo en estos casos se refuerza la prevalencia de la libertad de expresión respecto a aquel derecho. (**STS de 18 de julio de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Durante un proceso de elecciones sindicales, don Jorge realizó determinadas manifestaciones que se publicaron en distintos periódicos locales, y cuyas declaraciones incidían en la existencia de una red de corrupción que implicaba a varios sindicatos e inspectores del Ministerio de Trabajo que con su conducta intentaban favorecer a algunos sindicatos. Don Jorge empleó expresiones tales como «*las inspectoras de trabajo están haciendo el juego sucio a UGT y CCOO*» o «*que el sistema arbitral integrado por funcionarias de Trabajo que son amiguetas de CCOO y UGT estaba favoreciendo la campaña de acoso y derribo contra USO*».

Las funcionarias del Ministerio de Trabajo nombradas árbitros para actuar en las reclamaciones a que se refiere el artículo 76 ET en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, interpusieron demanda de protección del derecho al honor contra don Jorge y USO, por ilegítima intromisión en su honor y prestigio profesional. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró que las manifestaciones efectuadas por don Jorge constituyen una clara intromisión ilegítima en el derecho al honor y prestigio profesional de las demandantes, condenando a los demandados solidariamente al pago de una indemnización, así como a publicar la sentencia en los periódicos locales que dieron publicidad a las declaraciones de don Jorge. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia al considerar que las expresiones vertidas eran ofensivas para las funcionarias, al acusarlas de dictar resoluciones injustas o arbitrarias por amistad con los sindicatos mayoritarios. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, al entender que en este caso el derecho a la libertad de expresión debía ceder frente al derecho al honor de las funcionarias.

NOTA.—Si en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión resultan afectados otros derechos es necesario realizar un juicio de valor, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, para determinar si la conducta está justificada por ser acorde con el contenido y alcance del citado derecho. Para ello, deberá atenderse a aspectos tales como la relevancia pública del asunto, el carácter de personaje público sobre el que se emite la crítica u opinión, o su contribución a la formación de una opinión pública libre (SSTC de 25 de noviembre de 1997 [RTC 1997, 204], 17 de enero de 2000 [RTC 2000/11], 26 de febrero de 2001 [RTC 2001/49],

15 de septiembre de 2003 [RJ 2003/160], 7 de noviembre de 2007 [RTC 2007/235]).

Por otra parte, al realizar el juicio de valor necesario no debe olvidarse que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión incluye no sólo la exteriorización de pensamientos, ideas y opiniones, sino también la exposición de una forma crítica de las conductas realizadas por otra persona, siempre que no comprendan expresiones injuriosas, ultrajantes, ofensivas o innecesarias para la crítica que se formula, aunque resulte molesta para la persona que ha recibido la crítica. La libertad de expresión comprende la manifestación de opiniones libremente, sin censuras ni cortapisas, lo que no legitima insultos de determinada entidad o actos vejatorios (SSTC 21 de enero de 1988 [RTC 1988\6], 16 de marzo de 1989 [RTC 1989\59], 12 de noviembre de 1990 [RTC 1990\171], 19 de abril de 1993 [RTC 1991\123], 22 de mayo de 1995 [RTC 1995\76], 25 de noviembre de 1997 [RTC 1997\204], 25 de octubre de 1999 [RTC 1999\192], 17 de enero de 2000 [RTC 2000\6], 26 de febrero de 2001 [RTC 2001\49], 15 de octubre de 2001 [RTC 2001\204], 28 de enero de 2002 [RTC 2002\20]).

La sentencia objeto de anotación resuelve el supuesto litigioso otorgando preferencia a la libertad de expresión respecto al derecho al honor en atención a las circunstancias del caso concreto. El Tribunal Supremo resuelve en este sentido, en atención a la indeterminación de las imputaciones proferidas, al concreto contenido de las manifestaciones vertidas; a los derechos que entran en conflicto y al interés público que rodea la actividad de las demandantes.

El Tribunal Supremo argumenta que el carácter relativamente indeterminado de las acusaciones resta importancia a la exigencia del carácter personal de las mismas para que exista intromisión, acentuando el aspecto de crítica al sistema arbitral como institución. Considera el Supremo que dichas manifestaciones se encuentran dentro del ámbito del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, quedando embebidas en un contexto de crítica a los poderes públicos. Por lo que respecta al contenido de las imputaciones proferidas, el Supremo llega a identificar imputación de corrupción, juego sucio y amiguismo con la simple idea de reproche por conducta improcedente de la Administración. En relación a los derechos que entran en conflicto y al interés público que rodea la actuación de las demandantes, el Supremo considera que el derecho al honor debe ceder frente a la libertad de expresión en atención al interés social. Atendiendo a estas consideraciones, el Supremo concluye que las declaraciones de don Jorge entran dentro del marco de la pura crítica, que en este caso es necesario ponderar aun más por la actividad que realizan las demandantes como funcionarias públicas, quedando la protección al honor levemente debilitada por razón del interés público. Para el Tribunal Supremo en el ámbito de la lucha sindical, política o deportiva los usos llevan a considerar tales expresiones vertidas como mera crítica, estando el límite en la vejación injustificada o el insulto, no debiendo entenderse, por tanto, que estas manifestaciones pretendían atacar la profesionalidad de los integrantes del sistema arbitral (SSTS de 14 de

noviembre de 2008 [RJ 2008/5920], 30 de enero de 2009 [RJ 2009/1359]).

Aunque es evidente que las declaraciones afectaban a un asunto público de interés general, centrándose en la denuncia de una actuación administrativa, el demandado realiza acusaciones de corrupción que en principio parecen salirse del marco de la mera opinión o crítica. Por otra parte, parece también discutible la argumentación relativa a la indeterminación de las imputaciones proferidas, puesto que si bien no existe una identificación de las funcionarias con nombre y apellidos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no exige que la identificación sea nominal, sino que es suficiente con extraerla del conjunto de datos facilitados a través de la información (SSTS de 5 de octubre de 1989 [RJ 1989/6889], 27 de noviembre de 2008 [RJ 2008/6067]).

La sentencia que anotamos no hace más que seguir la doctrina jurisprudencial existente sobre esta materia en el sentido de considerar que este tipo de acusaciones, entre las que se incluye la de prevaricación, están amparadas por la Constitución al tratarse de críticas legítimas en asuntos de interés público, que al encontrarse en el marco de la acción política o sindical permiten que los límites a la libertad de expresión resulten más amplios, llegando incluso a considerar que este tipo de acusaciones no atentan contra la reputación de los sujetos objeto de crítica (sobre este particular, *vid.* las SSTS de 13 de enero de 1997 [RTC 1997/3], 15 de septiembre de 2003 [RTC 2003/160]). (L. Z. G.)

9. Derecho fundamental de asociación. Autoorganización de los entes asociativos. Denegación de la condición de socio por causa razonable.—La problemática se enmarca en la eficacia «inter privatos» de los derechos fundamentales, es decir, la protección horizontal de ciertos derechos fundamentales que, si bien no se halla expresamente prevista en nuestro ordenamiento jurídico se reconoció por el Tribunal Constitucional (SSTC 18/1984, de 7 de febrero; 19/1985, de 13 de febrero; 108/1989, de 8 de junio). Esta eficacia se matiza considerablemente respecto del ejercicio frente a los poderes públicos porque, además de que los particulares pueden ser titulares y sujetos pasivos, y de la incidencia del principio de autonomía de la voluntad, el reconocimiento de un derecho (en el caso, del que pretende ser socio) se corresponde con la limitación del ejercicio del derecho de otro sujeto (la asociación, a la que aquél pretende acceder), lo que genera un conflicto de intereses, por cruce de derechos fundamentales, que exige la intervención judicial, pues ni la libertad de organización interna de las asociaciones es ilimitada, ni el derecho de adscripción a ellas es absoluto, de ahí la ardua tarea que supone determinar el alcance de uno y otro, y el grado de fiscalización y de control atribuido al respecto a los tribunales. La doctrina de esta Sala, que se manifestó fundamentalmente en relación con expulsiones de socios, pues son escasas las sentencias sobre ejercicio del derecho de adscripción ha evolucionado en el sentido de restringir el ámbito del control judicial de las decisiones adoptadas por las asociaciones. Y esta evolución se ha producido para sintonizar con la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las SS 218/1988, de 22 de noviembre; 56/1995, de 6 de marzo; y 104/1999, de 14 de junio. Dice esta última, ratificando la orientación iniciada por la STC

218/1988, que «el contenido o núcleo esencial del derecho de asociación comprende tanto el derecho a asociarse como el de establecer la propia organización, que a su vez se extiende con toda evidencia a regular estatutariamente las causas y el procedimiento para la admisión y expulsión de socios. La actividad de las asociaciones, en éste y en cualquier aspecto, no conforma ciertamente un ámbito exento de control judicial que –una vez comprobada la legalidad de los Estatutos– tiene un alcance estrictamente formal y se polariza en dos datos y sólo en ellos, la competencia del órgano social actuante y la regularidad del procedimiento. Extramuros de tal fiscalización queda la decisión, que consiste en un juicio de valor y ofrece un talante discrecional, aun cuando haya de tener una base razonable, cuyas circunstancias sí pueden ser verificadas por el Juez como hecho, dejando la valoración al arbitrio de quienes tengan atribuida tal misión en las normas estatutarias y así hemos dicho que el control judicial sigue existiendo pero su alcance no consiste en que el juez pueda entrar a valorar, con independencia del juicio que ya hayan realizado los órganos de la asociación sino comprobar si existió o no una base razonable para que aquéllos tomasen la correspondiente decisión». Esta doctrina de la «base razonable» se recoge en las SS de esta Sala de 9 de junio de 2001, 5 de julio de 2004 y, sobre todo, de 31 de marzo de 2005, 23 de junio y 30 de diciembre de 2006 (...). La negativa a la admisión como socio (en relación con la persona física presentada para el ejercicio de los derechos de tal de quien no es posible desvincular a la persona jurídica solicitante de la condición) no contradice los Estatutos de la Asociación, por cuanto éstos exigen la aprobación unánime del Comité de admisión. La decisión de este Comité se apoya en una «base» que hay que considerar objetivamente «razonable», sin que corresponda al control judicial ninguna otra consideración subjetiva. (**STS de 13 de julio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—*Winter Star Trading Inversiones, S. L.* y don Gonzalo interpusieron demanda de protección del derecho fundamental de asociación ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Marbella contra la asociación *Club de Campo La Zagaleta*. La demanda se basaba en la negativa del comité de admisión de la asociación demandada a admitir como socio a la sociedad actora y a don Gonzalo, de nacionalidad rusa y religión hebrea, como persona que disfrutara de los derechos anejos a la condición de socio. El comité de admisión vetó la entrada de don Gonzalo a la asociación por, entre otras razones, el hecho de acusar a los órganos de gobierno de La Zagaleta de comportamientos xenófobos y antisemitas. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, ésta se confirmó en todos sus extremos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal ni al recurso de casación. (A. S. C.)

10. Derecho de asociación. Control judicial sobre las decisiones asociativas de expulsión de socios.—El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han aplicado el mismo criterio a la hora de establecer el ámbito del control judicial de las decisiones internas de las asociaciones. En términos generales, el control judicial debe respetar la autonomía de las asociaciones, que forma parte también del núcleo del derecho fundamental reconocido en

el artículo 22 CE. Dicha autonomía es predictable también de la determinación de las causas de exclusión de los socios y de sus procedimientos. Y así, la STC 96/1994, de 21 de marzo, señala que la potestad «de organización se extiende con toda evidencia a regular en los estatutos las causas y los procedimientos de expulsión de los socios» (véase también las SSTC 104/1999, de 14 de junio; 133/2006 y 135/2006, de 27 de abril).

En este ámbito, el control judicial debe limitarse a comprobar si se han respetado todas las reglas de competencia y forma en el expediente sancionador, si la propia asociación se ha apartado de su propia normativa o si contraviene normas imperativas del ordenamiento jurídico o bien atenta a principios o derechos constitucionales. Lo que no puede hacer el órgano judicial en ningún caso es sustituir la voluntad de la persona jurídica (véase SSTS de 5 de julio de 2004, de 24 de marzo de 2002, 2 de marzo de 1999, 18 de noviembre de 2000, 9 de julio de 2001, 16 de junio de 2003, 31 de marzo de 2005 y 23 de junio de 2006). (**STS de 6 de noviembre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El demandante era socio y director de la asociación O.C.L.O.A. En 1996 y debido a una serie de discrepancias con los miembros de la asociación, fue suspendido. En junio de 1996 se convocó una asamblea general extraordinaria de la asociación con un único punto en el orden del día: la baja definitiva del demandante. Éste acudió a la asamblea representado por su abogado, quien intervino cuando le pareció oportuno en defensa de los intereses de su patrocinado.

El demandante impugnó dicho acuerdo por considerar que se había vulnerado su derecho fundamental de asociación.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación al comprobar que en el caso concreto se cumplieron todos los requisitos exigidos en los estatutos de la asociación para la expulsión de los socios. (*B. F. G.*)

11. Doctrina del levantamiento del velo.—Es un medio para llevar a cabo la llamada comunicación de responsabilidad entre una persona jurídica y sus miembros, o entre dos personas jurídicas. Los supuestos de aplicación de tal doctrina constituyen *numerus apertus*, pero en todo caso su aplicación es de carácter excepcional. De este modo, esta doctrina trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño o burlar los derechos de los demás, evitar que se utilice la personalidad jurídica de una sociedad como medio o instrumento defraudatorio; fin fraudulento que se produce, entre otras hipótesis, cuando se persigue eludir responsabilidades personales y, entre ellas, el pago de deudas. (**STS de 29 de octubre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Vicente Luis Montes Penadés.]

HECHOS.—La sociedad mercantil francesa *Tierry et Fils*, S.A., formula una reclamación de dinero que tiene su causa en las relaciones comerciales sostenidas con la entidad española *Diurley International*, S.L., en las que se genera una deuda con cargo a esta

última, que fue objeto de reclamación ante el Tribunal de Comercio de *Agen*, siendo condenada *Diurley* al pago de 26.406.320 de las antiguas pesetas. La sociedad actora solicita el *exequatur* y la ejecución, teniendo el embargo practicado, como resultado, la retención de 68.905 pesetas. La demanda se dirige ahora frente al administrador de *Diurley*, frente al que se presenta como administrador de hecho y, por último, frente a otras sociedades que habrían de ser consideradas como verdaderas deudoras por encontrarse cobijadas bajo la personalidad jurídica de *Diurley*, que sería una sociedad aparente o ficticia. El Juzgado de Primera Instancia condena al administrador de *Diurley*, considerando que la sociedad no tiene actividad y que se han ordenado pagos a acreedores conociendo que existían otras deudas e iban a quedar desatendidas, sin acudir a los procedimientos concursales oportunos. Pero excluye de responsabilidad al administrador de hecho, y a las sociedades demandadas, que forman un grupo familiar o próximo, pero no parecen constituidas con el fin de defraudar. La Audiencia Provincial, sin embargo, condena al administrador, al administrador de hecho y a una de las sociedades a pagar a la actora, solidariamente, una cantidad de dinero. (*Alma R. G.*)

12. Responsabilidad civil. Doctrina del levantamiento del velo.—

La doctrina del levantamiento del velo tiene como presupuesto la actuación de unas o varias personas físicas bajo la apariencia formal o la cobertura legal de una persona jurídica. La constatación de la falsedad de la apariencia de una persona jurídica es algo complejo, al tratarse de una situación no pública y para llegar a precisar si nos hallamos ante una persona jurídica usada para fines distintos de los propios de la personalidad, deben utilizarse los indicios que permitan llegar a la conclusión de que se ha producido un fraude o un abuso de la personalidad, de modo que sólo se justifica en aquellos casos en que aparezca evidente que se ha utilizado, con fines fraudulentos, una confusión de personalidades y de patrimonios entre una persona física y una persona jurídica (STS de 27 de diciembre de 1997). Se evita así que se puedan perjudicar intereses privados o públicos, o pueda utilizarse la sociedad como camino de fraude, pudiendo los jueces penetrar en el interior de esas personas cuando sea necesario para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno (SSTS de 29 de julio de 2005 y 19 de abril de 2006). Lo que acontece en el presente caso, en base a los indicios existentes cuales son la infracapitalización, la apariencia de contrato de arrendamiento de la nave siniestrada a la sociedad, siendo los dos socios los propietarios de dicha nave; y también los patrimonios negativos de la sociedad que, cuando se produjo el siniestro, no estaba en situación de afrontar su responsabilidad. (**STS de 29 de noviembre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don Francisco había fallecido en un accidente marítimo por el que se siguieron diligencias penales que fueron, finalmente, archivadas. Sus padres demandaron a don Luis Manuel, patrón de la embarcación; a don Valentín y don José Miguel, propietarios del barco; a la entidad «M.P. S.L.», arrendataria del mismo, así como al representante legal de esta última. Pidieron que se les indem-

nizara el daño moral y el lucro cesante ocasionados por la muerte de su hijo, que valoraban en 14.000.000 de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia concluyó que se había producido una acción culpable por falta de la diligencia debida, atribuible al patrón del pesquero Luis Manuel. La empresa M.P., S.L. era responsable por culpa «*in eligendo*». Los socios don Valentín y don Bruno fueron declarados responsables en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, ya que habían cobrado efectivamente las indemnizaciones por el hundimiento de la nave. La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de La Coruña. Interpuesto por los condenados recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (L.-A. P. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

13. Simulación de contrato. Carga de la prueba.—Es cierto que, según la jurisprudencia, en los casos de compraventa en que no conste la entrega real del precio al vendedor, la mera confesión del vendedor sobre pago del precio no se halla amparada en cuanto a su certeza y veracidad por la fe pública notarial (S de 5 de noviembre de 1993). Sin embargo, este elemento no es suficiente por sí mismo para acreditar la simulación, pues, según se desprende de la jurisprudencia la carga probatoria del demandado de demostrar el pago del precio sólo surge cuando es preciso desvirtuar una presunción de simulación fundada en la concurrencia de otros indicios suficientes para acreditar por sí mismos «de un modo preciso y directo la realidad de la simulación» (S de 16 de marzo de 1994). En el caso examinado la presunción de simulación ha quedado desvirtuada por la concurrencia de indicios en sentido contrario. Con sujeción a las reglas del discurso racional características del proceso judicial, carece de relevancia lógica la imposibilidad de desvirtuar una presunción de simulación acreditando el pago, cuando ésta ha sido desvirtuada por otros medios.

Rescisión por fraude de acreedores. Requisito del *consilium fraudis*.—El examen de los hechos probados conduce a la conclusión de que no concurre el requisito del *consilium fraudis* exigible para el ejercicio de la acción rescisoria en fraude de acreedores, dado que la sentencia que se casa declara probado que con la cantidad percibida por el deudor se atendió a obligaciones con otros acreedores. El quebrantamiento de la *par conditio creditorum* que la sentencia admite haberse producido no comporta la existencia de ánimo o conciencia de fraude, puesto que el deudor, en tanto no resulte constreñido por un proceso ejecutivo o concursal para la ordenada concurrencia de los créditos, tiene libertad para realizar sus bienes y atender a los créditos que le afecten sin atender a criterios de igualdad o preferencia. Ello se infiere del hecho de que el Código civil (art. 1292 CC) únicamente considera rescindibles los pagos hechos en situación de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo pago no podía ser compelido el deudor en el tiempo de hacerlos, pero no los que no reúnen esta condición, en virtud del principio *qui suum recepit nullum videre fraudem facere* [quien cobra lo que es suyo no defrauda]. (STS de 24 de julio de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Tras contratar un préstamo con garantía hipotecaria con la entidad *Banco Santander Central Hispano, S.A.*, el 3 de marzo de 1994 los cónyuges don Rogelio y doña María Rosario vendieron un piso a don Claudio y su esposa doña María Dolores por un importe de 9 millones de pesetas. Los últimos eran hermanos de los vendedores (la sentencia no concreta) y al parecer los compradores arrendaron el piso a don Rogelio y doña María Rosario por una renta mensual de 10.000 pesetas. Con posterioridad, don Rogelio y doña María Rosario fueron demandados por otra entidad bancaria al considerar que la venta del piso constituía un delito de alzamiento de bienes y el Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia dictó sentencia el 8 de septiembre 1998 en que desestimó la demanda. La entidad *Banco Santander Central Hispano, S.A.* interpuso demanda contra don Rogelio, doña María Rosario, don Claudio y doña María Dolores por la que solicitó una declaración de nulidad radical de la compraventa por simulación y, subsidiariamente, su rescisión por fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gandía estimó la demanda y declaró la nulidad del contrato, mediante sentencia de 6 de septiembre de 1999. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de 7 de junio de 2000 de la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia lo estima y declara la validez del contrato con base, entre otras circunstancias, a una confesión de los vendedores de haber recibido una cantidad de más de 5 millones de pesetas. en concepto de precio de la compraventa en la fecha de celebración del contrato. La entidad *Banco Santander Central Hispano, S.A.* recurre en casación. El Tribunal Supremo declara haber lugar a un motivo del recurso, por considerar que la sentencia apelada incurre en incongruencia omisiva al no pronunciarse acerca de una eventual rescisión del contrato por fraude de acreedores, aunque declara la validez de la compraventa tras desestimar los demás motivos. (J. M. B. S.)

14. Negocios fiduciarios.—Se está en presencia de un negocio fiduciario por el que quien recibe la titularidad de los bienes se obliga a emplear las facultades dispositivas que la adquisición le confiere en el cumplimiento de las finalidades de la fiducia. No puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante. El instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia que no por eso dejará de tener su causa, que se halla en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para alcanzar una determinada y prevista finalidad, con el riesgo inherente en estos negocios de que el fiduciario abuse de su posición jurídica y emplee aquellas facultades no en utilidad o beneficio del fiduciario. En otros términos, señala la S de 30 de mayo de 2004, siguiendo a la de 7 de junio de 2002, que el negocio fiduciario ha sido definido juríprudencialmente como aquel convenio anómalo en el que concurren dos contratos independientes, uno, real, de transmisión del dominio, eficaz *erga omnes*, y otro obligacional, válido *inter partes*, destinado a compelir al adquirente a actuar de forma que el fiduciario no impida el rescate de los bienes por el fiduciante cuando se dé el supuesto obligacional pactado a cargo de éste (SS de 30 de marzo de 2004, 7 de junio de 2002, 9 de diciembre de 1981, 19 de junio de 1997, 16 de noviembre de 1999, entre otras) o, como

dice la S de 5 de marzo de 2005, el negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes llamado fiduciante, realiza a favor de otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista, y en parecidos términos se pronuncia la S de 16 de julio de 2001. [...] En definitiva, si por contraposición al negocio simulado, que carece de causa y es radicalmente nulo, el fiduciario lleva insita la *causa fiduciae*.

Donación.—Ciertamente, las donaciones de bienes inmuebles exigen indefectiblemente hacerse en escritura pública, teniendo este requisito la consideración de presupuesto de forma esencial, insoslayable (carácter constitutivo o *ad solemnitatem*), de tal modo que su falta determina la nulidad radical, o mejor incluso, inexistencia del título. [...] si bien la transmisión de acciones o participaciones integra la de una parte alícuota del activo y pasivo de la sociedad, no puede alcanzarse la conclusión de que si en la sociedad hay inmuebles, se ajustará a la normativa reguladora de la transferencia de estos bienes, sino que corresponde aplicar la concerniente a la de acciones y participaciones.

Contratos atípicos.—No se sostiene la conclusión en virtud de la cual las sociedades, cuya finalidad consiste en ser meras tenedoras de bienes inmuebles, fueron creadas con el fin de evitar las formalidades de eventuales y futuras donaciones de sus acciones a favor de terceros con el objeto de transmitir fraudulentamente los inmuebles que figuran en sus respectivos activos (improcedencia de la doctrina sobre el levantamiento del velo de las personas jurídicas). (**STS de 29 de noviembre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Varias personas adquieren acciones en tres empresas. Unos años más tarde, la titularidad de dichas acciones se transfiere a favor de Lidia —la esposa de Germán (demandante). Aparte de las acciones, Lidia adquiere también un coche Ford y una nave industrial. En 1995 Germán inicia el proceso de separación en el que reclama la titularidad de dichos bienes. En la demanda que presenta, aparte de su esposa, figuran como codemandados los adquirentes originarios de las tres empresas. En el proceso se discute la conceptualización de las adquisiciones celebradas por todos los codemandados. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial calificaron los contratos de compraventa de las acciones celebrados por los adquirentes originarios de negocios fiduciarios, en los que el demandante se configuraba como fiduciante al haber provisto de fondos para la adquisición a todos y cada uno de ellos. En ambas instancias también se declara que con la transmisión de las acciones efectuada por los adquirentes originarios a Lidia las partes celebraron un contrato simulado de compraventa y otro disimulado de donación, siendo Germán el fiduciante frente a los propietarios originarios y, por tanto, el propietario real y donante de las acciones a su esposa. Se entendieron concurrentes tanto los requisitos formales como sustantivos de la donación. En ambas instancias se estimó también que la adquisición del automóvil por Lidia se había efectuado con fondos del demandante, por lo que había sido voluntad de las partes celebrar una donación que se declaró eficaz. La Audiencia Provincial recono-

ció la titularidad exclusiva de la nave al demandante por el hecho de que su adquisición por Lidia se había efectuado en su integridad con sus fondos. En el recurso de casación, el demandante pidió la impugnación de la conceptuación que ambas instancias dieron a los contratos de compraventa de las acciones y del automóvil, declaró que las tres empresas fueron creadas por él con fraude a la ley y propugnó respecto a ellas la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, así como la aplicación del artículo 633 CC, cuya aplicación se habría eludido fraudulentamente con la creación de tales sociedades y con la realización de los consiguientes transmisiones de acciones. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso al considerar que la doctrina de levantamiento de velo no es procedente en el caso y que los requisitos de forma establecidos para la donación de bienes inmuebles en el artículo 633 CC no son de aplicación a la transmisión de las acciones de una sociedad por el hecho de que en su propiedad se encontrasen bienes inmuebles. (M. L. K.)

15. Nulidad del contrato por dolo. Carácter grave.—Esta Sala tiene declarado que el dolo contractual que determina la nulidad del negocio debe tener carácter grave (v. SS 29 de marzo de 1994, 12 de junio de 2003 y 19 de julio de 2006). Los hechos declarados probados por la sentencia de instancia ponen de manifiesto que no puede considerarse que haya ocurrido una conducta, mercedora de la calificación de grave, de ocultación a los adquirentes de la situación en que se encontraba la finca, pendiente de actos de autorización por parte de la Administración municipal para realizar la actividad prevista en el contrato, por cuanto expresamente se preveía que se hallaba pendiente de tramitación la licencia de apertura, declaración suficiente para llamar la atención de los adquirentes sobre la falta de aquellos requisitos, y no puede afirmarse que se hubiera dado a entender que la falta de licencia de apertura podía subsanarse con facilidad, desde el momento en que en el contrato se preveía la resolución y sus consecuencias para el caso de la imposibilidad de obtenerla.

En suma, no puede apreciarse la existencia de una conducta insidiosa —con propósito de engaño— por parte del vendedor, dirigida a provocar la voluntad negocial, manifestada en este caso mediante la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato, y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico (conforme exige la jurisprudencia: SS de 11 de diciembre de 2006 y 11 de mayo de 2007), pues la manifestación acerca del estado de tramitación en que se hallaba la licencia de apertura y la previsión acerca de las consecuencias resolutorias que comportaba la eventualidad de que no fuera obtenida impiden afirmar que se haya producido el silencio o la omisión de circunstancias determinantes para la conclusión del contrato por parte de los adquirentes (SS de 15 de junio de 1995 y 28 de noviembre de 1989), los cuales, sabedores de la ausencia de requisitos administrativos necesarios para el funcionamiento de local, y de la posibilidad de que no pudieran ser cumplidos, podían informarse con exactitud en los servicios municipales del alcance de esta circunstancia ejerciendo el derecho de información que las normas de procedimiento administrativo reconocen a los interesados. Al no estimarlo así la sentencia recurrida incurre en la infracción del artículo 1270 CC que se

le imputa en el recurso. (**STS de 3 de julio de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El día 20 de octubre de 1995, doña Rosa y doña María Esther vendieron una industria de heladería y crujasantería a don José María y doña Elvira. Con anterioridad, doña Rosa había solicitado «licencia de obra de reforma» de un local utilizado por las vendedoras para la comercialización de los productos y el día 23 de mayo aquélla había recibido un informe de un arquitecto municipal que consideraba que la obra solicitada incumplía la normativa. En la medida que el local formaba parte de la industria objeto de la venta, las partes acordaron el deber de las vendedoras de devolver el importe pagado hasta el momento por los compradores para el caso de que el Ayuntamiento denegara la «licencia de apertura», con una minoración de 16,66 por 100 por cada año de explotación de la empresa transcurrido desde la fecha de celebración de la compraventa. La licencia fue denegada mediante resolución de la Alcaldía de 3 de diciembre de 1997 y las compradoras interpusieron demanda con la que solicitaron la declaración de nulidad del contrato por dolo. Poco después, la Alcaldía dictó otra resolución, con fecha 29 de mayo de 1998, revocando la otra anterior por la que había denegado la licencia de obras y que suspendió cautelarmente la orden de cierre del establecimiento. El Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Valencia dictó sentencia el 30 de septiembre de 1999 en que desestimó la demanda. Tras ser estimado el recurso de apelación por la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, por medio de sentencia dictada el 8 de mayo de 2000, que declaró la nulidad de la compraventa, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación de las vendedoras. (*J. M. B. S.*)

16. Interpretación de los contratos por los jueces y tribunales.—La *cognitio* casacional en relación con la interpretación contractual no supone una revisión total de la labor hermenéutica efectuada por el juzgador *a quo*, sino que se limita a controlar si la misma es ilegal, arbitraria o ilógica por contraria a las reglas del buen sentido o raciocinio humano. El alcance del juicio casacional no permite discurrir acerca de cuál es el mejor criterio o la solución más adecuada a las circunstancias, porque tal tipo de conclusión supondría exceder de la función del recurso extraordinario e ingerirse en la función soberana de los tribunales que conocen en instancia, convirtiendo a la casación en una nueva instancia.

Cuando al interpretar una cláusula contractual, se entiende que ésta no es oscura o dudosa, no cabe alegar la infracción del artículo 1288 CC, pues dicho medio interpretativo sólo es aplicable, sea o no el contrato de adhesión, cuando falta la claridad. (**STS de 21 de septiembre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El objeto de este proceso se refiere al alcance de una cláusula contractual de cesión de derechos de explotación sobre una composición musical de don G a RTVE, la que, a su vez, autoriza a Salvat Editores para la reproducción y comercialización en formato de vídeo dicha obra musical, que forma parte de los programas del

ente televisivo «El Hombre y la Tierra», y cuya licencia de utilización se produce como elemento integrante de la obra audiovisual incorporada por Salvat a la publicación «Gran Enciclopedia Salvat de la Fauna Ibérica y Europea». El tenor literal de la cláusula controvertida es el siguiente: «Cesión de derechos. El Artista cede y transfiere irrevocablemente a TVE, sin reserva de ningún género para todo el mundo y a perpetuidad, la integridad de los derechos renunciables de propiedad intelectual e industrial que le correspondieran o pudieran corresponderle por la actuación objeto del presente contrato (excepto SGAE). TVE podrá, en su consecuencia, comerciar, ceder, emitir y exhibir libremente y sin limitación alguna, los registros de su actuación en cualquier modalidad audiovisual, presente o futura, de los medios de radio y televisión, salvo estipulación en contrario consignada en cláusula especial». SGAE, en nombre de don G, interpone demanda contra RTVE y Salvat Editores solicitando una indemnización por los daños y perjuicios causados al autor de la música y que se les prohíba la reproducción y distribución en formato de vídeo de la referida obra protegida. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara que RTVE ha autorizado ilegítimamente la reproducción y distribución en formato vídeo de las composiciones musicales. Por su parte, la Audiencia Provincial estima los recursos de apelación planteados por las entidades codemandadas, desestimando la demanda.

SGAE interpone recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 1258, 1281.1.^º y 1288 CC. Según la recurrente, la estipulación en cuestión es dudosa y oscura. Además, la reproducción y distribución de la obra en formato de vídeo no debe entenderse incluida, pues se trata de un formato inexistente en el momento en que se firmaron los contratos. La expresión «excepto SGAE» sería una cláusula de reserva que hace el autor en beneficio propio, a través de la cual se asegura, mediante SGAE, que los rendimientos económicos de su composición musical serán directamente proporcionales a la utilización de la misma.

Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que la sentencia recurrida hace una apreciación correcta de la cláusula y que la autorización efectuada por RTVE a Salvat está comprendida dentro del ámbito del derecho de explotación cedido por el autor, con independencia de si la modalidad de reproducción es o no novedosa respecto de la fecha de la firma del contrato. Por otro lado, tampoco hay infracción del artículo 1288 CC, pues tal medio interpretativo sólo opera cuando falta la claridad. De ahí que no quepa admitir la conclusión de la recurrente de que la reserva del contenido económico del derecho de comunicación pública comprende la reserva respecto de los derechos de reproducción y distribución en formato de vídeo. (S. L. M.)

17. Contrato de compraventa. Resolución. Cláusula penal: moderación por los Tribunales cuando el contrato ha sido cumplido en parte o defectuosamente. Interpretación de la cláusula.—Ciertamente el presupuesto para la aplicación del artículo 1154 CC es la existencia de un cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, de modo que sería

inaplicable ante un incumplimiento total, y también cuando el cumplimiento defectuoso o irregular sea el tipo de incumplimiento sancionado con la pena, como es el caso de que la cláusula penal prevea una sanción para la mora pero con mantenimiento del contrato. Sin embargo, en el supuesto de autos la cláusula penal no es de carácter puramente moratorio, sino que en ella se prevé que el retraso en el cumplimiento determina la resolución del contrato y, en su consecuencia, la vendedora hará suyas las cantidades entregadas; lo que constituye una verdadera cláusula penal respecto de la que sí procede la moderación en atención al grado de cumplimiento dado por los compradores a su obligación de pago del precio, pues en caso contrario se produciría el efecto inverso a la propia finalidad de la cláusula penal, en tanto que la pena se incrementaría proporcionalmente al grado de cumplimiento alcanzado respecto de las obligaciones contraídas. (**STS de 4 de octubre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Los actores compraron a la mercantil E.O., S.L. un local en un edificio a construir por un precio de veintiséis millones, estableciéndose una cláusula de resolución y penalidad según la cual el retraso en más de tres meses en el cumplimiento de las obligaciones por los compradores, produciría la resolución del contrato, quedando las cantidades ya entregadas para la vendedora como indemnización de los perjuicios producidos. La falta de pago de las mensualidades acordadas provocó que la vendedora comunicara la resolución a los compradores. Éstos demandaron a la mercantil solicitando que se declarase la resolución por incumplimiento de la vendedora y, subsidiariamente, la moderación de la cláusula penal, con devolución de parte de los dieciséis millones de pesetas hasta entonces abonados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Pontevedra estimó parcialmente la apelación y condenó a la entidad E.O., S.L. a devolver a los actores la cantidad de doce millones, reduciendo así el importe de la pena a sólo cuatro millones, habida cuenta de que, al momento de la resolución, se había pagado más del cincuenta por ciento del precio de la cosa. Interpuesto recurso de casación por la demandada, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*L. A. G. D.*)

18. Moderación de la pena en casos de incumplimiento parcial o irregular cuando la cláusula penal hubiera sido prevista para el incumplimiento total de la obligación.—«Es doctrina reiterada de esta Sala que la obligación o mandato, que viene establecida en el artículo 1154 CC, según el cual el Juez modificará equitativamente la pena cuando hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, ha de actuar cuando, prevenida la pena para el incumplimiento total de la obligación, el cumplimiento es parcial o irregular; de tal modo que no cabe aplicar la facultad moderadora, cuando la cláusula está prevista para un determinado incumplimiento parcial, pues sería ir contra los principios de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, y de la *lex contractus* previsto en el artículo 1901 del Código Civil que reflejan el principio básico de los *pacta sunt servanda*. [...]. Que 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, es decir, que no puede aplicarse la facultad moderadora si se produce el mismo incumplimiento parcial que las partes previeron en su cláusula. (**STS de 14 de septiembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Don Claudio y doña Alejandra venden a don Juan Enrique determinada finca inscrita en el Registro de la Propiedad. Tras reiterados incumplimientos de pago por parte del comprador, don Claudio y doña Alejandra ejercitan la resolución del contrato mediante requerimiento notarial, si bien, aceptan rehabilitar el contrato rescindido mediante un nuevo documento, siendo nuevamente incumplido, sin que hasta el momento de la presentación de la demanda se atendiera ninguna de las obligaciones económicas derivadas del citado contrato, por lo que los vendedores promovieron nuevas actas de requerimiento notarial para resolver el contrato. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso interpuesto por don Juan Enrique, confirmando la sentencia de instancia en cuanto a la falta de moderación, ya que —considera la Audiencia— tal facultad moderadora no implica automáticamente que se tenga que disminuir la pena fijada más si se trata de mera liquidación de daños y perjuicios, pues también es factible que equitativamente sea correcta la pena que efectivamente se lleva a cabo. Considera la Audiencia Provincial que es equitativo que el apelante pierda las cantidades desembolsadas, puesto que venía usando y disfrutando la vivienda desde la celebración del contrato.

NOTA.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la moderación prevista en el artículo 1154 CC no procede cuando la pena se ha establecido en contemplación a un supuesto de incumplimiento parcial o retraso en el cumplimiento y se produce el incumplimiento parcial. La moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó. 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 (SSTS de 10 de mayo de 2001 [RJ 2001/6191], 14 de junio de 2006 [RJ 2006/3133], 20 de diciembre de 2006 [RJ 2006/388], entre otras).

En el caso de la sentencia que anotamos no procede la moderación de la pena, ya que la cláusula penal pactada se previó para el caso de impago de algunos de los plazos acordados. Por otra parte, la cláusula penal sustituye la indemnización de daños y perjuicios, y en este caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la pérdida de las cantidades entregadas es acorde a los perjuicios ocasionados a la parte vendedora. (*L. Z. G.*)

19. Pago por tercero.—El artículo 1158 CC, con precedentes en el artículo 1099 del Proyecto de 1851 y en la regla según la que cualquiera puede pagar por el que no lo sabe, aunque se oponga, del mismo modo que se puede mejorar la condición de una persona sin su conocimiento y contra su voluntad (*solvere pro ignorantे et invitо cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis et invitи meliorem conditionem facere*: Digesto 46.3.53), contempla un pago efectuado por «cualquier persona» (que no sea el deudor —S de 4 de noviembre de 2003—, pero no porque el mismo no pueda pagar —debe hacerlo—, sino porque el mencionado precepto no tiene por función regular el pago de la deuda propia, sino las consecuencias del de la deuda ajena: S de 12 de junio de 1976). En efecto, se emplea en el artículo 1158 para la identificación del *solvens* una amplia fórmula —como dice la S de 8 de mayo de 1992— que no requiere, en contra de lo que sostienen los recurrentes, medie entre el tercero que paga y el deudor una relación contractual, para que aquel esté legitimado en el ejercicio de la acción de reembolso o, en su caso, de repetición por la utilidad producida, a que se refieren los dos últimos párrafos del artículo examinado. Es más, si entre el tercero y el deudor existiera alguna relación por virtud de la que procediera entender que el primero tenía interés en el cumplimiento de la obligación del segundo, el supuesto sería el del artículo 1210.3.^º CC —al que, sin mencionarlo, también se refirió la sentencia recurrida—, con las consecuencias —distintas de las contempladas en el artículo 1158: SS de 16 de junio de 1969, 12 de junio de 1976, 29 de mayo de 1984, entre otras muchas— que señala el artículo 1212 del mismo Código. Pero es que, además, los recurrentes no sólo no han tenido en cuenta que *Santiago Montaño, S.L. y Transportes Kini, S.L.* estaban contractualmente unidas por una relación nacida de las ventas de carburante ni que el crédito de la primera no ha resultado finalmente satisfecho, sino tampoco —en lo que al motivo importa— que en la sentencia recurrida se atribuye a la primera sociedad la condición de fiadora de la segunda ante la emisora de las tarjetas y, en tal condición, la de pagadora de la deuda afianzada. Realidad fáctica no atacada, que sitúa el debate en la órbita de los artículos 1210.3.^º y 1839 o, cuanto menos, como se afirma en la instancia, en la de los artículos 1838 y 1158, todos del Código civil. (**STS de 23 de julio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—La empresa *Santiago Montaño, S.L.*, titular de varias estaciones de servicio, interpuso demanda contra *Transportes Kini, S.L.*, con la que solicitó el pago del importe correspondiente por distintos suministros de carburante. Esta sociedad era titular de una tarjeta de crédito, emitida por *Red Española de Servicios, S.A.*, que empleó para pagar una parte de tales suministros. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Écija dictó sentencia el 5 de junio de 1997, en que estimó parcialmente la demanda y condenó a *Transportes Kini, S.L.*, al pago de una parte de la suma reclamada correspondiente al importe de los suministros abonados mediante la mencionada tarjeta, por considerar que *Santiago Montaño, S.L.*, se había convertido en garante de la deuda de la titular de tarjeta con base en el contrato celebrado con la emisora. Según la sentencia, la demandante había pagado a *Red Española de Servicios, S.A.*, el importe de la deuda de *Transportes Kini, S.L.*, en los términos establecidos por el artículo 1158 CC. La Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla estimó el recurso de apelación

interpuesto por la demandante, al condenar a la demandada al pago de otras ventas de combustible a crédito en que *Transportes Kini, S.L.*, no utilizó la tarjeta. La demandada recurrió en casación, entre otros motivos, por sostener que el artículo 1158 CC presupone una relación contractual entre el tercero que paga (*Santiago Montaño, S.L.*) y el deudor (*Transportes Kini, S.L.*) inexistente en el presente caso, así como que únicamente la entidad emisora de la tarjeta de crédito podía reclamar el pago a *Transportes Kini, S.L.* El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

20. Responsabilidad contractual.—Los actores estaban enterados de que el análisis y estudio del líquido amniótico no eran verificados por el médico ginecólogo, sino por un genetista en su laboratorio, el cual, contratado por aquél, los realizaba por su encargo, de manera que los pacientes del mismo abonaban los servicios correspondientes, incluidos en las facturas, y, desde esta perspectiva, es evidente la presencia de un enlace contractual entre doña María Luisa y don Juan María, quien percibió el precio abonado por la demandante para esas tareas.

Carga de la prueba. Daño desproporcionado.—No obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la «lex artis ad hoc», no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios utilizados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización. Si se repará en la desproporción que existe entre el diagnóstico que establece el médico y el grave resultado, se infiere que estamos en presencia de uno de esos casos, en los que, conforme a la doctrina de esta Sala, corresponde a los médicos y centro sanitario implicados, en función de su cercanía a las fuentes de prueba y su mejor posición para acceder a las mismas, la carga de probar que el hecho fue imprevisible y no evitable, destruyendo la presunción de culpa que genera la anormalidad de lo que ocurrió, según las pautas que recogen las máximas de experiencia. (**STS de 19 de julio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—Don Darío, médico ginecólogo, confirmó a su paciente doña María Luisa que estaba embarazada, la cual, de 41 años de edad y con antecedentes de familiares con síndrome de Down, solicitó al doctor el sometimiento a las pruebas necesarias para detectar la presencia de una anomalía cromosómica y le comunicó que, si así fuera, optaría por la interrupción voluntaria del embarazo, con lo que el facultativo y la paciente convinieron para ello la práctica de la amniocentesis. A los 34 días de esa consulta, cuando doña María Luisa estaba en las quince semanas y media de gestación, el Dr. Darío procedió a extraer líquido amniótico que, en un recipiente, envió para su análisis y estudio a don Juan María, Profesor del Departamento de Genética de la Facultad de Medicina de Ciencias de Málaga. En documento de 21 de diciembre de 1992, don Juan María informó que, en el análisis no se apreció ninguna anomalía y que se trataba de un varón de constitución cromosómica

normal. El 27 de abril de 1993, mediante una intervención de cesárea de urgencia en el parto, doña María Luisa dio a luz una niña con síndrome de Down. Doña María Luisa interpuso demanda que fue estimada ante el Juzgado de Primera Instancia contra don Darío y don Juan María. La sentencia de la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia. El recurso de casación interpuesto por don Juan María se fundó en los siguientes motivos: aplicación indebida de los artículos 1101, 1104 y 1902 CC. (E. C. V.)

21. *Mora solvendi. Intereses moratorios. Cantidad ilíquida. Flexibilización de la regla in illiquidis non fit mora.*—La primitiva rigidez que se atribuía a la regla *in illiquidis non fit mora* ha sido mitigada, dándose un giro jurisprudencial a partir de la STS de 19 de junio de 1995, consolidado en la STS de 13 de octubre de 1997, consistente en reconocer el derecho del demandante a obtener el pago de los intereses moratorios aunque la sentencia conceda menos de lo pedido en la demanda. Se justifica tal solución en los principios de buena fe contractual y equivalencia de las prestaciones, así como en la consideración de la preexistencia del crédito reclamado, aunque su cuantificación final no coincida con la estimada por el demandante. Sólo una considerable distancia entre lo postulado y lo concedido ha de llevar a no reconocer el cobro de los intereses legales (SSTS de 25 de febrero de 2000, 20 de marzo de 2003 y 6 de octubre de 2006). Por último, en la perspectiva de los intereses moratorios del artículo 1108 CC, no es razonable condenar a su abono cuando la suma principal está totalmente indeterminada y corresponde a un lucro cesante, cuya cuantía habrá de concretarse en ejecución de sentencia (STS de 21 de julio de 2006). (**STS de 29 de noviembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—Los actores, don Rodolfo, en beneficio de una comunidad de bienes; doña Francisca y don Rodolfo, como arrendatarios de una finca; don José Enrique y don Romeo, como arrendatarios de otra finca; y don Millán como propietario de una finca colindante a las anteriores, demandaron a don Lucio y a la entidad *Las Nieves, S.A.T.* reclamando la indemnización de los perjuicios sufridos a consecuencia de la inundación de los terrenos de que eran titulares, que se habría producido por las obras llevadas a cabo por los demandados en la margen izquierda del río Cigüela y que había determinado un desvío de sus aguas, resultando insuficientes los cauces existentes. El Juzgado de Primera Instancia absolió a los demandados. Interpuesto recurso de apelación por don Rodolfo y don José Enrique, la Audiencia Provincial de Ciudad Real revocó la de instancia y condenó a los demandados al pago de 7.400.819 pesetas a favor de don Rodolfo; y al abono a don José Enrique y don Romeo de la cantidad que se determinara en ejecución de sentencia con intereses legales desde la interposición de la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación de los demandados al considerar que se incurrió en incongruencia, toda vez que en segunda instancia se modificó un pronunciamiento firme, por no apelado, ya que don Romeo se había aquietado a la sentencia del Juzgado, sin deducir recurso de apelación contra la misma. (C. O. M.)

22. Indemnización del lucro cesante.—Entiende el Tribunal Supremo que la exigencia de lucro cesante no puede ampararse sin más y exclusivamente en la dicción genérica del artículo 1106 CC, sino que es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas. El lucro cesante o ganancia frustrada ofrece muchas dificultades para su determinación y límites. Para tratar de resolverlas, el Derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva, que resulte del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto. Según nuestra jurisprudencia, ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que éstas sean dudosas o contingentes y sólo fundadas en esperanzas, pues no pueden derivarse de supuestos meramente posibles pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre. El lucro no puede ser dudoso o incierto, de ahí que se deban rechazar las ganancias fundadas en meras esperanzas o expectativas sin sustento real, y que no se pueda fijar subjetivamente por el juzgador con fundamento en la equidad. También se pone de relieve la necesidad de existencia de un nexo causal, que no es otra cosa que la posibilidad de haber podido obtener las ganancias en caso de no haberse producido el evento.

A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso. El fundamento de la indemnización de lucro cesante ha de verse en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido.

Entre las sentencias del Alto Tribunal que se refieren al lucro cesante, cabe destacar: 29 de diciembre de 2000, 30 de diciembre de 1977, 17 de diciembre de 1990, 29 de septiembre de 1994, 8 de junio de 1996, 30 de junio de 1993, 15 de julio y 5 de noviembre de 1998, 14 de julio de 2003, 28 de octubre de 2004, 7 de julio de 2005, entre otras. (**STS de 30 de octubre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Las entidades enfrentadas firmaron un contrato en virtud del cual, X aportaría los medios técnicos y humanos para la coproducción del programa piloto y de los primeros 26 capítulos de la serie «Hermanos de leche», que B tiene que llevar a cabo por encargo de Antena 3 TV. La sociedad demandada (B) incumple el contrato, al encargar la realización de esos primeros 26 episodios a otra entidad distinta a la anterior. Por ello, X pide indemnización por el lucro cesante no sólo de los primeros 26 episodios pactados contractualmente, sino por los 78 capítulos que fueron inicialmente emitidos, al considerar que el contrato originario atendía a la producción de la serie durante toda la duración que tuviese la misma. El Juzgado de Primera Instancia declaró disuelto el contrato y entendió que el acuerdo se refería únicamente a los primeros 26 episodios. En apelación, la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia de instancia y condena a la productora al abono de casi 72.000 euros en concepto de lucro cesante, resultante de los 26 episodios inicialmente producidos de la serie televisión, de los 78 capítulos que finalmente fueron emitidos.

El Tribunal Supremo, por su parte, desestimó el recurso de casación, al considerar que la duración del contrato era indetermi-

nada y estaba supeditada al éxito de la serie en esos primeros 26 capítulos. Conforme al Alto Tribunal, entre las consecuencias indemnizables del incumplimiento en que incurrió la mercantil B no cabe incluir el beneficio correspondiente a los 52 capítulos con los que se prorrogó la serie, llevados a cabo por un tercero ajeno a la entidad demandante X. La relación causal necesaria, existente en los primeros 26 capítulos de la serie, no concurre respecto de los restantes 52. Atender la pretensión de la recurrente implicaría presuponer que, en el caso de haberse ella hecho cargo de la producción de los primeros 26 capítulos, la serie hubiese gozado de la misma y necesaria aceptación de público para ser prolongada, lo que no es más que pura contingencia. Tal suposición excede el grado de certidumbre que se exige para apreciar la procedencia de la indemnización en concepto de lucro cesante. (S. L. M.)

23. Donación. Rescisión por fraude de acreedores. Carácter subsidiario de la acción pauliana: sólo procede cuando no exista otro cauce para la satisfacción del crédito. Concurrencia del requisito de la insolvencia del deudor: concepción amplia de la situación de insolvencia.—La nota más característica de la acción rescisoria es su subsidiariedad, entendía como remedio para el acreedor cuando se carezca de otro modo para la satisfacción de su crédito, lo que denota, como presupuesto fáctico necesario, la concurrencia de una situación de insolvencia en el deudor, la cual, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial al respecto, no tiene que ser absoluta, sino que es suficiente la existencia de una notable disminución patrimonial que impida al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente difícil; de modo que basta con que comprometa seriamente las posibilidades de satisfacción del derecho del acreedor (STS de 25 de julio de 2007). Uniéndose a ello otro presupuesto, cual es el que la desaparición o minoración patrimonial sea el resultado de una operación de transmisión de bienes por el deudor a favor de terceros, lo que exige un determinado propósito que determina el denominado *consilium fraudis*, entendido jurisprudencialmente como actividad intencionada y directamente dolosa, o bien como simple conciencia de causar el perjuicio, llegando a alcanzar cotas de quasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación (SSTS de 6 de abril de 1992 y 31 de diciembre de 1998).

Sustitución del deudor. Convenio sobre transmisión de deuda. Necesidad de consentimiento del acreedor.—La sustitución de la persona del deudor en las relaciones contractuales, o asunción de deuda, tanto en la modalidad del convenio entre los deudores como de expromisión —convenio entre el acreedor y el nuevo deudor que libere al primitivo— es indispensable en todo caso para su eficacia no el conocimiento sino el consentimiento expreso o tácito del acreedor, conforme al artículo 1205 CC, sin cuya concurrencia no puede producirse el resultado meramente modificativo de la liberación del primitivo deudor. Es aplicable en el presente caso la doctrina jurisprudencial que reitera que la novación nunca se presume, ni tampoco puede inferirse de meras deducciones o conjjeturas, sino que la voluntad de novar debe constar siempre de modo inequívoco, bien por manifestarse con claridad de forma expresa bien por inducirse de actos de significación concluyente, sin que de ningún modo sea suficiente el conocimiento de la sustitución.

(STS de 19 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El demandante, don José Ángel, interesó la declaración de rescisión de la donación de un inmueble efectuada por el matrimonio formado por don Armando y doña Patricia a favor de la hija de estos últimos, al considerar que dicho negocio se había operado en fraude de acreedores pues mediante él se burlaba el derecho del actor al cobro de diversas créditos que, como tenedor de varias cambiales aceptadas por el matrimonio demandado, tenía contra aquéllos y que no habían sido atendidos a sus respectivos vencimientos. Los demandados alegaron la vulneración de la naturaleza subsidiaria de la acción rescisoria, ya que el actor pudo haberse dirigido contra don Joaquín, quien había sustituido a los demandados en las obligaciones de pago derivadas de las letras de cambio. El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción y declaró rescindida la donación con anulación de las inscripciones registrales efectuadas. La Audiencia Provincial de Alicante confirmó la sentencia de instancia. Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*I. D.-L.*)

24. Tercería de mejor derecho. Preferencia para el cobro de los créditos salariales. Contenido de las garantías salariales del artículo 32.2 ET
Inclusión tanto de los salarios como de las indemnizaciones por razón del contrato laboral.—La jurisprudencia de esta Sala ha variado el criterio inicialmente mantenido en la STS de 11 de mayo de 1992, para abogar por una interpretación amplia de las garantías salariales establecidas en el artículo 32.2. ET. Así, deben entenderse incluidas en el ámbito de protección salarial de dicho precepto, no sólo las retribuciones percibidas de una manera directa e inmediata por la prestación del trabajo, sino también las indemnizaciones derivadas de un contrato laboral. Se atiende para ello a la dicción del artículo 33 ET., del que se infiere un concepto amplio de salario a la hora de establecer su ámbito de protección (SSTS de 27 de julio de 2000 y 29 de marzo de 2007). Criterio que encuentra apoyo en los Autos de la Sala de Conflictos de Competencias de 27 de junio de 1992 y 4 de abril de 1994. A esto se añade la consideración de que la consecuencia legalmente prevista de la declaración de nulidad del despido de los trabajadores es la inmediata readmisión de éstos, con el abono de los salarios dejados de percibir; y que esta consecuencia legal sólo se sustituye por la indemnización, a resultas de la imposibilidad material de hacer efectiva la sentencia que declara nulos los despidos, lo que sin duda redundaría en el carácter sustitutivo del salario que cabe atribuir a las indemnizaciones laborales. (**STS de 21 de noviembre de 2007; no ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El Fondo de Garantía Salarial dedujo demanda de tercería de mejor derecho frente a las entidades C.Q., S.A. y A.G.C.V., solicitando que se declarase su preferencia para hacer efectivo su crédito de 189.369.887 pesetas, en relación con la segunda compañía, ejecutante en el juicio del que traía causa la tercería, sobre los bienes de la primera, a consecuencia del pago de los créditos salariales abonados por la actora a los trabajadores de

C.Q., S.A., a raíz de la extinción de las relaciones laborales que vinculaban a aquéllos con esta última y que determinaron la declaración judicial de insolvencia provisional de la mercantil en los correspondientes procedimientos ante la jurisdicción laboral. El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la demanda y declaró el mejor derecho del F.G.S. al cobro de 53.375.499 pesetas. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó íntegramente la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

25. La transmisión del dominio mediante compraventa no requiere como requisito previo que se haya efectuado el pago del precio.—« [...] lo que importa para la transmisión del dominio mediante compraventa no es el pago del precio, sino que el contrato o acuerdo de voluntades venga acompañado de la tradición en cualquiera de las formas admitidas en derecho» (FJ 2.º STS de 7 de septiembre de 2007).

La venta de cosa ajena no tiene como consecuencia la declaración de nulidad de la segunda venta por falta de objeto.—« [...] no cabe sostener que la segunda venta sea nula o inexistente por falta de objeto o de poder de disposición del transmitente, pues lo que dicho precepto purifica o subsana es precisamente esa falta de poder de disposición, y si la finca existe, claro está, además, que la segunda venta de esa finca habrá tenido objeto, la propia finca que se vende» (FJ 2.º STS de 7 de septiembre de 2007).

La aplicación del artículo 1473 CC no exige que la celebración de los contratos de compraventa haya tenido lugar en un corto período de tiempo.—« [...] la aplicación del artículo 1473 del Código Civil no exige necesariamente el requisito de “una cierta coetaneidad cronológica” entre las dos o más ventas en conflicto» (FJ 2.º). (STS de 7 de septiembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El titular registral de una finca vende mediante escritura pública a dos compradores distintos la misma finca. Entre las dos ventas celebradas transcurrieron más de cinco años y sólo la segunda venta tuvo acceso al Registro de la Propiedad. No obstante, el objeto del contrato de compraventa no fue totalmente coincidente, puesto que mientras en la segunda compraventa se vendió la totalidad de la finca, en la primera el objeto de la compraventa consistió en 8 hectáreas y 72 áreas segregadas de la finca matriz de 33 hectáreas, 22 áreas y 32 centíreas.

La segunda compradora interpone demanda contra la primera, solicitando que se declare que la finca doblemente vendida le pertenece en pleno dominio, puesto que había inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad. A su vez, solicita se declare nulo el título de la demandada y se le condene a hacer dejación de la finca y entregársela a la demandante. La parte demandada se opone a la demanda con base en la existencia de una venta de cosa ajena y la mala fe de la demandante, conocedora desde un principio de la venta precedente.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al considerar que la primera venta no podía entenderse consumada porque la compradora no cumplió con sus obligaciones en orden a que-

dar subrogada en la hipoteca. Interpuesto recurso de apelación por la parte actora en la instancia, la Audiencia Provincial estima el recurso con base en las siguientes consideraciones: que se trataba de un caso de doble venta y no de venta de cosa ajena, debido a que no había llegado a consumarse la primera venta por falta de pago de la compradora; que la aplicación conjunta del artículo 1473 CC y del artículo 34 LH otorga protección a la parte demandante en la instancia; que no resulta probado que la demandada disfrutase de la posesión de la finca. Contra la sentencia de la Audiencia se interpone recurso de casación por la parte demandada, recurso que es estimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea diferentes cuestiones de indudable interés y que están directamente relacionadas con los modos de transmisión de la propiedad en nuestro derecho, y con el ámbito de aplicación del artículo 1473 CC, en conexión con el artículo 34 LH.

El artículo 609 CC establece que «la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». El Derecho español está fundado en la teoría del título y el modo. Tanto nuestra doctrina más consagrada como reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo coinciden en señalar que para transmitir el dominio se requiere de título (el contrato) y modo (la tradición). En el caso del contrato de compraventa es necesario que éste se complete con la tradición para poder adquirir el dominio. Por ello lo importante para la transmisión del dominio mediante la compraventa no es que el comprador haya cumplido con la obligación de pagar el precio, sino que exista tradición, entendida como la entrega de la cosa transmitida en alguna de sus formas admitidas en derecho, que hace el transmitente al adquirente, y que éste acepta (Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 2005, p. 62).

En el supuesto de que se hayan celebrado dos contratos de compraventa con diferentes compradores sobre un mismo objeto, la entrega de la cosa, con la consiguiente transmisión de la propiedad en la primera venta, supone que estemos ante un caso de venta de cosa ajena y, que, por tanto, en la segunda venta el vendedor ya no sea propietario [SSTS de 14 de abril de 1992 (RJ 1992/3096), 17 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9234), 3 de abril de 1994 (RJ 1994/1647), 25 de marzo de 1994 (RJ 1994/2535)]. Este aspecto es el que distingue la venta de cosa ajena de la doble venta, puesto que en este último caso el propietario sigue siendo el mismo en las dos ventas y continúa teniendo facultades de disposición sobre aquélla [vid. STS de 19 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10399)].

En el caso objeto de litigio se plantea el problema de determinar si se trata de un supuesto de doble venta o venta de cosa ajena. Las sentencias recurridas afirmaban que se trataba de un caso de doble venta, acudiendo al argumento de que la primera venta no se había consumado por falta de pago del precio. Al respecto, debe señalarse que el pago del precio no es requisito imprescindible para la transmisión de la propiedad, y puesto que el vendedor había otorgado escritura pública a favor de la primera compradora, que a su

vez, había entrado en posesión de la finca desde la celebración del contrato, es evidente que se había transmitido la propiedad, por lo que se trata de un caso de venta de cosa ajena y no de doble venta. En estos casos no cabe afirmar que la segunda venta sea nula o inexistente por falta de objeto, puesto que la finca existe, faltando el poder de disposición del transmitente [STS de 5 de mayo de 2008 (RJ 2008/5502). En un sentido opuesto, podemos citar la STS de 10 de junio de 2003 (RJ 2003/4598)]. En estos casos la venta de cosa ajena será ineficaz frente al verdadero propietario que podrá ejercitar acción declarativa de dominio o reivindicatoria sobre el objeto de aquélla [STS de 5 de mayo de 2008 (RJ 2008/5502)].

La sentencia que anotamos resuelve el caso aplicando el artículo 1473, por lo que rompe con la línea jurisprudencial existente hasta la fecha que consideraba que el artículo 1473 CC no resultaba de aplicación a los casos de venta de cosa ajena. Hasta el año 1989 la jurisprudencia incluía en el ámbito de aplicación del artículo 1473 CC las ventas de un mismo inmueble a diferentes compradores aunque entre ellas hubiera mediado varios años, poniendo dicho precepto en conexión con el artículo 34 LH, siempre que la finca estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del vendedor común y manteniendo en su adquisición al segundo comprador si inscribía su título en el Registro de la Propiedad antes que el primero. A partir del año 1989 se excluye del ámbito de aplicación del artículo 1473 CC la venta de cosa ajena [SSTS de 23 de mayo de 1989 (RJ 1989/3878), 8 de marzo de 1993 (RJ 1993/2052), 25 de marzo de 1994 (RJ 1994/2535). Como excepción puede verse la STS de 11 de junio de 2006 (RJ 2006/6693)].

El Supremo en la sentencia que anotamos resuelve el caso objeto de litigio, entendiendo que *«no hay una verdadera razón de peso para excluir del ámbito de aplicación del artículo 1473 del Código Civil las dos o más ventas de un mismo inmueble separadas por un considerable período de tiempo. De un lado, porque el propio precepto ya prevé que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes que el segundo, consumándose, por tanto, la primera venta desde la perspectiva de las obligaciones del vendedor, mediante la tradición material y, sin embargo, la propiedad acabe perteneciendo a quien compró luego la misma cosa mediante un contrato intrínsecamente válido, plasmado en escritura pública, e inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad. [...]». Ello no significa, sin embargo, que la segunda venta quedara excluida del ámbito del artículo 1473 CC, sino pura y simplemente, que al tratarse de una finca previamente inscrita en el Registro de la Propiedad, el problema debe resolverse conjugando dicho precepto con el artículo 34 LH».*

Para el Supremo, teniendo en cuenta que en la segunda compradora no concurría el requisito de la buena fe que exige el artículo 34 LH, en relación con el artículo 1473 CC, a pesar de haber inscrito su derecho, no debe, por ello, decidirse a su favor el conflicto de la finca litigiosa, sino a favor de la primera. Por este motivo, para el Supremo en este caso la inscripción registral no debe decidir a favor de la segunda compradora el conflicto sobre la propiedad de la finca litigiosa al faltar la buena fe exigida tanto por el

artículo 34 LH como por la jurisprudencia que interpreta el párrafo segundo del artículo 1473 CC.

La concurrencia del requisito de la buena fe del que inscribe en el Registro de la Propiedad viene siendo exigida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para obtener la protección que otorga el Registro. El requisito de la buena fe debe entenderse como un estado de conocimiento, es decir, la creencia o ignorancia de si la situación registral era o no exacta, respecto de la titularidad dominical que proclama. Por ello, la preferencia otorgada por el artículo 1473 CC, en su párrafo segundo al comprador que inscribe en el Registro descansa en el indispensable requisito de la buena fe [SSTS de 18 de febrero de 1974 (RJ 1974/924), 5 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9046), 1 de junio de 2000 (RJ 2000/4398), entre otras]. No obstante, es importante tener en cuenta que cuando la jurisprudencia aplica este criterio lo hace respecto de los casos de doble venta, a los cuales aplica el artículo 1473 CC, y no de venta de cosa ajena [Sobre este particular, vid. SSTS de 5 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9046), 1 de junio de 2000 (RJ 2000/4398), 14 de junio de 2000 (RJ 2000/4413)]. (L. Z. G.)

26. Doble venta de bienes inmuebles. Necesidad de que concurra el requisito de la buena fe para la aplicación de la preferencia contenida en el artículo 1473.2 CC.—Es doctrina constante del Tribunal Supremo que en caso de doble venta el artículo 1473, en su párrafo segundo, requiere, para otorgar preferencia al titular que primero inscriba, que se cumpla el requisito de la buena fe, en armonía con lo establecido en el artículo 34 LH, debiendo tener en cuenta que la buena fe se presume siempre, en tanto no sea declarada judicialmente su inexistencia. (STS de 14 de septiembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Doña Isabel vende a IMM22, S.L. determinada finca mediante documento privado, en el que se acuerda que el otorgamiento de la escritura pública tenga lugar dentro de los ciento sesenta días siguientes a la fecha de celebración del contrato. Tres meses más tarde, doña Isabel compareció ante Notario para que se requiriera de resolución a la parte compradora como consecuencia de la falta de pago de uno de los plazos acordados. Ofrecido el pago a la vendedora, ésta rechaza el pago alegando que la parte compradora había incumplido el plazo, no siendo posible aceptar el pago porque se había formulado ya requerimiento resolutorio.

Dos semanas antes de que se cumpliera el plazo de los ciento sesenta días para el otorgamiento de la escritura pública, doña Isabel fue requerida por la parte compradora para que compareciera al acto de otorgamiento. Llegada la fecha, doña Isabel no comparece. Tras dicho requerimiento, doña Isabel vende nuevamente la finca a B., S.A., que inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad, a pesar de tener conocimiento de la primera venta realizada.

La primera compradora interpone demanda solicitando, entre otros pedimentos, se declare su derecho de propiedad sobre la finca objeto de litigio, a la vez que la nulidad de la segunda venta por falta de objeto. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda inter-

puesta. B. S.A. interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial. Contra dicha resolución se interpone recurso de casación.

NOTA.—El artículo 1473 CC, aplicable en casos de doble venta, establece, en su párrafo segundo, que en caso de que una misma cosa inmueble se hubiere vendido a diferentes compradores, «*la propiedad pertenecerá al que antes la haya inscrito en el Registro*». Aunque el citado precepto no hace referencia a la necesidad de que concurra buena fe en la persona que inscribe, sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en la necesidad de que la buena fe exista para obtener la protección que dispensa el Código civil, en consonancia con el significado y alcance del Registro de la Propiedad en nuestro ordenamiento, y en especial por el principio de la fe pública y consiguiente legitimación registral que del mismo se deduce [STS de 30 de enero de 1960 (RJ 1960/895), 24 de enero de 1969 (RJ 1969/201), 5 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9046), 1 de junio de 2000 (RJ 2000/4398), 14 de junio de 2000 (RJ 2000/4413), 7 de septiembre de 2007 (RJ 2007/5303)]. En estos casos la buena fe deberá entenderse en el sentido de conocimiento y no de mera conducta, lo que consistirá en la creencia o ignorancia de si la situación registral era o no exacta, respecto de la titularidad dominical que proclama, debiendo tener en cuenta que la buena fe se presume siempre, salvo prueba en contrario. Por todo ello, resulta evidente que la prueba del conocimiento efectivo por parte del segundo comprador de la primera venta efectuada sobre la misma finca destruye toda presunción de buena fe y excluye la aplicación del criterio de preferencia contenido en el artículo 1473 CC para el caso de doble venta de bienes inmuebles. (L. Z. G.)

27. Necesidad de distinguir el vicio de incongruencia de la falta de motivación.—«Aun cuando el derecho a la tutela judicial efectiva puede determinar el vicio de incongruencia, la incongruencia omisiva exige la falta de respuesta sobre algún punto esencial o cuestión sustancial del pleito, [...] y es evidente que desde el punto de vista de la tutela judicial el deber de congruencia consiste en el derecho a obtener una respuesta motivada y fundada en Derecho no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda resultar discutible o quepa disentir de ella [...]» (FJ 2.º, STS de 27 de septiembre de 2007).

El ejercicio del derecho de opción de compra tiene como efecto la perfección automática del contrato de compraventa, requiriendo para su adecuada consumación el requisito de la *traditio*.—«Es cierto que una opción de compra ejercitada no es título de dominio alguno, pues con ella lo único que se produce es la perfección del contrato de compraventa proyectado, pero no su consumación. Con el ejercicio del derecho de opción de compra éste queda consumado y extinguido, mientras que el contrato de compraventa queda automáticamente perfeccionado y sometido a su propia regulación, en la que figura el artículo 1450 CC que mantiene desde luego la perfección del contrato, aunque ni la cosa ni el precio se haya entregado, requiriendo para su adecuada consumación la *traditio* de la cosa vendida en cualquiera de sus formas, a fin de dar cumplimiento a los artículos 609 y 1095 CC. Con el ejercicio en forma positiva de la opción se tiene título, pero no el modo en cual-

quiera de sus formas [...]. (STS de 27 de septiembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La parte actora interpone demanda sobre reclamación de cantidad contra la mercantil X. S.A., por impago de las rentas correspondientes al arrendamiento del local de negocio, durante el período comprendido entre febrero de 1992 y noviembre de 1998, fecha en la que se otorga escritura pública de venta como consecuencia del ejercicio del derecho de opción contenido en el contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, sentencia que es confirmada por la Audiencia Provincial.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea dos cuestiones bien diferenciadas: en primer lugar, la necesidad de distinguir el vicio de incongruencia de la falta de motivación; en segundo lugar, los efectos que se derivan del ejercicio del derecho de opción.

Por lo que respecta a la distinción entre el vicio de incongruencia y la falta de motivación, es importante aclarar que, aunque ambos términos entroncan en el plano del derecho a la tutela judicial efectiva, sin embargo, el vicio de incongruencia es un desajuste material entre el fallo judicial y los términos en los cuales las partes formulan sus pretensiones. El derecho a la tutela judicial efectiva incluye el de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada que se ajuste al núcleo de las pretensiones deducidas por las partes, de modo que si la resolución que pone término al proceso guarda silencio o deja imprejuzgada algunas de las cuestiones que constituyen el centro del debate procesal se produce una falta de respuesta o incongruencia omisiva contraria al mencionado derecho fundamental [STC 67/2001, de 17 de marzo (RTC 2001/67), STC 6506/2006, de 20 de septiembre (RTC 2006/6506)]. En este sentido, aunque es cierto que la sentencia objeto de anotación no hace referencia a la reclamación relativa a las rentas ni a la reclamación del pago del Impuesto de Bienes Inmuebles, sin embargo, debe entenderse que al desestimar la demanda y considerar extinguido el contrato por el ejercicio del derecho de opción de compra, el Juzgado de Primera Instancia desestima también las peticiones señaladas. La congruencia exigible, desde la perspectiva del derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 CE comprende la obtención de una respuesta razonada a las pretensiones de las partes, pero no un razonamiento autónomo y pormenorizado de todos y cada uno de los fundamentos jurídicos en que aquéllas se sustentan.

En relación al derecho de opción de compra, es doctrina jurisprudencial reiterada que entre los efectos de la opción, que se perfecciona una vez debidamente ejercitada, se sitúa el que el contrato de compraventa queda sometido a su propia regulación, lo que supone perfección del contrato aunque ni la cosa ni el precio se hayan entregado [STS de 3 de febrero de 1992 (RJ 1982/815)]. Una vez ejercitada la opción por el optante, dentro del plazo señalado y comunicada al concedente, se extingue la opción y nace y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa [SSTS de 16 de abril de 1979 (RJ 1979/1401), 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991/312), 1 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10244), 14 de febrero de 1992 (RJ 1997/706), 18 de julio de 2006 (RJ 2006/4949)]. Distinto es, tal y como se indica

en la sentencia objeto de anotación, que se produzca la consumación del contrato, lo que requerirá la entrega de la cosa, entrega que en el caso de la sentencia también había tenido lugar. (L. Z. G.)

28. Contrato de compraventa. Resolución por ocultar la condición de no edificable del terreno vendido. Aplicación de la regla del artículo 1.483 CC sobre saneamiento por gravámenes ocultos: es imprescindible que los adquirentes desconozcan la situación urbanística concreta.—Es constante la jurisprudencia que exige, para que proceda la resolución contractual permitida en el artículo 62 TR de la Ley del Suelo de 1976, por no haberse hecho constar la naturaleza de inedificable del terreno vendido, que los adquirentes no alcancen conocimiento, al tiempo de formalizar el contrato, de la situación urbanística concreta, tal como se exige para la procedencia de la regla del artículo 1483 CC (SSTS de 23 de octubre de 1997, 17 de noviembre de 2006 y 3 de marzo de 2000, entre otras). Sin que la buena fe imponga al vendedor un deber especial de información respecto de extremos cuyo conocimiento puede fácilmente obtenerse mediante una consulta, que implica una mínima diligencia por parte de quien se propone comprar con un determinado objetivo que supone una cierta calificación urbanística; a no ser que se trate de circunstancias o condiciones que supongan una modificación o alteración de hecho respecto de la que se reflejen en los registros o archivos. No es aplicable el precepto resolutorio cuando las fincas, pese a silenciar el carácter de no edificable, se vendieron como rústicas, a precio de rústicas y su situación urbanística era fácilmente conocible con una mera consulta de los registros públicos.

Resolución contractual. Devolución de lo que hubiera sido objeto del contrato. Inaplicabilidad del artículo 1295 CC a los supuestos de resolución.—La regla del artículo 1295.2 CC, que impide la rescisión del contrato cuando las cosas objeto del mismo se hallen legalmente en poder de terceras personas que no hubieran procedido de mala fe, no es aplicable a los supuestos de resolución, pues la imposibilidad de restitución *in natura* no impide el ejercicio de la acción resolutoria. Otra cosa es que dicha pérdida o deterioro modalicen la acción, o que la imposibilidad de restitución *in natura* incida en la restitución, que es un efecto de la resolución, pero no un presupuesto de la misma, ya que si el contratante perjudicado ha transmitido o transformado los bienes, ello no le impide la resolución, sino que es señal de que ha optado por otro remedio, como puede ser el indemnizatorio. (**STS de 8 de noviembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—La mercantil Coburt demandó a don Alberto y a su cónyuge, cuya identidad desconocía, reclamando la rescisión del contrato de compraventa de diversos terrenos que la actora había adquirido a los demandados. La base principal de la reclamación residía en la infracción del artículo 62 del TR de la Ley del Suelo de 1976, vigente en aquel entonces, ya que en las escrituras de transmisión no se hizo constar el carácter de inedificable de dichas parcelas. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Burgos estimaron la acción y condenaron a la devolución del precio de la compra más intereses. Poco después, doña Pilar, cónyuge del demandado, interpuso un recurso de audiencia al rebelde que fue estimado, con devolución del asunto al Juzgado de proce-

dencia. La instante alegó la inaplicabilidad del precitado artículo 62 así como la improcedencia de la rescisión de los contratos dado que, cuando la acción se ejercita por la actora, los inmuebles habían sido adquiridos por un tercero, de suerte que no estaba la demandante en situación de devolver aquello que había recibido, tal como exige el artículo 1295.2 CC. El Juzgado estimó la pretensión de rescisión de la sentencia anteriormente dictada, y absolvió a los demandados. No obstante, la Audiencia Provincial de Burgos estimó el recurso de apelación de la entidad Coburt y dejó sin efecto la rescisión de la sentencia, manteniendo la efectividad de la condena a devolver el importe del precio recibido. Interpuesto recurso de casación por el matrimonio demandado Sres. A. y F., el Tribunal Supremo dio lugar al mismo. (L. A. G. D.)

29. Contratos. Incumplimiento: entrega de cosa distinta a la pactada. Doctrina del *aliud pro alio*. Objeto inhábil para cumplir su finalidad.—Uno de los supuestos de incumplimiento que abren paso a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC, susceptible también de ser contemplado bajo el principio de la identidad e integridad del pago (art. 1166 CC), es el de entrega de cosa distinta o *aliud pro alio*, que se produce cuando el objeto entregado por el vendedor es inhábil para el cumplimiento de su finalidad (STS de 29 de abril de 1994, 10 de julio de 2003 y 23 de marzo de 2007). La acción de saneamiento por vicios ocultos no presupone necesariamente un incumplimiento sustancial de la obligación de entrega, pues éste tiene por objeto la cosa vendida en el estado en que se hallare al tiempo de la perfección del contrato y, en consecuencia, la acción por incumplimiento cuando existe un *aliud pro alio* no está sujeta al plazo de caducidad de las acciones edilicias. Doctrina mediante la cual se remedian los abusos en que se traduciría la aplicación excluyente de la acción de saneamiento. (STS de 9 de julio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Cada uno de los actores había adquirido su piso y, separadamente, una plaza de garaje que llevaba anejo un trastero. Estos cuartos trasteros, dada la falta de sistema de ventilación, sufrían una excesiva y anormal condensación de humedad que provocaba permanentemente daños a los bienes almacenados en ellos. Los adquirentes demandaron a la promotora reclamándoles la realización de las oportunas obras de adaptación más diversas indemnizaciones. La demandada opuso la caducidad de la acción, al estimar que había transcurrido el plazo de seis meses correspondiente a la redhibitoria por defectos ocultos. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Barcelona consideraron que se ejercitaba la acción personal por incumplimiento contractual por inhabilidad del objeto para el uso a que ha sido destinado (*aliud pro alio*). Estimaron parcialmente la demanda y condenaron a la instalación de un sistema de ventilación y a una indemnización a cada demandante por la privación temporal del uso del trastero. Interpuesto recurso de casación por la demandada, el Tribunal Supremo no dio lugar al mismo. (L. A. G. D.)

30. No es necesaria la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento para la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento, bastando con la frustración de la finalidad económica del contrato.—«La doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sufrido un cambio evolutivo progresivo en el sentido de abandonar el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde, sustituyéndolo por el impago en el sentido objetivo, con lo que ya no se viene exigiendo una actitud dolosa del comprador para que la resolución por incumplimiento de pago pueda tener lugar [...] , bastando con que se frustre la finalidad económica de la relación, imputable al comprador o sucesores que resulten obligados, y no satisfacen el precio que se había acordado para la transmisión dominical. Esta doctrina se presenta acomodada a los tiempos actuales para las situaciones de incumplimiento contractuales, ya que frente al vendedor que cumple el comprador incumplidor desequilibra la relación contractual al incurrir en impago voluntario». (STS de 17 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don Juan Pablo celebra un contrato de compraventa de vivienda mediante precio aplazado. En la cláusula sexta del contrato las partes acuerdan que la parte vendedora podrá ejercitar la acción resolutoria del contrato, vía artículo 1504 CC, en el caso de falta de pago de cualquiera de las cantidades aplazadas o el incumplimiento por causas que le sean imputables de cualquier otra obligación, asumida por el comprador. En ese caso las partes acordaron que el vendedor haría suya las cantidades hasta el momento entregadas en concepto de indemnización por incumplimiento contractual, pasados sesenta días del mismo. Don Juan Pablo requirió a la parte compradora para que abonara determinadas cambiales, advirtiéndole de la posibilidad de hacer valer la condición resolutoria pactada. Los demandados contestaron a dicho requerimiento manifestando que no adeudaban cantidad alguna, requiriendo a su vez al vendedor para que otorgara escritura pública. Don Juan Pablo interpone demanda solicitando la resolución del contrato de compraventa, así como el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados (rentas dejadas de percibir, importe de desperfectos materiales y gastos de adecuación para su reutilización). El Juzgados de Primera Instancia estima parcialmente la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

NOTA.—La sentencia que anotamos resuelve un caso en el que se plantea la necesidad o no de que exista una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento para que la resolución del contrato de compraventa pueda tener lugar. La doctrina jurisprudencial más reciente considera que es posible la resolución del contrato, sin necesidad de que exista una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, cuando se haya frustrado la finalidad económica de la relación, lo que tendrá lugar en los casos en que el comprador haya dejado de satisfacer el precio acordado [SSTS 5 de junio de 1989 (RJ 1989/4298), 11 de marzo de 1991 (RJ 1991/2206), 9 de marzo de 2005 (RJ 2005/2219), 3 de febrero de 2006 (RJ 2006/2020), entre otras]. (L. Z. G.)

31. Resolución del contrato por incumplimiento.—La jurisprudencia, a la hora de interpretar el artículo 1124 CC, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento o producida por causa imputable al que pide la resolución, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato.

Requerimiento del artículo 1504 CC.—El requerimiento del artículo 1504 CC tiene el valor de una intimación referida, no al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla. Es válido el requerimiento en el que se condiciona la resolución contractual al pago de las cantidades adeudadas en un plazo que discrecionalmente concede el vendedor al comprador de tal suerte que la inserción en el requerimiento de una cláusula de resolución de otro de previo pago no le priva de su eficacia obstativa y resolutoria. Cursado el referido requerimiento, como ocurrió en el caso de autos, la resolución, se produce de manera automática, pudiendo ejercitarse ya en la vía judicial, ya fuera de ella, a voluntad del acreedor.

Moderación de la cláusula penal.—Aun cuando ciertamente el artículo 1154 CC, que también cita la recurrente, atribuye al Juzgador la facultad de moderar equitativamente la pena cuando la obligación se ha incumplido parcialmente o se ha cumplido irregularmente, tal facultad radica en la soberanía de los órganos jurisdiccionales de instancia. (**STS 17 de julio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—*Proplasa, S.L.* formuló demanda solicitando que se declarase resuelto y sin efecto alguno el contrato de compraventa de fecha 5 de diciembre de 1990 y el de opción de compra previo de fecha 2 de octubre de 1990, por imposibilidad de su cumplimiento y condenase solidariamente a los demandados, doña Olga y don David, a devolverle las cantidades en su día pagadas, a pagar los intereses moratorios, y los daños y perjuicios. La actora, sin dejar de reconocer en la demanda la demora por su parte en la entrega de parte del precio pactado en la compraventa, denunciaba la puesta a la venta por los demandados de los referidos inmuebles, pese a haberles cursado el requerimiento notarial al objeto de que se abstuvieran de efectuar oferta, venta o cualquier acto de disposición sobre las fincas cuya titularidad se irrogaba. Los demandados contestaron la demanda alegando que quien incumplió el contrato de opción de compra de forma reiterada fue la propia parte demandante, a quien a pesar de ello, se le notificó notarialmente la resolución, y se le ofreció, de buena fe y de forma gratuita, otro plazo para que cumpliera con el pago, oferta que no fue aceptada por omisión. Efectivamente, en fecha 5 de febrero de 1992, ante la imposibilidad de la mercantil de llevar a cabo los pagos previstos se suscribió nuevo contrato, con entrega de nuevo importe y aplazando el total adeudado al 5 de diciembre de tal año, pactándose expresamente entonces la inmediata resolución del contrato en caso de impago, sin derecho de la mercantil a recuperar suma alguna de las abonadas, imputándose lo pagado a indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por *Proplasa, S.A.* La Audiencia

cia Provincial confirmó la mencionada resolución. En ambas instancias se alcanzó igual conclusión. Se rechazaron las pretensiones de la compradora demandante, a quien, por el contrario, debía imputarse, decía la sentencia de primera instancia, las consecuencias de haber en todo momento frustrado el fin económico del contrato y las legítimas expectativas de los vendedores. Se acogió, en definitiva, la *exceptio non adimpleti contractus* esgrimida por los demandados, se rechazó también la pretensión indemnizatoria accesoria, así como la pretendida moderación de la cláusula penal, suscitada en la alzada, como cuestión nueva. *Proplasa, S.A.* interpuso recurso de casación fundado en la infracción de los artículos 1124 y 1504 CC por entender que para que opere la resolución será necesario la devolución por parte del vendedor de la parte del precio recibido, y que deberá ser, en todo caso, el Juez, pudiendo hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 1154 CC, el que establezca la cantidad a retener por la parte vendedora. (E. C. V.)

32. Infracción por aplicación indebida del artículo 1504 CC, interpretado de forma complementaria con el artículo 1124 CC.—«Es cierto que el artículo 1504 CC establece, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1124 CC, la facultad resolutoria del vendedor, que no ha percibido el precio en el plazo pactado, para operar la resolución del contrato. Pero ha de observarse que la obligación fundamental del comprador de pago del precio no puede desligarse del resto de las obligaciones prefijadas en el contrato que afectan al vendedor de modo que la suspensión de la obligación de pago del precio pactado no ha de quedar reducida al supuesto de perturbación en la posesión o dominio de la cosa adquirida a que se refiere el artículo 1502 CC, que parte del cumplimiento por el vendedor de sus propias obligaciones y únicamente constituye un caso concreto para tal suspensión, ya que la facultad resolutoria formulada de modo general en el párrafo primero del artículo 1124 contempla el caso de que sea únicamente uno de los obligados el que no cumpliera lo que le incumbe dado que las obligaciones de carácter recíproco implican la necesidad de adecuado cumplimiento por cada una de las partes» (FJ 3.º, STS de 9 de octubre de 2007).

Procedencia de la acción rescisoria al haberse contratado sobre cosa litigiosa.—«La finalidad de tal facultad rescisoria para la parte demandante tiende a impedir que la sentencia que recaiga en el pleito sobre la cosa litigiosa no se pueda hacer efectiva o cumplirse, o, lo que es lo mismo, evitar una defraudación potencial de derechos de un tercero: el demandante que espera ser beneficiado por la decisión judicial que ponga fin al litigio a que se encuentra sometida la cosa, habiendo declarado también esta Sala que la cosa se considera litigiosa desde que se interpone la demanda referida a ella; interpretación que apartándose de aquellas otras que exigen el previo aplazamiento de la parte demandada ha de considerarse como más adecuada para la finalidad de dicha facultad resolutoria y que, además, resulta conforme con las nuevas disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de enero de 2000 [...]». (STS de 9 de octubre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Doña Paula interpone demanda contra doña Carolina solicitando se declare la validez y vigencia del contrato celebra-

do en documento privado entre demandante y demandada, mediante el que esa última vendió a aquélla determinada finca; se declare que la demandante no ha incumplido los términos del referido contrato; se condene a la demandada la entrega de la finca a la demandante mediante el otorgamiento de escritura pública de compraventa, según las condiciones expresadas en el contrato celebrado. La parte actora afirma que la resolución contractual unilateral verificada por la demandada, mediante requerimiento notarial, que no fue aceptada por la compradora, no es ajustada a Derecho. Cuando se procedió a anotar preventivamente la demanda en el Registro de la Propiedad, se comprobó que la vendedora ya no era propietaria de la finca, ya que la había vendido mediante escritura pública a C. S.L. Como consecuencia de ello la parte actora interpone nueva demanda, solicitando la nulidad de la compraventa por ilicitud de la causa y en su defecto la rescisión contractual por versar el contrato sobre cosa litigiosa. El Juzgado de Primera Instancia desestima ambas demandas. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña Paula.

NOTA.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que la facultad de resolución por incumplimiento que contempla el artículo 1124 CC exige ineludiblemente que el que pretende la resolución haya cumplido las obligaciones que a él le incumben, por lo que el incumplimiento de las obligaciones por ambas partes contratantes priva de eficacia al requerimiento resolutorio [STS 5 de junio de 1989 (RJ 1989/4298), 14 de julio de 2003 (RJ 2003/4635), 9 de marzo de 2005 (RJ 2005/2219)]. No obstante, es posible interponer acción rescisoria, vía artículo 1291.4 CC, en los casos en que se haya contratado sobre cosa litigiosa, tal y como ocurre en el presente caso, siendo su finalidad la de evitar una defraudación potencial de los derechos de terceros. (L. Z. G.)

33. «Invalidez» de donación sobre bienes inmuebles por falta de otorgamiento de escritura pública.—«[...] la donación de bienes inmuebles supone una excepción al principio general de libertad de forma, siendo la necesidad de plasmación de la donación en escritura pública un requisito *ad solemnitatem* o sea especial para la eficacia del mismo que exige nuestro Código civil, concretamente en su artículo 633 y con ello se rompe la norma general de nuestro sistema contractual, absolutamente impregnado por un principio espiritualista, para el que la forma escrita se exige únicamente como requisito *ad probationem* (FJ 2.º). (STS de 10 de septiembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—El padre de las demandadas prepara en una notaría un documento en virtud del cual cede, a título gratuito, unas fincas a favor de los demandantes, con la condición de que se hicieran cargo de sufragar los gastos e impuestos que se originasen como consecuencia de la transmisión. El padre de las demandadas falleció sin haber elevado a público el documento. Los demandantes solicitan la formalización del documento en escritura pública. Las demandadas se oponen a ello alegando, principalmente, que el

documento privado es nulo por no haberse otorgado escritura pública. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta al considerar que tratándose de una donación de bienes inmuebles, para su validez, debía haberse formalizado en escritura pública. La Audiencia Provincial confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.–El artículo 633 CC requiere que se cumpla ineludiblemente el requisito de la escritura pública para que las donaciones de inmuebles puedan considerarse válidas. Cuando el artículo 633 hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública, no se refiere a cualquier escritura pública, sino a una específica en la que deben expresarse el *animus donandi* del donante y la aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial [SSTS de 22 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7795), 10 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9285), 24 de septiembre de 1991 (RJ 1991/6061), 25 de octubre de 1993 (RJ 1993/481), 10 de noviembre de 1994 (RJ 1994/8465), 23 de octubre de 1995 (RJ 1995/7737), 31 de julio de 1999 (RJ 1999/6221), 25 de enero de 2007 (RJ 2007/593), 26 de febrero de 2007 (RJ 2007/1769)]. (L. Z. G.)

34. Donación *mortis causa*. Cumplimiento de las formalidades testamentarias para la validez y eficacia de la donación y de su revocación.– Según manifiesta el propio Tribunal Supremo, existe una jurisprudencia constante que exige las formas y solemnidades testamentarias para la validez y eficacia de las donaciones *mortis causa*, así como para su revocación (SSTS de 25 de julio de 1996, 12 de marzo de 2004).

Nulidad de la donación de inmuebles bajo la forma de compraventa simulada.–La donación de bienes inmuebles realizada bajo la forma de compraventa simulada es completamente nula o inexistente, conforme ha declarado el Tribunal Supremo en la STS de 11 de enero de 2007. (**STS de 20 de noviembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.–Doña P. y doña I. firmaron dos escrituras públicas de compraventa de sendos inmuebles. Posteriormente, P. presentó una demanda contra I en la que solicitó: (1) que se declarara la nulidad de las escrituras de venta, por tratarse de una simulación absoluta (falta de precio y de causa onerosa); (2) que dicha nulidad no convierte a las escrituras de compraventa en donaciones, puesto que no cumplen los requisitos formales exigidos para estas últimas, (3) en el caso de que se considere que existen donaciones, que dichas donaciones son *mortis causa* y que procede su revocación por el donante; (4) si se estima que se trata de donaciones puras, que se declare su revocación por ingratitud de la donataria (que ha denegado alimentos a la donante); (5) subsidiariamente, que se declaren nulas las escrituras, porque la demandada obtuvo el consentimiento de la demandante a través de palabras y maquinaciones insidiosas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, y declaró la nulidad de las ventas y la validez de las donaciones encubiertas, desestimando el resto de las pretensiones. Doña P. pre-

sentó un recurso que fue estimado en parte por la Audiencia, que declaró la ineficacia de las compraventas y la existencia de dos donaciones *mortis causa* que han sido revocadas por la donante. Contra la sentencia de la Audiencia, doña I presentó recurso de casación en el que impugna la existencia de donaciones *mortis causa*, puesto que no se otorgaron con arreglo a las solemnidades testamentarias, y lo mismo sucede con su revocación.

NOTA.—Esta sentencia es posterior en diez meses a la sentencia de 11 de enero de 2007 del Pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de la que también fue ponente Antonio Gullón Ballesteros. En ella no se consiguió el consenso de todos los magistrados respecto a la validez o ineffectuación de la donación de inmuebles encubierta por una escritura pública de venta, pues, aunque fue firmada por siete magistrados, contó con un voto particular firmado por los otros cuatro magistrados que constituyen la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Sobre dicha sentencia y el voto particular existe un interesante comentario de M.^a Ángeles Parra Lucán, «Nulidad de la donación de inmuebles oculta bajo escritura pública de compraventa simulada», disponible en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=462>. (L. P. S. M. P.)

35. Donación onerosa o modal.—La donación modal, aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado, como dice el artículo 619 CC, se rige por la normativa de la donación en la parte que excede del valor de gravamen impuesto, añade el artículo 622, aunque lo hace con imprecisión terminológica al referirse a la remuneratoria, lo que ha sido superado por doctrina y jurisprudencia (S de 27 de julio de 1994 y las que en ella se citan). El modo, carga o gravamen puede ser cualquier tipo de actuación o conducta, aún no evaluable económicamente (S de 23 de noviembre de 2004) o puede ser un motivo, finalidad, deseo o recomendación (SS de 11 de diciembre de 1988 y 27 de diciembre de 1999) o, en definitiva, el cumplimiento de una obligación como determinación accesoria de la voluntad del donante (S de 6 de abril de 1999). Y esta amplia variedad de objeto del modo, comprende también la destinación, acción y efecto de destinataria, es decir, el caso de que el donante impone el destino que ha de tener la cosa donada.

Revocación por el incumplimiento de cargas (donación).—El artículo 647 CC dispone: La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso. En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria. Es de sobras conocido que cuando emplea la expresión «condiciones» se está refiriendo al modo, no a las condiciones en sentido jurídico preciso. Por lo cual, el incumplimiento del modo puede dar lugar a la revocación de la donación modal, aunque ciertamente es más bien una resolución, como se desprende del segundo párrafo del artículo transcritto, que atribuye a la revocación efectos *ex tunc*, con la ineffectuación de los actos dispositivos realizados, a salvo la protección al tercero hipotecario derivada del principio de fe pública registral que consagra el artículo 34 LH.

Legitimación. Transmisibilidad de la acción.—A falta de un supuesto normativo que regulase la transmisión *mortis causa* de la acción de revocación de la donación onerosa por el incumplimiento del modo a favor de los herederos del donante, el Tribunal Supremo viene declarando que dicha transmisión debe admitirse. Este ejercicio se verá limitado, sin embargo, si el donante no quiso la revocación o no quiso ejercitar la revocación pudiendo hacerlo (STS de 11 de diciembre de 1975 citando a otras anteriores).

Caducidad.—El plazo para el ejercicio de la acción de revocación de la donación onerosa es un plazo de caducidad, siendo éste según una parte de jurisprudencia de un año (STS de 11 de marzo de 1998), y según otra de cuatro, contado desde el momento en el que se conoce el incumplimiento del modo, y no desde la celebración de la donación en la escritura pública (STS de 23 de noviembre de 2004). (**STS de 20 de julio de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En el año 1937 se celebró un contrato de donación entre el Ramo de Guerra, actualmente Ministerio de Defensa español (donatario) y don Manuel (donante) de unas fincas que pertenecían a este último, bajo la condición de que las referidas fincas estuvieran destinadas al servicio del Ramo de Guerra como campamento o base militar. En 1997 el donatario transfirió la propiedad de las fincas donadas a una Cooperativa de Viviendas. Los causahabientes del donante interpusieron demanda contra el Ministerio y la Cooperativa solicitando que se revocase la donación efectuada por don Manuel a favor del mencionado Ministerio por falta de cumplimiento de la carga impuesta en ella y que se rescindiesen o resolviesen los contratos de enajenación de los bienes dotados celebrados por el donatario con la citada Cooperativa de Viviendas. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial entendieron que se trataba de una donación simple por lo que el Ministerio pudo celebrar la venta al tercero desestimando, en consecuencia, íntegramente la demanda. La parte actora interpuso recurso de casación en el que alegó la infracción del artículo 647 CC en relación con el artículo 3.1 del mismo código, así como la infracción de los artículos 1091, 1255, 1256, 1262 y 1124 CC. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso debido a que la donación efectivamente contenía un modo concreto, incumplido por el donatario. (*M. L. K.*)

36. Inexistencia de abuso del derecho o enriquecimiento injusto en el caso de reducción por el tribunal *a quo* de la indemnización por desistimiento del arrendatario.—La doctrina más reciente del Tribunal Supremo se ha inclinado por admitir que la cuantía de la indemnización por desistimiento del arrendatario debe fijarse en atención a las circunstancias de cada caso, atendiendo a valoraciones tales como que el arrendador haya podido explotar el local o concertar un nuevo contrato de arrendamiento en condiciones económicas satisfactorias (FJ 2.º). (**STS de 30 de octubre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El 1 de marzo de 1991 don Ramón celebra un contrato de arrendamiento con la mercantil G., S.A., acordando el pago

de una renta mensual de 260.000 pesetas más I.V.A. y una duración de diez años. La arrendataria interpuso demanda solicitando se condenara al demandado a la devolución a la actora de la fianza, intereses, gastos y honorarios, todo ello sin perjuicio de ulterior y cumplida liquidación, por haber sido rescindido el contrato tres años después de celebrado el contrato, al no servir el local para el fin para el que fue arrendado. El demandado contestó a la demanda oponiéndose a la misma y formuló reconvenCIÓN solicitando que se condenase al actor a abonarle el importe de la renta correspondiente al tiempo de duración pactada en el contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvenCIÓN. La sociedad demandante recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó en parte la reconvenCIÓN condenando a la demandante al pago de una indemnización.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea el problema de determinar las consecuencias que, en relación al pago de una indemnización, se derivan del desistimiento por el arrendatario del contrato de arrendamiento bajo el régimen de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos.

El artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en la redacción del Texto Refundido de 1964, dispone que *«durante el plazo estipulado en el contrato, el arrendatario o subarrendatario, lo sea de vivienda o de local de negocio, vendrá obligado al pago de la renta, y si antes de su terminación lo desaloja, deberá notificar su propósito por escrito al arrendador o subarrendador con treinta días de antelación, por lo menos, e indemnizarle con una cantidad equivalente a la renta que corresponda al plazo que, según el contrato, quedare por cumplir»*. Aunque la jurisprudencia ha mantenido en ocasiones el criterio de la imposibilidad de modificar la indemnización que corresponda según el artículo 56 LAU, la jurisprudencia más reciente admite que pueda fijarse la cuantía de la indemnización por desistimiento del arrendatario atendiendo al caso concreto, para así evitar notorios desequilibrios entre las partes o situaciones de enriquecimiento injusto [SSTS de 2 julio 1984 (RJ 1984, 3789), 15 junio 1993 (RJ 1993, 4835), 25 enero de 1996 (RJ 1996, 318), 25 marzo 1999 (RJ 1999, 1864), 11 noviembre 2002 (RJ 2002, 9815), 15 diciembre 2004 (RJ 2005, 267), 3 de febrero de 2006 (RJ 2006/823)]. (L. Z. G.)

37. Arrendamientos rústicos. Derecho de retracto. Identidad de la finca objeto del retracto. Afecta sólo a la porción de terreno explotada.— Lo dispuesto en el artículo 1521 CC, que exige una plena identidad entre lo que se posee por el título del retracto y el objeto de la enajenación, pugna con lo establecido en la LAR de 31 de diciembre de 1980, que ostenta el carácter de norma especial, y de aplicación específica en materia de arrendamientos rústicos, y en concreto con lo previsto en los artículos 86, 93.1 y 96 LAR, donde se prevé que en los casos de fincas de las que sólo una parte de su extensión haya sido cedida en arriendo los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente se entenderán limitados a la superficie arrendada. Sin que sea preciso que esta superficie sobre la que se ejercita el retracto y la enajenada sean coincidentes, pudiendo ser la vendida de mayor extensión, y

limitándose la exigencia de identidad a la que ha de existir entre la porción de terreno arrendada y aquélla sobre la que se proyecta la acción de retracto.

Derecho de retracto arrendaticio. Inicio del cómputo para su ejercicio.—El plazo de sesenta días otorgado por la Ley comienza a contarse a partir del momento en que el retrayente tuvo conocimiento de la enajenación. Lo que se interpreta en el sentido de que el conocimiento al que se supedita el ejercicio de este derecho abarca no sólo el hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc. Pues solamente en tal caso el titular del retracto puede disponer de elementos de juicio suficientes para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción (SSTS de 14 de noviembre de 2002 y 19 de enero de 2007). (**STS de 1 de octubre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El actor interpuso demanda sobre retracto arrendaticio de finca rústica contra los adquirentes de la misma, solicitando su subrogación en el lugar de los compradores demandados, previo pago del precio y gastos legítimos. Estos últimos se opusieron alegando, entre otros motivos, la inexistencia de contrato de arrendamiento a favor del retrayente así como que el demandante venía siendo poseedor solamente de una parte determinada de la finca adquirida, pero no de toda ella tal como les había sido vendida por el anterior titular. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la acción entablada con base principalmente en que la finca transmitida era de mayor extensión que la superficie explotada por el arrendador retrayente. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo dio lugar al mismo.

NOTA.—Las referencias normativas de la sentencia han de entenderse hechas en la actualidad al artículo 22 de la vigente Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, en la redacción dada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, que modifica la anterior. No obstante, el legislador no ha introducido cambios significativos que impliquen una variación de la doctrina jurisprudencial expuesta. (*L. A. G. D.*)

38. Responsabilidad civil por vicios en la construcción. Equiparación del promotor al constructor. Finalidad. Doctrina jurisprudencial.—La asimilación jurisprudencial del promotor al constructor a los efectos de la responsabilidad decenal tiene como finalidad la ampliación de la garantía de los adquirentes de los pisos o locales. El promotor ni diseña ni ejecuta o vigila la obra, al ser funciones propias de los demás agentes de la construcción, pero sí la controla, administra y dirige a fin de incorporar al mercado la obra hecha (SSTS de 13 de mayo 2002 y 8 de junio de 2007). La responsabilidad de los promotores no es, por tanto, por culpa extracontractual, sino que opera dentro del ámbito jurídico del artículo 1591 CC, en relación con el artículo 1596 CC, como responsabilidad profesional, por tratarse de supuesto de ruina, y darse las razones que recoge la jurisprudencia: *a)* que la obra se realiza en beneficio del promotor; *b)* que se destina al tráfico mediante la venta a terceros; *c)* que los adquirentes confían en su prestigio profesional; *d)* que es el promotor quien elige y contrata a los técnicos y al constructor; *e)* que el criterio contrario produce desamparo o limita a los futuros compradores.

dores, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervenientes en la construcción (SSTS de 1 de octubre de 1991, 28 de enero de 1994 y de 24 de mayo de 2007). Estos criterios jurisprudenciales han sido incorporados a la LOE, en la que el promotor figura como uno más de los agentes que interviene en el proceso constructivo, con ampliación del concepto al no venir ya caracterizado como el mero beneficiario del negocio constructivo. (**STS de 29 de noviembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Juan Enrique interpuso demanda contra las entidades Ocisa, E., S.A., los arquitectos don Ildefonso y don Rodrigo, así como contra el arquitecto técnico don José Francisco, reclamando la reparación de diversos defectos constructivos en las zonas comunes de la comunidad de propietarios en cuyo nombre actuaba el demandante. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y condenó solidariamente a los demandados a la realización de las obras de reparación solicitadas, valoradas en 46.852.888 pesetas. La Audiencia Provincial estimó parcialmente los recursos de apelación interpuestos por los condenados y excluyó, del elenco de obras a realizar, las consistentes en la reconstrucción del alumbrado público, manteniendo el resto de los pronunciamientos condenatorios. Interpuesto recurso de casación por el actor y por la promotora demandada, el Tribunal Supremo dio lugar al primero —para incluir las obras de alumbrado—, y desestimó el segundo. (*L.-A. P. M.*)

39. Contrato de servicios de abogado: invariabilidad del objeto del proceso: restricción indebida de medios de prueba.—La invariabilidad del objeto del proceso que, una vez establecida la litispendencia, imponen los principios de rogación y disposición, se apoyaba en el derogado artículo 548 LEC 1881, en consonancia con lo que hoy dice el artículo 411 LEC 2000, el cual proclama el principio de perpetuación de la jurisdicción refiriéndolo al momento de iniciación del proceso. Pero, amén de los supuestos en que rige el principio de oficialidad y verdad material, el principio *perpetuatio iurisdictionis* no impide tomar en consideración hechos posteriores a la presentación de la demanda o no alegados en los escritos iniciadores que desplieguen una eficacia complementaria o interpretativa para la integración del objeto del proceso, con arreglo a las circunstancias existentes en el momento de la interposición de la demanda, siempre que con ello no se contravenga la imposibilidad de alterar los hechos fundamentales, tal como proclama el artículo 412.2 LEC vigente. En el presente caso, el conflicto de intereses derivado de las relaciones profesionales y societarias con sus clientes, causante de la *total pérdida de confianza*, habían sido citados en la contestación de la demanda y podían ser completados en el momento de la prueba con otros del mismo signo para integrar con diversos hechos complementarios o accesorios la justificación pretendida acerca de la quiebra de confianza, que justificaba la resolución unilateral del contrato. Al no entenderlo así la sentencia recurrida incurre en infracción por incorrecta aplicación del principio de invariabilidad del objeto del proceso, y, con ello, en la restricción indebida de los medios probatorios.

Contrato de servicios de abogado: deber de fidelidad: Estatuto de Abogacía de 1982.—Calificado habitualmente como arrendamiento de servicios el prestado por abogado, a las obligaciones de las partes se añade según SSTS de 3 de julio de 1990 y 25 de marzo de 1998, el deber de fidelidad, estudiado especialmente en la doctrina alemana, aceptado por la española y seguido por la jurisprudencia en casos concretos en que la falta de normativa expresa exige acudir a conceptualizaciones dogmáticas o soluciones pragmáticas. El deber de fidelidad se basa en el artículo 1258 CC y en el propio contrato de prestación de servicios, que da lugar a una relación personal *intuitu personae*; y en el caso del abogado la tiene en los artículos 42 y 53 del Estatuto de la Abogacía de 24 de julio de 1982, aplicable a los hechos por razones temporales. Tal deber de fidelidad está en estrecha relación con el cumplimiento de los deberes deontológicos que corresponden al Abogado; las pautas deontológicas de actuación de estos profesionales, contenidas en el artículo 542 LOPJ y en el Estatuto General de Abogacía, están hoy recogidas en el artículo 4 del Código Deontológico de la Abogacía Española, en lo relativo a la confianza como fundamento de la relación entre el abogado y su cliente, que contemplan como punto cardinal la necesidad de evitar los conflictos de intereses entre las personas a las que asesoran o defienden. En el mismo sentido el Código Deontológico Europeo, aprobado por el *Conseil Consultatif des Barreaux Européens*, máximo órgano representativo de la Abogacía ante las instituciones de la UE, en la sesión plenaria celebrada en Lyon el 28 de noviembre de 1998, asumido por el Consejo General de la Abogacía Española, establece en el artículo 3.2.2 que el Abogado deberá abstenerse de ocuparse en los asuntos de todos los clientes afectados por una misma problemática cuando surja un conflicto de intereses, exista riesgo de violación del secreto profesional o peligre su independencia. En el presente caso se demuestra la existencia de un entramado de relaciones económicas, societarias y profesionales entre diversos clientes y ex-directivos del Banco arrendador de servicios y el abogado y la sociedad con la que se había pactado la prestación de servicios propios de la Abogacía, así como la existencia de diversos procedimientos penales y civiles, todo lo cual justifica cumplidamente la pérdida de confianza y la resolución unilateral de la relación de arrendamiento de servicios, sin derecho a indemnización. (STS de 10 de julio de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una entidad bancaria contrata, desde 1983, con un abogado la prestación de servicios profesionales en calidad de asesor externo, y en 1983 firma nuevo convenio, de dos años de duración, prorrogable; asimismo, otro con una sociedad de la que formaba parte aquél, pactándose la necesidad de que la entidad diera preaviso de seis meses si decide la extinción del contrato, con pago de determinadas indemnizaciones en todo caso. En marzo de 1995 la entidad notifica a ambas partes la voluntad de resolver el contrato con efectos de 1.º de enero de 1997, *sin que ello tenga nada que ver con el desempeño y la calificación de sus servicios*. Pero en abril de 1996 remite sendas cartas a los mismos en las que indica la *total quiebra de su confianza en los mismos*. El Juzgado de Primera Instancia declara la resolución del contrato de servicios, y simultáneamente rechaza la petición de las indemnizaciones pactadas a cargo del banco para el caso de extinción del contrato, pero la Audiencia Provincial revocó la sentencia por falta de prueba de la pérdida de

la confianza, cuya alegación la considera un pretexto para proceder a la resolución unilateral de los contratos. El Tribunal Supremo confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—Sentencia de aprobar dada la compleja red de relaciones jurídicas en que se ha demostrado figuran los actores con claros supuestos de colisión de intereses con los de la entidad bancaria arrendadora de los servicios jurídicos, la cual que se había obligado a abonar a aquéllos cuantiosas remuneraciones para el caso de resolución del contrato. Acertada invocación, a mayor abundamiento, de normas deontológicas de carácter internacional, aceptadas por la Abogacía española. (G. G. C.)

40. Responsabilidad civil del abogado.—Arrendamientos de servicios.—El hecho de que no se hayan probado directamente todos y cada uno de los elementos que integran el contrato de prestación de servicios profesionales no es suficiente para negar la conclusión de que éste se había celebrado, si tal conclusión está fundada en una razonable certeza derivada de los numerosos y significativos indicios existentes.

Contrato de seguro. Su interpretación.—La cláusula de limitación temporal *claims made* con la exigencia de que no exista conocimiento anterior por parte del asegurado del hecho que da lugar a la responsabilidad [...] no puede ser considerada [...] como una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, puesto que tiene su apoyo en la naturaleza propia del contrato de seguro y en la necesidad de que los hechos generadores del riesgo asegurado sean inciertos. Por otra parte, no puede aceptarse que el incumplimiento de los requisitos de transparencia que la LCS impone a las cláusulas limitativas pueda determinar la nulidad parcial de una cláusula invocada por la parte que pretende que se reconozcan sus efectos.

Excepciones materiales.—El conocimiento previo de la existencia de un hecho generador de responsabilidad por parte del asegurado constituye un hecho ligado a la conducta de éste. En ciertas circunstancias, puede ser demostrativo de un incumplimiento del deber que tiene aquél de declarar las circunstancias por él conocidas que pueden influir en la valoración del riesgo o de la concurrencia de una conducta dolosa o gravemente negligente en la contratación. Es lugar común en la doctrina que no es susceptible de ser opuesta al perjudicado una excepción fundada en el incumplimiento del deber de declaración de riesgo, tanto antes de la conclusión del contrato (art. 10 LCS), como durante la vigencia de éste (art. 11 LCS). La jurisprudencia, asimismo, considera como excepción no susceptible de ser opuesta al perjudicado el dolo del causante del daño (STS de 20 de julio de 2005). El conocimiento por el asegurado del hecho causante del daño con anterioridad a la vigencia del seguro constituye una circunstancia equiparable a las que se acaban de enunciar, pues exige probar la existencia de un hecho vinculado a la conducta del asegurado («que el asegurado conociera o pudiera razonablemente haber conocido») y no comporta una delimitación de la cobertura establecida en abstracto, que incluye los hechos anteriores a la vigencia de la póliza, sino la exclusión de un concreto siniestro fundada en la conducta subjetiva del asegurado como índice de la ausencia de incertidumbre respecto a la producción del siniestro. La conceptuación de ciertas excepciones como objetivas y oponibles al perjudicado por hallarse fundadas en la Ley o en la voluntad paccionada de las partes, concebida especialmente para el supuesto

en que el asegurador opone al perjudicado causas de exoneración de la responsabilidad del asegurado o hechos sobrevenidos que determinan la extinción de la relación obligatoria, no resulta aplicable a este supuesto, en que el hecho que se opone se funda en la alegación de una conducta del asegurado consistente en el conocimiento previo del siniestro, o en la posibilidad de haberlo tenido, pero no, en palabras de las SSTS de 7 de mayo de 1986 y 2 de diciembre de 1998, en una circunstancia objetiva determinante del evento dañoso. (**STS de 30 de julio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Varios trabajadores despedidos por *Movite, S.A.* interponen una demanda contra tres letrados: Miguel, Alonso y Pedro Antonio, así como contra la compañía aseguradora que cubre el riesgo de responsabilidad civil de los colegiados demandados. Don Miguel y don Alonso son miembros de un gabinete jurídico de Girona que con anterioridad al despido de los demandantes presta sus servicios en favor de *Movite, S.A.* La demanda se funda en que los abogados conciliaron con *Movite S.A.* indemnizaciones por despido de los demandantes, por lo que el Fondo de Garantía Salarial no pagó a los trabajadores las indemnizaciones máximas fijadas por la ley. Los demandantes insisten en que los letrados, dada su condición de abogados de *Movite, S.A.*, conocían la situación económica de la empresa, así como la transcendencia de la conciliación en caso de la eventual insolencia de *Movite, S.A.* por lo que alegan falta de diligencia profesional por parte de los responsables del gabinete jurídico. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la demanda respecto a don Miguel y don Alonso, absolviendo a don Pedro Antonio (pasante, no colegiado), reconociendo también la responsabilidad de la aseguradora. El recurso de casación fue interpuesto por los condenados don Miguel y don Alonso, por una parte, y por la compañía aseguradora, por otra. Los abogados sostuvieron la inexistencia de la relación contractual de prestación de servicios que les vinculase con los trabajadores, mientras la aseguradora alegó falta de aplicación de los artículos 1 y 73 LCS y aplicación indebida del artículo 3 de la misma Ley. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*M. L. K.*)

41. Ausencia de responsabilidad civil por actuación negligente del abogado: inexistente vulneración de la *lex artis*.—No se puede exigir responsabilidad al abogado por no haber obtenido una respuesta judicial favorable a la pretensión del demandante en el proceso, ya que esto supondría someter la responsabilidad profesional del abogado a un título de imputación objetivo, desconocido en el ámbito de la responsabilidad de los profesionales del derecho, cuando la responsabilidad es de corte subjetivo y asentada en la culpabilidad o negligencia del letrado (FJ 2.º). (**STS de 18 de octubre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don Luis interpone demanda sobre reclamación de cantidad contra doña Marisol como consecuencia del impago de sus honorarios por los servicios que el actor, como abogado, había

prestado a favor de la demandada en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento de servicios concertado entre las partes. Doña Marisol contesta a la demanda, oponiéndose a la misma y formulando reconvención, en reclamación de daños y perjuicios, al entender que las resoluciones desestimatorias dictadas en los procesos en los que don Luis actuó como abogado traen consecuencia directa en la mala gestión del letrado, que no se adecuó a la *lex artis*, al no proponer ni conseguir que se practicara una adecuada prueba pericial por determinados especialistas, tal y como doña Marisol recomendó. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y desestimó la reconvención, al considerar que el letrado actuó conforme a la *lex artis*. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por doña Marisol. El Tribunal Supremo acuerda desestimar el recurso de casación.

NOTA.—La relación contractual entre el abogado y su cliente deriva de un contrato de arrendamiento de servicios, lo que se traduce, en relación a las obligaciones del abogado, en la existencia de una obligación de medios, donde el deber del abogado consiste en llevar a cabo el desarrollo de su actividad con la debida diligencia y atendiendo a la *lex artis*, sin que se comprometa a garantizar un resultado final, como puede ser el éxito de la pretensión. Es doctrina jurisprudencial reiterada que el abogado será responsable civilmente sólo cuando su actuación sea negligente o no responda a la *lex artis*. La responsabilidad civil derivada de la actuación negligente del abogado constituye un tipo más de responsabilidad profesional, derivada, en la mayoría de los casos, de un contrato de prestación de servicios, que incluye el deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1258 CC, y el deber del abogado de llevar a cabo la ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto del encargo, de forma que si no se ejecuta o se hace incorrectamente se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional [SSTS de 28 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9509), 3 de octubre de 1998 (RJ 1998/8587), 8 de junio de 2000 (RJ 2000/5098), 23 de marzo de 2007 (RJ 2007/1542), entre otras].

Teniendo en cuenta esta doctrina jurisprudencial, es evidente que el hecho de que el abogado no haya tenido éxito judicial en su cometido, no puede valorarse como una presunción de culpabilidad, más aun cuando tras examinar sus actuaciones se concluye que no existió, tal y como alegaba la recurrente, una deficiente labor probatoria del Letrado en el proceso, que además puso todos los medios que se encontraban a su alcance para defender a su cliente, habiendo incluso obtenido un éxito parcial en la primera instancia. (L. Z. G.)

42. Contrato de servicios profesionales de abogado: reclamación por negligencia médica: derecho a remuneración por el servicio de abogado: reconvención invocando negligencia profesional de abogado.—La caracterización jurisprudencial de la responsabilidad civil derivada de la

actuación negligente de abogado se basa en constituir un tipo más de responsabilidad profesional, derivada de un contrato de prestación de servicios, que, como relación personal *intuitu personae* incluye el deber de fidelidad, derivado del artículo 1258 CC, y el deber del abogado de llevar a cabo la ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto del encargo, de forma que si no se ejecuta o se hace incorrectamente se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional, habiendo declarado la STS de 3 de octubre de 1998 que no es misión de esta Sala la revisión de toda la actuación profesional del abogado, sino comprobar si se ha declarado probado la realización de actos u omisiones de aquél que supongan cumplimiento defectuoso de su obligación personal, teniendo en cuenta que el hecho de no haber tenido éxito judicial en su cometido no puede ser valorado como una presunción de culpabilidad. Aplicando esta doctrina al caso concreto hay que concluir, como hace la Audiencia Provincial, que la actuación del letrado demandado no es generadora de responsabilidad pues presentó dos informes periciales de profesionales médicos, que reunían la capacidad técnica para emitirlos, habiendo declarado la sentencia que la propia clienta se dirigió al Colegio de Médicos de L. en busca de orientación ante la dificultad de encontrar algún profesional que actuase en un proceso cuyo objeto era enjuiciar actuaciones de otros colegas; y asimismo que, posiblemente, a la vista de más informes ginecológicos, la decisión judicial hubiera sido la misma, esto es que dado el mioma uterino descubierto, la intervención quirúrgica que se le practicó consistente en la hiperectomía abdominal total era el tratamiento correcto y necesario. Por ello la frustración de las expectativas de la demandante al plantear la demanda ante los Juzgados de lo Social, no puede entenderse que fuera debida a una deficiente labor probatoria del Letrado en el proceso.

Omisión de invocar la lesión del derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 CE.—No es tampoco tal omisión generadora de negligencia en el abogado, debiendo denunciarse una inadecuada utilización de la norma constitucional, pues según el artículo 44 LOTC tal invocación formal en el proceso se refiere a aquellos casos en que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial, siendo totalmente independiente de los hechos que dieron lugar al proceso.

La obligación del abogado es de medios y no de resultados.—No se puede exigir responsabilidad al abogado por no haber obtenido una respuesta judicial favorable a la pretensión del demandante en el proceso, ya que esto supondría someter la responsabilidad profesional del abogado a un título de imputación objetiva, desconocido en el ámbito de la responsabilidad de los profesionales del derecho, que, como dice la STS de 23 de marzo de 2007, se basa en una responsabilidad de corte subjetivo y asentada en la culpabilidad o negligencia del letrado. (STS de 18 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (G. G. C.)

43. Responsabilidad civil. Responsabilidad profesional del abogado. Daño moral por pérdida de oportunidades. No basta la mera falta de ejercicio de la acción. Es necesario acreditar la realidad de la oportunidad.—El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposi-

sibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En otro caso no puede considerarse que existe perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil, y ningún daño moral puede existir en esta privación, al menos en circunstancias normales (STS de 27 de julio de 2006). (**STS de 15 de noviembre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La actora promovió juicio contra el abogado encargado de defender sus intereses ante el despido disciplinario que había sufrido, y que consideraba indebido. El abogado se defendió alegando la imposibilidad de encontrar a la cliente para la firma de la demanda, ya que no tenía su apoderamiento. El Juzgado de Primera Instancia consideró que la falta de firma constituía un defecto fácilmente subsanable, de manera que estimó la acción de responsabilidad y condenó por el daño moral al pago de cien mil pesetas. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife consideró que, pese a la negligencia cometida por el abogado, no se había producido ningún daño, ni lesión económica reparable, toda vez que la propia actora en el expediente administrativo había reconocido la comisión de los hechos que dieron lugar al despido, por lo que la acción contra el despido habría sido en cualquier caso infructuosa. Con base en ello estimó el recurso de apelación del abogado y, manteniendo la declaración de negligencia, revocó la condena al pago de la indemnización. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (*I. D.-L.*)

44. Responsabilidad civil. Responsabilidad del notario por gestiones profesionales no funcionariales. Diligencia exigible: diligencia superior a la normal, dado su alto grado de cualificación.—Cuando los notarios asumen funciones de tramitación de documentos actúan como profesionales y no ejercen función pública. Sus obligaciones se rigen en este caso por el contenido del contrato mediante el que se obligan a realizar estas funciones en favor del cliente. Es imposible deslindar las reglas que afectan a la faceta profesional del notario, de las que se refieren estrictamente al aspecto funcional, siendo el ejercicio de una función pública el fundamento de una mayor exigencia en el ejercicio profesional relacionado con aquélla. Esto determina que el grado de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones contractuales exigible de acuerdo con las circunstancias es elevado también cuando se trata de aspectos de la actividad notarial que pueden encuadrarse en su actividad profesional al margen de su función instrumental, pues se atribuyen por el particular interesado como cliente a un profesional cualificado en el ámbito jurídico, de quien es razonable esperar una actividad eficiente acorde con las funciones de seguridad jurídica preventiva que le competen.

Responsabilidad del notario como profesional del derecho. Culpa *in vigilando* por no supervisar la actividad de sus empleados o colaboradores.—La jurisprudencia ha declarado la existencia de responsabilidad del notario cuando, por sí o por sus dependientes, incumple o cumple defectuosamente obligaciones asumidas contractualmente, como gestor, o como cualquier otro jurista o profesional, entendiendo que incurre en responsabilidad

el notario que omite una «escrupulosa» supervisión y control respecto al comportamiento de sus empleados en la realización de actividades que son consecuencia o complemento de la función que el mismo ejerce y que habitualmente son encomendadas en la propia Notaría, con su tácita conformidad por culpa *in vigilando*, debiendo responder de aquellas incidencias que tengan su origen en relación con el desempeño de la actividad y que se hallan razonablemente vinculados a ella en aras de la seguridad de que el cliente va a obtener en perfectas y lógicas condiciones, y con todos sus efectos, la escritura que ha encargado. (STS de 28 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña Nieves compró un piso a doña Begoña en octubre de 1990, otorgándose la escritura de compraventa en octubre del año siguiente. En dicho acto el notario le advirtió de que no acreditaba el régimen económico matrimonial que alegaba. Asimismo, la compradora encargó al notario autorizante la gestión de todos los trámites posteriores hasta obtener la inscripción registral de su adquisición. Presentada ante el Registro de la Propiedad, fue calificada con defectos, sin que el notario ni el personal a su servicio retiraran la escritura, ni advirtieran a la interesada de las consecuencias de la falta de presentación, hasta año y medio después, cuando ya se había tratabado embargo sobre el piso objeto del contrato, por una deuda, en la que la vendedora doña Begoña era avalista, a virtud de un préstamo suscrito en noviembre de 1990 y, por tanto, celebrado con posterioridad a la venta del piso a la actora. En el año 1996 se procede a la ejecución del bien, resultando adjudicado el piso al matrimonio Sres. Bruno y Carmen. La actora demandó al notario Sr. Jon, al Registrador de la Propiedad originario, así como a los que le habían sustituido en la plaza, a la vendedora del piso, e igualmente al matrimonio adjudicatario del inmueble en la subasta. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante estimó parcialmente el recurso de apelación y condenó al notario al pago a doña Nieves de 5.751.997 pesetas en concepto de indemnización por daños y perjuicios; absolviendo al resto de los demandados. Interpuesto recurso de casación por el notario Sr. Jon, el Tribunal Supremo no dio lugar al mismo. (C. O. M.)

45. Irrevocabilidad del mandato: excepción a la regla general.—Reiterada jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 20 de abril de 1981, 31 de octubre de 1987, 24 de diciembre de 1993 y 17 de enero y 10 de julio de 2007) declara que la regla general es la revocabilidad del mandato y que el carácter irrevocable de éste constituye una excepción a la regla general, que es admisible cuando se pacta expresamente para satisfacer determinada finalidad (por ejemplo, cuando resulta necesario para el cumplimiento de otro contrato subyacente en el que son partes interesadas no sólo el mandante, sino también el mandatario o terceras personas). (STS de 20 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—En virtud de un contrato celebrado en 1995, H. otorga un mandato a favor de M. para que éste se encargue de la

enajenación del 40% de las acciones de una sociedad anónima y de la tercera parte indivisa de una nave industrial donde desarrolla su actividad dicha sociedad.

Dicho mandato implicaba, en primer lugar, analizar las diferentes alternativas que maximizaran los intereses del mandante y, en segundo lugar, realizar el negocio de enajenación, que incluía, entre otras actividades: identificar, seleccionar y contactar con los socios potenciales; evaluar y seleccionar las ofertas; negociar y cerrar la operación.

Se pactó que el mandatario sólo percibiría una «comisión de éxito» si se formalizaba un acuerdo de intenciones o si concluía con éxito la operación.

Las gestiones realizadas por el mandatario durante más de 3 años no dieron resultado y, una vez revocado el mandato, las acciones se vendieron directamente a otros socios a través de un letrado designado por H.

El mandatario M. interpone una demanda contra H., en la que solicita se dicte sentencia por la que se condene al demandado a pagar al demandante determinada cantidad de dinero en concepto de comisión, conforme a lo pactado en el contrato celebrado en 1995.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Barcelona lo desestima y confirma la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (M. J. P. G.)

46. Naturaleza del contrato de corretaje.—El contrato de corretaje exige que el mediador ponga en contacto a su cliente con otra persona con la finalidad de que pueda llegar a concluirse un contrato, teniendo derecho el mediador a cobrar su comisión siempre que el contrato llegue a celebrarse, a pesar de que éste no intervenga en la celebración del contrato final (FJ 4.º, STS de 10 de octubre de 2007).

Ausencia de enriquecimiento sin causa cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos.—Para la apreciación de la concurrencia de este principio, la jurisprudencia ha exigido reiteradamente que se produzca el enriquecimiento del demandado, el correlativo empobrecimiento del actor y la falta de causa justificativa del enriquecimiento, de modo que la relación contractual que proporciona unos beneficios al demandado y justifica sus aumentos patrimoniales excluye el enriquecimiento. No cabe aplicar dicha doctrina cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos o exista una expresa disposición legal que lo autoriza, debiendo exigirse para considerar un enriquecimiento como ilícito e improcedente que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concurra justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz (FJ 6.º). (STS de 10 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La mercantil V., S.A., se puso en contacto con don Valentín, agente de la propiedad inmobiliaria, para que éste promo-

cionara la venta de unos terrenos propiedad de la sociedad. La comisión que debía cobrar don Valentín por su intermediación consistía en el 5% del precio de la venta. Aunque el contrato de compraventa entre la sociedad y la parte compradora sobre los citados terrenos se perfeccionó, sin embargo los compradores no pagaron la totalidad del precio, sino únicamente una parte, lo que se tradujo en el abono al agente de una parte de la comisión a cuenta de lo debido. Finalmente, comprador y vendedor acuerdan dar por resuelto el contrato, adjudicándose mutuamente determinados módulos de propiedad.

Transcurridos unos meses, la mercantil vende nuevamente a la parte compradora en el primer contrato un porcentaje de los terrenos que se le habían adjudicado, por lo que don Valentín le reclama a la sociedad el completo pago de la comisión acordada. Ante la negativa de la sociedad, don Valentín demanda a la mercantil y a su administrador. La sociedad demandada se opone a la demanda alegando que al ser el contrato celebrado otro distinto en el que no intervino el agente inmobiliario no le correspondía el cobro de la comisión. Para la demandada, de admitirse el cobro de la comisión por el agente se estaría ante un caso de claro enriquecimiento sin causa. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia apelada, al considerar que la segunda venta celebrada deviene de la primera en la que sí intervino el agente inmobiliario. La sociedad demandada en la instancia interpone recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea dos cuestiones de especial interés relacionadas con la función del mediador en el contrato de corretaje y el momento del nacimiento del derecho del mediador al cobro de la comisión pactada en el contrato.

En relación a la naturaleza del contrato de corretaje y la función del mediador, es doctrina jurisprudencial reiterada que en el contrato de corretaje el mediador se limita a poner en relación a los futuros contratantes sobre un objeto determinado, contribuyendo eficazmente a que las partes concluyan el negocio. De este modo, el contrato se encuentra supeditado, en relación al pago de los honorarios al mediador, a la condición suspensiva de la celebración del contrato, salvo pacto en contrario. Los honorarios de los agentes se devengan en el momento en que se celebre el contrato objeto de la mediación [SSTS de 26 de marzo de 1991 (RJ 1991/2447), 19 de octubre de 1993 (RJ 1993/7744), 2 de octubre de 1999 (RJ 1999/7007), 21 de octubre de 2000 (RJ 2000/8811), 5 de noviembre de 2004 (RJ 2004/6657), 30 de marzo de 2007 (RJ 2007/2412), 12 de junio de 2007 (RJ 2007/3719)].

En consonancia con esta doctrina jurisprudencial, y teniendo en cuenta que entre las obligaciones del mediador no se encuentra garantizar la consumación del contrato, no puede alegarse como causa de impago de la comisión que el contrato queda resuelto entre comprador y vendedor (más aún si finalmente se celebra un nuevo contrato entre las partes), puesto que el derecho al cobro de la comisión se adquiere desde el momento en que se perfecciona la compraventa encargada, que lleva consigo la actividad previa de oferta

y la búsqueda de adquirentes y puesta en contacto con el vendedor. No puede entenderse, por tanto, que, en los casos de resolución del contrato de compraventa entre vendedor y comprador, el pago de la comisión al mediador origine una situación de enriquecimiento sin causa. De hecho, para que se genere una situación de enriquecimiento injusto la jurisprudencia exige que se cumplan tres requisitos: enriquecimiento del demandado, correlativo empobrecimiento del actor y falta de causa justificativa del enriquecimiento. Si como en este caso el beneficio patrimonial de una de las partes trae causa de pactos libremente asumidos no puede ahora alegarse que no está justificada la adquisición patrimonial del mediador [Sobre este particular, vid. SSTS de 26 de junio de 2002 (RJ 2002/5499), 31 de julio de 2002 (RJ 2002/8436), 8 de julio de 2003 (RJ 2003/4334)]. (L. Z. G.)

47. Aval a primer requerimiento.—La característica del aval a primer requerimiento es dar nacimiento a una obligación de garantía que pierde su carácter accesorio de la obligación principal, por lo que no es necesario que para la efectividad de la garantía se demuestre el incumplimiento de la obligación garantizada, sino que basta con la reclamación del deudor para hacer efectivo el cumplimiento de ésta [STS de 17 de febrero de 2000 (RJ 2000/1162), 12 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8408), 27 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6860), 9 de diciembre de 2005 (RJ 2005/10171)].

El aval a primer requerimiento no puede desvincularse en cualquier circunstancia de la obligación garantizada que constituye su objeto, pues la exigencia del carácter expreso de la fianza, aplicable a esta modalidad contractual, determina que la obligación del garante no puede extenderse más allá de lo que constituye su objeto y frente a la reclamación el avalista puede oponer aquellas excepciones derivadas de la propia garantía, entre ellas las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, cuya prueba le corresponde en virtud de los principios de buena fe contractual y prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, ya que en semejantes circunstancias la ejecución de la garantía sería abusiva o fraudulenta y susceptible de ser paralizada mediante la *exceptio doli*. (STS de 1 de octubre de 2001; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—P.C., S.A. celebró un contrato con D., S.A. en el que se acordaba que ésta realizaría la distribución de los teléfonos móviles que la primera tenía previsto realizar entre sus clientes más importantes como campaña publicitaria. Determinada entidad bancaria suscribió aval ejecutable a primera demanda o solicitud (lo que suponía que bastaba para ello el mero requerimiento notarial a la entidad avalista, dándole cuenta del incumplimiento en que haya incurrido la empresa avalada) solidariamente con P.C., S.A. en concepto de fianza para responder de las obligaciones de pago que D., S.A. adquiriese con los proveedores para la compra de teléfonos móviles de la promoción. El documento de garantía tenía determinado un plazo de vigencia. Los proveedores interponen demanda contra la entidad bancaria, alegando que D. S.A. tiene un saldo deudor frente a los mismos por operaciones impagadas de compra de teléfonos móviles de la promoción. El banco demandado opuso que

se trata de una reclamación fraudulenta. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al concluir que los artículos suministrados a la sociedad no coinciden con el objeto de la promoción, dadas las características de los teléfonos y el testimonio del Director de compras de D., S.A. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de la instancia.

NOTA.—Es evidente que el aval, aun siendo a primer requerimiento, no puede extenderse a objetos ajenos a la garantía, pudiendo hablarse en estos casos de una reclamación abusiva o fraudulenta. En este caso según queda probado en la instancia los proveedores pretenden hacer efectiva la garantía en virtud de un objeto distinto, lo cual no es viable, puesto que el aval a primer requerimiento no puede desvincularse de la obligación garantizada ni extenderse más allá de lo que constituye su objeto. (L. Z. G.)

48. Interpretación del artículo 1902 CC en el ámbito de los accidentes domésticos.—La respuesta casacional a la cuestión planteada pasa por hacer las siguientes consideraciones: 1.^a Como señala la S de 31 de octubre de 2006, seguida por la de 22 de febrero de 2007, con cita en ambas de otras muchas sentencias de esta Sala, la jurisprudencia nunca ha llegado al extremo de erigir el riesgo en fuente única de la responsabilidad regulada en el artículo 1902 CC, pues éste exige inequívocamente la intervención de culpa o negligencia en el sujeto cuya acción u omisión cause el daño. 2.^a Como también indican ambas sentencias con cita de otras anteriores, han de excluirse del ámbito del artículo 1902 CC los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar, el riesgo general de la vida o los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida. 3.^a Al examinar esas dos sentencias la jurisprudencia de esta Sala sobre responsabilidad por daños a consecuencia de caídas en edificios en régimen de propiedad horizontal o acaecidas en establecimientos comerciales, de hostelería o de ocio, la conclusión es que para declarar tal responsabilidad ha de concurrir necesariamente una culpa o negligencia identificable, que no se dará cuando por distracción del perjudicado éste tropiece con un obstáculo que se encuentre dentro de la normalidad. 4.^a En los trabajos preparatorios de los «Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil», actualmente en curso, se define el «Estándar de conducta exigible» como «el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias, y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos» (art. 4:102). 5.^a Tales criterios pueden tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del artículo 1902 CC y completar el valor integrador generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, como el artículo 1104 cuando alude tanto a la «diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» como a «la que correspondería a un buen padre de familia» para, así, configurar un modelo de conducta diligente válido para la mayoría de los casos. 6.^a En el ámbito doméstico son fácilmente imaginables acciones u omisiones culposas o negligentes de los anfitriones

para con sus invitados, como por ejemplo servir una comida sin haberse preocupado de que esté en buenas condiciones o no haber reparado antes de la visita defectos del material aislante de los cables eléctricos exteriores o a la vista. Pero ello no significa que absolutamente todas las situaciones hipotéticamente peligrosas sean merecedoras de imputación objetiva si el peligro es remoto y aquellas están dentro de la normalidad de un hogar. 7.^a La contemplación del caso fortuito en el artículo 1105 CC, configurándolo como suceso que no hubiera podido preverse, significa que no toda desgracia determina necesariamente que alguien deba responder de ella porque, como se señalaba al principio, la vida comporta riesgos por sí misma.

Pues bien, de proyectar las anteriores consideraciones sobre los hechos que se infieren como probados del FD 4.^º cuarto de la sentencia impugnada, se desprende que el juicio de valor contenido en su FD 6.^º infringe el artículo 1902 CC según viene siendo interpretado por la jurisprudencia, ya que la conducta de la demandante, recibida por el marido demandado a la entrada de la casa pero encaminándose en seguida por su cuenta hacia la cocina para ver a la esposa codemandada, revela un importante grado de proximidad o especial confianza con sus anfitriones que hace inexcusable en éstos una diligencia tan extrema que les obligara a encender el tramo intermedio o en ángulo del pasillo, además del inicial y el final que sí estaban iluminados, y a haber retirado de este tramo cualquier juguete por pequeño que fuera, pues nunca llegan a describirse mínimamente las características del juguete en cuestión salvo que tenía ruedas. En definitiva, los hechos no permiten imputar a los cónyuges demandados, como anfitriones, una culpa o negligencia encuadrable en el artículo 1902 CC y en virtud de la cual deban responder de las lesiones y secuelas derivadas de la caída de la demandante. (**STS de 17 de julio de 2007; ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Doña María Milagros interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alzira contra don Jesús María, su esposo, doña Araceli y Axa Gestión de Seguros y Reaseguros, S. A. solicitando una indemnización de daños y perjuicios. La demanda se fundamentaba en las lesiones y secuelas producidas por la caída de la actora, al pisar un juguete de ruedas en el pasillo a oscuras del domicilio de los demandados en cuya casa había acudido a cenar. El matrimonio demandado tenía concertado un seguro multirriesgo del hogar con la compañía aseguradora codemandada. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia de Valencia acogió parcialmente el recurso de doña María Milagros, al considerar que los anfitriones de una casa asumen la posición de garantes de la seguridad de sus invitados. En consecuencia, condenó a los codemandados a indemnizar solidariamente a la actora por una cuantía de cuatro millones de pesetas. Interpuesto recurso de casación por Axa Gestión de Seguros y Reaseguros, S. A., el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, confirmando en todos sus extremos la sentencia de instancia. (A. S. C.)

49. Culpa extracontractual: muerte en accidente laboral: negligencia de las empresas: situación de riesgo.—El relato fáctico pone de manifiesto lo siguiente: *a)* La existencia de una situación de riesgo para el fallecido que se disponía a dar la vuelta a la parrilla para realizar trabajos de

soldadura, y esta situación de peligro se atribuye al dominio funcional de las tres empresas demandadas, desde el momento en que no adoptaron las medidas precisas para que en el ámbito físico en el que se desarrollaba la actividad laboral, no existieran obstáculos que incrementaran el riesgo normalmente assignable al trabajo de mantenimiento que específicamente realizaba el trabajador fallecido, por la existencia en las cercanías del lugar de una mesa que interfirió la labor de acoplamiento de la parrilla con la grúa-puente, provocando un peso adicional sobre la cadena; *b)* La cadena que persigue funcionalmente la unión de la parrilla con la grúa-puente, era de material inadecuado en atención al peso elevado de la parrilla y presentaba diversas deformidades; *c)* La falta de adopción de medidas referidas al espacio en que se realiza el trabajo y a las condiciones en que el mismo se desarrollaba incrementó notablemente el riesgo para la vida de la persona que llevaba a cabo materialmente la operación de elevación de la parrilla; *d)* No hubo un control funcional directo del modo en que se llevaban a cabo los trabajos que se le habían encomendado, en concreto, de las fuentes de peligro para la vida de los trabajadores asignables a las condiciones concretas en las que éstos desarrollan su actividad laboral y que resulta especialmente importante cuando se actúa sobre bienes jurídicos tan fundamentales como la vida de las personas; y *e)* Una defectuosa organización de las actividades precisas para el montaje del emparrillado, colocando al trabajador en una posición especialmente intensa en lo referido al deber de preservar las condiciones concretas, y que se traduce en el hecho de permitir que el obrero accidentado llevara a cabo una operación laboral de enorme riesgo para su vida (elevación de una parrilla de 700 kg. para posibilitar la soldadura de uno de sus lados), sin preservar al máximo las condiciones estructurales e instrumentales precisas para encauzar el peligro dentro de los parámetros del riesgo permitido. La conclusión es que el accidente se produjo por la inactividad de las empresas implicadas en la producción del resultado luctuoso.

Prescripción: juicio de faltas en el que se personó la madre de la víctima con sentencia absolutoria; acción civil interpuesta por hijo del accidentado, a quien no se le ofrecieron las acciones: interrupción de la prescripción mientras el hijo legitimado no tiene conocimiento extrajudicial de la sentencia absolutoria.—Según doctrina del Tribunal Constitucional con base en el artículo 270 LOPJ el conocimiento de la fecha en que han terminado las actuaciones penales constituye un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro órgano jurisdiccional, y en tanto se sigan las actuaciones penales el Ministerio Fiscal está obligado al mantenimiento de las acciones civiles y penales; el desconocimiento de la terminación del proceso penal, en cuanto obstáculo para el ejercicio separado de la acción civil por el perjudicado, no cabe atribuirlo a ningún tipo de falta de diligencia de éste respecto de una hipotética carga a él imputable, de enterarse de la terminación de dicho proceso; el artículo 270 LOPJ ha establecido que los órganos jurisdiccionales han de notificar las resoluciones judiciales, no sólo a todos los que sean *parte* sino también a *quienes se refieran o puedan parar perjuicios*, cuando así se disponga en las disposiciones, de conformidad con la Ley; en consecuencia, si el tribunal penal en este caso no notifica al hijo de la víctima que el proceso penal ha finalizado, no comienza a correr en su perjuicio la prescripción de la acción civil, que no había renunciado ni ejercitado en aquél; no desvanece la garantía de seguridad que favorece al responsable el hecho de que la prescripción comience a correr cuando el perjudicado conozca la posibilidad de ejercitar la acción, fecha que en el

presente caso se fijó en la fecha en que el hijo otorgó poder *apud acta* para solicitar asistencia judicial gratuita.

Aplicación del artículo 20 Ley Contrato de Seguro.—Corresponde imponer los intereses del artículo 20 LCS porque no existió razón suficiente para que la aseguradora no consignase, existiendo reclamación penal previa. (STS de 11 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La esposa de la víctima había dejado transcurrir el plazo de prescripción de la acción de indemnización por muerte en accidente de trabajo de su marido, pero el hijo de la víctima ha podido encontrar un resquicio legal para obtener, en su propio nombre una razonable indemnización de 15 millones de pesetas. (solicitó 25). En la base hay un imperfecto funcionamiento del procedimiento procesal, no achacable al actor, pues la sentencia penal absolutoria no le fue notificada personalmente en calidad de parte perjudicada con arreglo al artículo 270 LOPJ. El accidente ocurrió en noviembre de 1994, de aquí que aparece como ajustado a derecho y claramente equitativo el pago de los intereses del 20% cuando se realice después de la firmeza de la sentencia. (G. G. C.)

50. Responsabilidad civil. Daños sufridos en el inmueble por obras realizadas en el edificio contiguo. Acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC Diferencias con la acción por vicios constructivos del artículo 1591 CC.—La acción ejercitada en la demanda es la del artículo 1902 CC, en la que el daño es el resultado de una acción culposa o negligente dentro del deber genérico de no dañar a nadie, como es el caso de daños en edificaciones colindantes a resultas de las obras de demolición y consolidación para la construcción de un nuevo edificio. Mientras, la acción del artículo 1591 CC toma en cuenta los daños y perjuicios que se originan a un edificio por vicios en la construcción en la que, a diferencia de la anterior, se parte de una obra construida y recibida, conforme hoy establece la LOE. Una y otra comportan un régimen jurídico diferente con criterios de imputación, asimismo, diferentes, en las que puede aparecer comprometida la actividad de agentes distintos de los que en la actualidad aparecen mencionados en la LOE, por más que el origen de los daños sea de índole constructiva.

Responsabilidad civil por daños derivados de actividades de construcción. Daños en edificio contiguo. No es extensible al promotor de la obra la responsabilidad del constructor, pues no cumple la función de garantía asignada a éstos en el ámbito de los vicios constructivos.—Los promotores o propietarios del edificio desde los que se acometieron las obras que originaron los daños en el edificio contiguo no pueden ser equiparados al constructor, ya que tal equiparación tiene por finalidad la ampliación de la garantía de los adquirentes de los pisos o locales; lo que no se da frente a quienes no ostenten ese carácter de compradores de los pisos o locales construidos. Tampoco han tenido intervención en la dirección y ejecución de los trabajos, puesto que ninguna se reservaron, ni tienen el deber de conocer la situación de riesgo que pudiera conllevar en razón al estado del inmueble, limitándose a contratar su ejecución a personas capacitadas y con suficientes conocimientos para un ejercicio normalmente correcto de la *lex artis*, como son el arquitecto, el aparejador y la constructora, con los que ninguna rela-

ción de dependencia o subordinación tienen susceptible de incardinarse en el artículo 1903 CC, de tal forma que cada uno asume los resultados de su propia actividad. (**STS de 20 de noviembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—A consecuencia de las obras de nueva construcción realizadas en el edificio contiguo, se produjeron diversos daños en la propiedad de los actores, colindante con aquél. Los propietarios dañados ejercitaron la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC, tanto contra los técnicos (arquitecto y aparejador), como contra la constructora y los dueños de la obra; postulando la declaración de responsabilidad solidaria de todos ellos. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda, pues consideró que de haber tomado los demandados las medidas precautorias necesarias, se habría evitado el siniestro. Así, condenó solidariamente a abonar doce millones de pesetas, más una indemnización correspondiente a todos los meses que los perjudicados estuvieron alojados como arrendatarios de una vivienda por no poder usar la suya a consecuencia de los daños padecidos. La Audiencia Provincial de Cádiz confirmó la sentencia de instancia. Interpuesto recurso de casación por los demandados condenados, el Tribunal Supremo acogió el de los dueños del edificio cuya obra había generado los daños, absolviéndoles de la condena en su contra. (*I. D.-L.*)

51. Responsabilidad extracontractual del contratista.—En los casos de daños causados en la ejecución de una obra encargada a un contratista, la responsabilidad corresponde exclusivamente a éste, como contratista independiente, siempre que dicho contrato no sea determinante de una relación de subordinación o dependencia entre el comitente, dueño de la obra o promotor, y el contratista, asumiendo ésta de manera exclusiva sus propios riesgos (FJ 2.º, STS de 26 de septiembre de 2007).

Responsabilidad extracontractual del comitente por culpa *in eligendo*.—Podrá incorporarse al vínculo de responsabilidad extracontractual al comitente en aquellos supuestos en los cuales se demuestre la existencia de culpa *in eligendo* en la selección del contratista, lo que tendrá lugar cuando la empresa contratada no reúna las características necesarias para ofrecer las debidas garantías de seguridad o por carecer de la capacidad necesaria para ejecutar la obra (FJ 2.º). (**STS de 26 de septiembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Doña Rosa ejercita acción de responsabilidad extracontractual contra una empresa constructora y los dueños de la vivienda en la que trabajaba dicha empresa, en reclamación de los daños ocasionados como consecuencia de la caída sufrida por la parte actora, al tropezar en la vía pública con una malla de alambre empleada en las obras que la mercantil demandada estaba llevando a cabo en una vivienda, por encargo de los codemandados. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda al considerar que la mercantil y los dueños de la vivienda eran responsables solidariamente al no tomar las precauciones necesarias para evitar el incidente y, por ende, el riesgo generado. La Audiencia Provincial con-

firmó la sentencia dictada en la instancia. Interpuesto recurso de casación por los dueños de la vivienda, el Tribunal Supremo estima el recurso.

NOTA.—La sentencia que anotamos se pronuncia acerca de la posible responsabilidad solidaria de la empresa constructora y del comitente como consecuencia de la caída sufrida por doña Rosa. Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia consideran que en los supuestos de daños causados en la ejecución de una obra, la responsabilidad en principio es de la empresa constructora. El elemento de riesgo que puede apreciarse en la actividad constructiva se vincula exclusivamente a la empresa contratista, salvo que exista una relación de dependencia o subordinación entre la promotora y la empresa constructora, situación que se produce cuando el contratista no actúa formalmente como autónomo, estando sujeto al control de la promotora de la obra o encontrándose incardinado en su organización, correspondiéndole el control, vigilancia y dirección de las labores encargadas. La jurisprudencia considera que este concepto de dependencia requiere de una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento de control, vigilancia o dirección de las tareas encomendadas. En estos casos podrá incluso hablarse de la concurrencia de culpa *in vigilando* en el comitente si se omiten las necesarias medidas de seguridad y como consecuencia de ello se produce el resultado dañoso, tratándose de un supuesto de responsabilidad por hecho de otro [SSTS de 4 de enero de 1982 (RJ 1982/178), 8 de febrero de 1999 (RJ 1999/3101), 7 de diciembre de 2006 (RJ 2006/377), 1 de febrero de 2007 (RJ 2007/788)].

En los casos en que se demuestre la existencia de *culpa in eligendo* en la selección del contratista, el comitente deberá responder solidariamente en aplicación de lo establecido en el artículo 1902 CC, que no del 1903, al no tratarse de un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno. Cuando no quede probado que la elección del contratista fue negligente faltará el presupuesto necesario para imputar al comitente las consecuencias del hecho lesivo, y extender a éste la responsabilidad, ya sea por hecho propio, ya sea por hecho ajeno [SSTS de 18 de julio de 2005 (RJ 2005/9251), 3 de abril de 2006 (RJ 2006/1916), 7 de diciembre de 2006 (RJ 2006/377), 1 de febrero de 2007 (RJ 2007/788)]. (L. Z. G.)

52. Cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo recuerda que el artículo 1968 CC contiene, a diferencia de la previsión abstracta del artículo 1969 CC, un criterio subjetivo al señalar que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual comienza el día en que el agraviado tiene conocimiento de los daños y perjuicios que se le han causado.

Relación de causalidad: requisito imprescindible para la existencia de la responsabilidad civil extracontractual.—Reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 19 de julio de 2004, 21 de abril de 2005 y 21 de marzo y 28 de septiembre de 2006) señala que para imputar responsabilidad civil extracontractual es necesario que el demandante pruebe la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del agente y el

daño producido. (**STS de 23 de octubre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Un agente de la propiedad inmobiliaria interviene como perito tasador en un proceso judicial y en la tasación que realiza de un determinado terreno, propiedad del deudor ejecutado, omite valorar un chalet construido en dicho terreno.

El citado terreno salió a subasta por un valor de 1.221.000 pesetas y fue adjudicado a un postor por 260.000 pesetas, que meses después lo vendió a un tercero por 16.500.000 pesetas.

Los herederos del deudor ejecutado interponen una demanda contra el agente de la propiedad inmobiliaria, solicitando se dicte una sentencia que declare la responsabilidad por culpa o negligencia de éste, derivada de su actuación profesional, y se le condene a pagar a los demandantes, en concepto de indemnización, 20 millones de pesetas.

El demandado contesta a la demanda y alega, entre otras cuestiones, que la acción de reclamación de responsabilidad ha prescrito.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena al demandado a abonar a los demandantes 13.333.333 pesetas. La Audiencia Provincial desestima los recursos de apelación interpuestos, respectivamente, por la parte demandante y la parte demandada. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado. (*M. J. P. G.*)

53. Responsabilidad de la empresa por actos de sus empleados.—«[...] la doctrina jurisprudencial exige, para que se pueda declarar la responsabilidad por hecho ajeno, regulada en los párrafos primero, cuarto y sexto del artículo 1903 del CC, la existencia de una relación de dependencia entre el sujeto agente y aquel a quien se atribuye la responsabilidad, y que el evento se produzca dentro del ámbito de la misma o con ocasión de ella, así como la culpabilidad –culpa in operando (en la acción) o in ommittendo (por omisión)– del agente, y la falta de prueba por parte del empresario de haber empleado toda la diligencia para evitar el supuesto dañoso». (**STS de 10 de octubre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don Arturo, portero de un hotel, se encontraba desempeñando su trabajo, cuando recibió órdenes del Jefe de Recepción para que comunicara al conductor del taxi, donde se encontraba el agresor, que no se marchase, puesto que el cliente que iba a hacer uso de sus servicios abandonaba el hotel sin abonar el importe de las llamadas telefónicas realizadas desde su habitación. Cuando el demandante se acercó al taxista para comunicarle la orden recibida, fue agredido por don Santiago, quien le propinó dos puñetazos en el rostro, y le golpeó la cabeza con una piedra, causándole importantes lesiones. Don Arturo ejercita acción de responsabilidad extracontractual contra don Santiago y el Club de Baloncesto, al que pertenecía aquél como jugador profesional, reclamándole, como responsables solidarios, una indemnización por las lesiones sufridas a raíz de la agresión de que fue objeto por el jugador. El Club deportivo con-

testa a la demanda, oponiéndose a la misma, al considerar que no concurre el presupuesto del párrafo cuarto del artículo 1903 CC, que permite declarar la responsabilidad del empresario respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en los que tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones, circunstancias que para el Club no concurren en este caso. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, siendo ésta confirmada por la Audiencia Provincial. El Club deportivo interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

NOTA.—El artículo 1903 CC establece una presunción de culpa de los empresarios por el hecho de sus dependientes, que se fundamenta en la imposibilidad de evitar el resultado dañoso empleando la diligencia adecuada. Este precepto exige, en su párrafo cuarto, que concurran dos presupuestos para que opere la responsabilidad atribuida al empresario: que se trate de un dependiente y que actúe en el ejercicio de las funciones que le han sido conferidas, ocasionalmente un daño a tercero. Es necesario, por tanto, analizar en cada caso si se cumplen tales presupuestos.

En relación al segundo de los requisitos señalados, es doctrina jurisprudencial reiterada que cuando el empleado realiza actividades que no tienen una conexión funcional con su trabajo, sino únicamente circunstancial, o cuando el empleado desempeña funciones extrañas a sus atribuciones, sin autorización del empleador, no debe responder el empresario [SSTS de 24 de marzo de 2003 (RJ 2003/2918), 26 de junio de 2006 (RJ 2006/4612), 6 de marzo de 2007 (RJ 2007/1828)]. Aplicando esta doctrina al caso de la sentencia es necesario determinar si el hecho dañoso se produjo en el marco de las funciones encomendadas al jugador. En el caso de los deportistas, es evidente que sus funciones se identifican con el ámbito de la disciplina del Club, es decir, la sumisión a la organización de la entidad, órdenes y directrices impartidas en el desarrollo de la actividad que le es propia, y ello para la mejor consecución de los fines anudados a la misma. Quedan fuera, por tanto, las actividades que se realicen al margen del ámbito de la organización, decisión y control del Club, con absoluta desconexión con sus actividades. Estos comportamientos entran dentro del marco de potestades en materia de disciplina deportiva, pero excluidos de una posible imputación al Club de los actos lesivos realizados por sus jugadores. Es evidente que la agresión realizada por un deportista a un tercero no entra dentro de la función que le ha sido encomendada, ni de las funciones propias de quien era su empresario, lo que se traduce en estos casos en la ausencia de responsabilidad del Club respecto de las actuaciones de sus jugadores. (L. Z. G.)

54. La fijación de la cuantía de la indemnización por daños materiales o morales no tiene acceso a casación.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, únicamente susceptible de revisión por error o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se

comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del *quantum* [STS de 16 de junio de 1993, 30 de junio de 1993, 25 de septiembre de 2008], entre otras.

Quantum de la indemnización por lucro cesante.—«El *quantum* de la indemnización por lucro cesante se refiere a beneficios futuros y debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y la ponderación de las circunstancias de cada asunto; pero la existencia del perjuicio por este concepto, según reclama la jurisprudencia, debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, pero existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso» (FJ 3.º, STS de 31 de octubre de 2007).

Inexistencia de daño moral: la información que se reputa perjudicial no hace referencia alguna al nombre comercial de la empresa.—Para el supuesto en que la información que se reputa perjudicial no haga referencia alguna al nombre comercial de la empresa es necesario, para hablar de daño moral, justificar el carácter notorio de dicho nombre comercial en relación con el producto suministrado, atendida su implantación y valoración social positiva que hagan posible el conocimiento generalizado de la existencia de la entidad, de manera apta para que el consumidor medio pudiese fácilmente identificarla, dado que el concepto de notoriedad es el que inspira la protección del signo distintivo en casos de riesgo de confusión. La simple disminución de las ventas no es signo evidente de la lesión del honor o reputación de la persona que origine derecho a ser indemnizado por un daño moral, sino que supone la existencia de un perjuicio económico indemnizable en atención al lucro cesante. (**STS de 31 de octubre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Determinada cadena de televisión emite información sobre la muerte de un niño a consecuencia de la ingesta de un caramelo con forma de fresa. A modo ilustrativo, la cadena presenta en pantalla un fresón con un adorno blanco idéntico a los que fabrica la sociedad C.P. S.L. La golosina que había causado el fallecimiento había sido fabricada por otra empresa y tenía un tamaño más reducido. La sociedad insta a la cadena, mediante requerimiento notarial, a efectuar una rectificación de la información emitida, a la vez que reclama el pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. La emisora rectifica la información emitida pero se niega a indemnizar a la sociedad. La mercantil interpone demanda solicitando se le indemnice por el daño emergente producido por el descenso de la facturación del año 1994 y por el lucro cesante previsto para los años 1995 y 1996, a la vez que solicita una indemnización por los daños morales. El Juzgado de Primera Instancia condena a la emisora al pago de una indemnización inferior a la solicitada, al considerar que la información no veraz emitida supuso un perjuicio importante para el prestigio de la marca repercutiendo negativamente en la venta de todo tipo de productos fabri-

cados por la actora y en su buen nombre comercial. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia limita el *quantum* de la indemnización a una cantidad inferior con base en los siguientes razonamientos: *a)* la existencia de una recuperación de la facturación en el cuarto trimestre de 1994 comparado con el tercer trimestre; *b)* que no podía extenderse la reparación más allá de 1994, puesto que no existía prueba que revelase la persistencia de los perjuicios con posterioridad a tal fecha; *c)* que no cabía la indemnización por daños morales en el nombre comercial de la sociedad puesto que no se habían demostrado. La sociedad interpone recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo con base en los siguientes razonamientos: que no existe un error notorio o una arbitrariedad en la fijación de la cuantía de la indemnización en la instancia; que no queda suficientemente probado la existencia de lucro cesante; que no se ha producido una lesión en el nombre comercial de la empresa que suponga la existencia de un daño moral, al no hacerse referencia, al emitir la información, al nombre comercial de la demandante (*L. Z. G.*)

55. Responsabilidad objetiva del artículo 1905 CC.—El artículo 1905 CC se está refiriendo a una responsabilidad no culpabilística, y exige la concurrencia sólo de causalidad material.

Culpas concurrentes.—Se estableció también como probado que el recurrente atravesó la finca no obstante conocer la existencia del perro agresor y que por sus características era preciso la adopción de precauciones especiales. Por otra parte, si la demandada tenía pleno conocimiento de tal situación, es decir, que el operario había de volver, debió de adoptar las precauciones que se imponían necesarias, y tomar las medidas precisas para que el perro no anduviera suelto, lo que indudablemente no llevó a cabo, como lo acredita el resultado dañoso ocasionado. Puesto que el portalón no estaba cerrado, se creó en el recurrente una razonable confianza de que el tránsito por la finca no representaba ningún peligro. Por lo tanto se trata de riesgos concurrentes y culpas plurales, ya que a lo que queda dicho ha de añadirse que la irrupción en la finca por el actor, correspondía a una actuación programada de antemano y convenida con la propietaria y ésta debió de facilitar en todo momento un tránsito seguro y evitar situaciones sorpresivas.

Distribución del quantum.—Al tratarse de culpas concurrentes con la producción del daño, la jurisprudencia tiene declarado que debe compensarse la cuantía económica de las responsabilidades que se produce al liquidar las consecuencias del evento dañoso en atención al grado y naturaleza de las diversas responsabilidades, por lo que resulta procedente la distribución del *quantum* con la consideración, prudencia y equidad más conveniente. Aquí se presenta como lo más aconsejable fijar el porcentaje del 70% a cargo del recurrente y el 30% restante de cuenta de la demandada. (**STS 12 de julio de 2007**; ha lugar.) [PONENTE EXCMO. SR. DON ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL.]

HECHOS.—Don Eduardo acudió en la tarde del día de los hechos, en compañía de otra persona, a la vivienda de la demandada para reparar un electrodoméstico a su solicitud, ya que no había podido terminar el trabajo por la mañana. Una vez en el lugar, se adentró en la finca que tenía que atravesar para llegar a la vivienda,

toda vez que el portalón de acceso no se lo impidió, y en ese momento fue atacado por el perro de la casa, siendo el causante de las graves lesiones que padeció, que determinaron que hubiera de sufrir amputación del tercio medio de la pierna lesionada. Don Eduardo interpuso demanda contra doña Carmen y la comunidad hereditaria de Gerardo instando que se condenase a los mismos a satisfacerle una indemnización en concepto de incapacidad temporal, a tenor de los 1.399 días que estuvo de baja, aplicando a la misma los factores de corrección establecidos en la Tabla V de la Ley del Seguro del Automóvil aplicable analógicamente; que se les condenase a una indemnización por lesiones permanentes incluidos daños morales, a tenor de las secuelas que como consecuencia del ataque del perro le habían quedado, según el informe médico adjuntado, aplicando a la misma los factores de corrección establecidos en la Tabla IV de la Ley, y de los que se hace mención en el cuerpo de este escrito; y por último, que se condenase a los demandados a satisfacerle todos los gastos médicos y de asistencia hospitalaria que se le causaron. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a doña Carmen, absolviendo en la instancia a la comunidad hereditaria codemandada. La Audiencia Provincial estimó el recurso deducido por doña Carmen, y desestimando el interpuesto por don Eduardo, declaró no haber lugar a acoger la demanda. (E. C. V.)

56. Culpa médica: intervención quirúrgica por lesiones causadas por caída: infección hospitalaria: responsabilidad del médico y del centro hospitalario.—Para apreciar si existe en el presente caso la imprudencia alegada ha de partirse de si el diagnóstico fue el correcto y el tratamiento adecuado de conformidad con la *lex artis* médica, lo que la sentencia de instancia niega a partir de una adecuada valoración de las pruebas (historia clínica, informe forense), de la que se deduce la culpa o negligencia determinante del daño. En primer lugar, no se indaga el alcance de la infección supurada del hueso a partir de las principales pruebas que para la confirmación del diagnóstico eran aconsejables, ni se instaura un tratamiento antibiótico parental, más agresivo e intenso, cuando la herida comienza a supurar en el mes de julio, siendo así que la ostiomielitis no es una complicación extraña, por infrecuente, sino una complicación asociada a la problemática traumatólogica, que no se elimina por el hecho de que el paciente decidiera marcharse, por cuanto los siete días transcurridos no pueden reputarse significativos para que se evidencien síntomas que no fueran los ya aparecidos con anterioridad. En segundo lugar, se produjo en el curso de la intervención quirúrgica y no en el momento de sufrir la fractura, sin que por parte del Centro se hiciera *todo lo posible para erradicar los factores y agentes que desencadenan aquel proceso infeccioso*, teniendo en cuenta que cuando se intervino al actor no padecía déficit inmunológico o enfermedades graves, lo que pone en evidencia que con la adopción de estas medidas se hubiera evitado objetivamente el daño; concurre de esa forma nexo de causalidad entre su omisión y la producción de éste, siendo aplicable el criterio de imputación cifrado en que la legítima expectativa de seguridad inherente a la realización de una intervención quirúrgica en el centro hospitalario comprende la evita-

ción de infecciones hospitalarias o nosocomiales subsiguientes a la intervención (STS de 5 de enero de 2007).

Defectos del recurso.—Es doctrina reiterada que la formulación de un motivo de casación por infracción de la jurisprudencia aplicable exige, no sólo la cita por sus fechas de las sentencias que contengan la doctrina legal que entiende infringida, sino que requiere la exposición de cuál es esa doctrina legal y en qué sentido resulta desconocida por la sentencia recurrida. (**STS de 19 de octubre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

57. Culpa extracontractual: muerte de menor por consecuencia de operación de amigdalectomía: resultado desproporcionado.—Es evidente la desproporción entre el diagnóstico de amigdalitis y el resultado del fallecimiento del menor, sin duda llamativo desde consideraciones no jurídicas, quedó aclarado mediante la prueba que la Sala valoró en ejercicio de su facultad privativa y que, salvo error de derecho no denunciado, ha de mantenerse. La STS de 30 abril 2007 declara que *la existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí solo la existencia de responsabilidad del médico sino la exigencia al mismo de una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida*, y es del todo evidente que las pruebas de alergia a la anestesia no se hicieron no sólo porque no eran aconsejables, sino porque podían ser contraproducentes para la salud del menor, y las paradas cardio-respiratorias se produjeron en fase de reanimación en el propio quirófano, donde se produjeron las maniobras precisas. Pero es que, además, la primera vez que se producen manifestaciones clínicas, estas eran imprevisibles e inevitables, como también lo son los reflejos vagales, y ello en ningún caso implica acción u omisión que puede ponerse a cargo de los profesionales que le operaron, cuya intervención se desarrolló conforme a la *lex artis ad hoc*, tanto durante el proceso preoperatorio y operatorio, propiamente dicho, como durante el período postoperatorio, según el estado actual de la ciencia. Tampoco la hubo de los centros demandados como resultado de lo que esta Sala califica de carencias o defectos asistenciales, de coordinación, de organización o de dotación, subsanadas previamente, por lo cual no hubo insuficiencia acreditada de medios vinculadas al desarrollo de la operación y complicaciones previsibles.

Cuestión nueva: falta de información.—Es de rechazar porque nunca había sido alegada en la demanda, ni tratada en la sentencia impugnada, salvo para rechazarla por dicha razón. En efecto, es en la demanda como acto de iniciación procesal, donde se perfila la pretensión y cauce en que ha de discurrir la discusión, obligando al Juez a tener por incoado un proceso y a decidirlo en los términos suscitados como a las partes a mantener sus planteamientos iniciales, a fin de que exista correspondencia entre el objeto del proceso y su resolución, de modo que la introducción fuera del período expositivo de cualquier elemento o dirección distinta a los que se figuran entonces, vulnera principios tan esenciales como los de bilateralidad y congruencia (SSTS de 8 de marzo y 31 de mayo de 2001, y 21 de abril de 2003), y determina la imposibilidad de fundar la estimación de ésta en tal omisión (SSTS de 7 junio de 2002 y 15 de noviembre de 2006), máxime cuando, como en este caso, afecta al daño que deriva de la falta de información y que puede ser distinto del que se reclama por una mala praxis. (**STS de 19 de**

octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

58. Responsabilidad civil. Responsabilidad médica por falta de información al paciente. Daño moral.—En 1996, año en que acaecieron los hechos, la prueba en cuestión era de general conocimiento y se recomendaba su práctica a todas las gestantes, aunque no viniera impuesta por el Protocolo de la Generalitat. De ahí que, al margen de que la madre pudiera por su edad no estar estadísticamente en situación de riesgo relevante, debió ser informada sobre las técnicas de diagnóstico, tal como se deriva del derecho reconocido en el artículo 10, ap. 5 y 6, de la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986. Lo que, en el caso de diagnóstico prenatal, se traduce en la obligación de los profesionales de poner en conocimiento de la paciente toda la información conocida y constatada en orden a determinar las posibilidades sobre la evolución del embarazo, que es lo que va a permitirle tomar las decisiones que considere más convenientes a sus intereses. De esta omisión informativa trae causa la culpa y el daño causado. El daño no procede del hecho mismo de no haberse practicado la prueba del «Triple Screening», sino de la omisión informativa sobre la posibilidad de practicar esta prueba; omisión que en sí misma constituye un daño moral grave. (**STS de 6 de julio de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]**

HECHOS.—Los demandantes accionaron contra los ginecólogos don Alejandro y don Federico, así como contra el Instituto Catalán de Sanidad (I.C.S.), reclamando una indemnización por el daño sufrido a consecuencia de no haber sido informados de la posibilidad, durante el embarazo de la actora, de realizar la prueba denominada «Triple Screening», consistente en un análisis de sangre específico que habría detectado las malformaciones que presentaba el feto y con las que, a la postre, nació. Dicha falta de información habría privado a la gestante de su derecho a decidir si se sometía a una interrupción legal del embarazo. Los demandados se opusieron alegando que dicha prueba no era exigible por el Protocolo de la Generalitat, amén de que por su edad, la actora no se encontraba en el grupo de riesgo que hubiera hecho aconsejable dicho análisis. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó solidariamente a los demandados al pago de quince millones de pesetas. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación y absolvió a los demandados de la condena impuesta. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación y fijó como indemnización por daño moral la misma cantidad otorgada en la primera instancia.

NOTA.—En la actualidad, amén de los ap. 4 y 5 del artículo 10 Ley General de Sanidad, habría de tenerse en cuenta el derecho a la información sanitaria específicamente previsto y regulado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, cuyo artículo 4 reconoce el derecho del paciente a conocer «toda la información disponible». (*L. A. G. D.*)

59. Responsabilidad civil. Responsabilidad médica por falta de información suficiente y adecuada. El deber de información al paciente es independiente del deber de diligencia propio de la intervención médica practicada. Prueba del cumplimiento del deber de información.—La doctrina de esta Sala es clara en cuanto a la especial intensidad del deber de información para las intervenciones no estrictamente curativas o necesarias, precisamente por el mayor margen de libertad de decisión que tiene el paciente a la hora de afrontar los riesgos de la intervención y sus consecuencias (STS de 25 de abril de 1994, 11 de mayo de 2001 y 23 de mayo de 2007). El cumplimiento de la obligación de información debe considerarse con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en sí misma se desarrolle con sujeción a la *lex artis* (STS de 23 de mayo de 2007). La prueba de haber facilitado la información incumbe a quien tiene la obligación de prestarla y tiene a su alcance los medios necesarios para justificarlo (STS de 29 de junio de 2007), que en el caso en cuestión bien podrían haber sido los correspondientes documentos firmados por el actor o la constancia de la información en su historial clínico; todo lo cual ha estado a disposición del médico demandado. (**STS de 19 de noviembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El Sr. Romeo demandó al médico que le había practicado una vasectomía ya que, después de haber sido intervenido y de un primer análisis confirmando su esterilidad, su esposa había quedado embarazada. Tras las pruebas correspondientes, que aseveraron la paternidad del marido, éste interpuso demanda contra el Dr. Luis Miguel, basada en que no le había informado de la necesidad de una segunda prueba confirmatoria de la esterilidad y de la necesidad del uso de medios anticonceptivos hasta dicha confirmación; pidiendo como indemnización el abono de once millones de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción planteada. La Audiencia Provincial de Alicante acogió el recurso de apelación y estimó parcialmente la demanda, condenando al médico a pagar la suma de siete millones de pesetas. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del demandado, pero a los solos efectos de suprimir la condena en costas de la primera instancia dado que, pese a la estimación del fondo de la demanda, hubo una rebaja sustancial de la condena en relación con lo inicialmente pedido. (*I. D.-L.*)

60. Responsabilidad civil. Responsabilidad del profesional médico. Aseguramiento del resultado: sólo es exigible cuando resulte del acuerdo de las partes. Información al paciente. Contenido. Carga de la prueba.—Los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (STS de 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 21 de octubre de 2005 y 23 de mayo de 2007). El deber de información reviste especial intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria. La información en estos casos debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del

resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean permanentes o temporales, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 12 de febrero y 23 de mayo de 2007). Según la jurisprudencia, la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron la intervención y al centro hospitalario, y la carga de la prueba del cumplimiento de dicho deber, según las circunstancias de la mayor o menor disponibilidad y facilidad probatoria, debe recaer sobre el profesional de la medicina o el centro o servicio al que pertenece, por ser quien se halla en situación más favorable para ofrecer la prueba (SSTS de 28 de diciembre de 1998, 7 de marzo 2000 y 18 de mayo de 2006). (**STS de 22 de noviembre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña Flor se sometió a una intervención de cirugía estética, consistente en colocación de prótesis mamarias, rinoplastia, blefaroplastia y liposucción. Seis meses después fue nuevamente operada por el mismo doctor don Jesús para recolocación de las prótesis. La actora demandó al médico y a la clínica solicitando la indemnización de daños y perjuicios por las secuelas físicas y psíquicas padecidas a raíz de las intervenciones. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la pretensión resarcitoria al considerar, de acuerdo con los informes periciales, que la intervención y su resultado se ajustaban a la praxis médica, sin que se quedara acreditada la existencia de las secuelas alegadas por la demandante. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo no dio lugar al mismo. (*L.-A. P. M.*)

61. Artículo 33 de la Ley de caza: Reglas de la carga de la prueba en el supuesto de responsabilidad objetiva.—La atribución por parte del legislador de una naturaleza objetiva a la obligación de responder no invierte la carga de la prueba, sino que únicamente excluye la necesidad de que se pruebe la culpa del autor del daño y deben probarse todos los otros extremos exigidos por la norma para que pueda imputarse la responsabilidad en base a la misma y por tanto, el actor debe probar la procedencia de la caza, cosa que no ha sucedido en el caso, en que las pruebas aportadas han llevado a la Audiencia a no considerar probado que los jabalíes tuviesen su hábitat natural en el coto demandado, lo que de acuerdo con la normativa vigente, exoneraba de responsabilidad a los titulares. (**STS de 23 de julio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don Blas conducía un coche por la N-525, y en sentido contrario, circulaba don Evaristo. Este tuvo que frenar al cruzarse en la carretera unos jabalíes que procedían de terrenos en los que estaba el coto de caza *El Castro* y el coche colisionó con el conducido por don Blas, quien a consecuencia del choque falleció, dejando esposa y cinco hijos. Don Blas tenía contratado un seguro con la compañía MAPFRE, que pagó a la viuda e hijos las indemnizaciones correspondientes y demandó a continuación a los titulares del coto por los daños causados por la irrupción en la carretera

de los animales que provenían del mismo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda porque consideró probado que no existía un asentamiento de jabalíes en el coto demandado, y declaró que no era posible extender la responsabilidad del siniestro a los titulares del aprovechamiento cinegético sólo porque los animales hubieran salido de allí. MAPFRE interpuso recurso de apelación por considerar que la actividad de caza es una actividad de riesgo e instó la inversión de la carga de la prueba. El recurso fue desestimado al considerar que no constaba probado que el coto demandado fuese el hábitat natural de los jabalíes, por lo que no podía admitirse responsabilidad objetiva de los propietarios, dado que la excepcionalidad del paso del jabalí con dirección a otros puntos en busca de alimentos, impedía a los titulares del coto adoptar las mínimas precauciones de control sobre el paso del animal. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (E. C. V.)

62. Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad patrimonial de contratistas. Relación de causalidad.—El principio de Derecho administrativo sobre responsabilidad del contratista por los actos realizados en perjuicio de tercero en ejecución del contrato, excepto en los supuestos en que debe responder directamente la Administración (que ciertamente podría apoyarse en otras normas y jurisprudencia administrativa), no puede estimarse infringido cuando no concurren todos los presupuestos y requisitos exigidos legalmente para la existencia de responsabilidad civil. En este sentido, es imprescindible la existencia de nexo de causalidad entre las actividades derivadas de la ejecución del contrato entre ambas sociedades.

Responsabilidad patrimonial de la Administración.—La titularidad de una competencia administrativa de policía no comporta por sí misma la asunción de responsabilidad por parte de la Administración en relación con los daños causados por las infracciones cometidas por parte de los sujetos sometidos a la intervención administrativa. Es menester la concurrencia de los requisitos necesarios para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, que la Ley genéricamente cifra en la existencia de un nexo de causalidad con el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y en la existencia de un título de imputación a la Administración que excluya el deber del perjudicado de soportar el daño.

Principio de responsabilidad civil solidaria.—La solidaridad entre los responsables de actos relacionados con la gestión de residuos tóxicos y peligrosos (que la Ley prevé para cuando sean varios los responsables de algún deterioro ambiental, o de los daños o perjuicios causados a terceros, y no sea posible determinar el grado de participación de las diferentes personas físicas o jurídicas en la realización de la infracción, Ley 10/1998, de 21 de abril, está vinculada a la concurrencia de los presupuestos necesarios para la existencia de responsabilidad.

Inmisiones. Acción negatoria. Legislación autonómica catalana.—El vertido de aguas residuales se considera inmisión cuando las concentraciones de parámetros contaminantes están muy por encima de los límites autorizados administrativamente.

Es aplicable el artículo 3.1 de la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la Acción Negatoria, las Inmisiones, las Servidumbres y las Relaciones de Vecindad,

según el cual, las inmisiones producidas por actos ilegítimos del vecino que causan daños en el inmueble están prohibidas y generan responsabilidad por el daño causado. El propietario del inmueble que es afectado por una inmisión dolosa o culposa tiene acción negatoria para hacerla cesar y tiene derecho a recibir la indemnización correspondiente por los daños causados.

El deber de indemnizar nacería también por la aplicación del artículo 1908.4 CC. (STS de 2 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Ejercitada acción de cesación de inmisiones por *Agriplant, SA* contra *Tintes y Aprestos Guiñau, SA*; *Cespa, Gestión de Residuos, SA*, la Junta de Residus de la Generalitat de Cataluña; la Junta de Sanejament; y el Ayuntamiento de Santa María de Palautordera, la actora solicitaba la cesación de las inmisiones de sustancias contaminantes procedentes del colector de *Tintes y Aprestos*, que las recibía, a su vez, de *Cespa*, titular de un vertedero de residuos industriales; la adopción de medidas precautorias encaminadas a evitar las inmisiones no tolerables y la condena solidaria de las demandadas a una indemnización por daños y perjuicios causados en el verano de 1994 por la contaminación del agua del riego a causa de los vertidos al río Tordera, al margen del cual se ubica el pozo del cual se abastece la actora. La demandante imputaba a la Junta de Sanejament y al Ayuntamiento de Santa María de Palautordera su negligencia en el control de los vertidos contaminantes.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar que no se había acreditado la relación de causalidad entre el mal funcionamiento de la depuradora y los daños producidos a la actora.

La Audiencia revoca esta sentencia y condena a *Tintes y Aprestos*, a cesar en las inmisiones ilegítimas por vertidos que causen daño a la finca explotada por la demandante y a indemnizar a ésta en 26.963.312 pesetas pero absuelve a los restantes demandados.

La sentencia se funda, en síntesis, en que una valoración de la prueba permite considerar probado el daño sufrido por la actora y la existencia de una relación de causa-efecto entre la variación de la calidad del agua y los daños observados en la producción; y que la contaminación del agua del riego utilizada por la demandante procedente del pozo del río Tordera traía su causa de los vertidos de *Tintes y Aprestos*. La sentencia afirma que los límites bajo los que fue autorizado el vertido de aguas residuales resultaron incumplidos según los expedientes administrativos aportados. Consideró aplicable respecto de esta demandada el artículo 3.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 13/1990, de 9 de julio, en cuanto a la responsabilidad por inmisiones y acción negatoria, así como el artículo 1908.4 CC.

La sentencia afirma que el contrato que *Cespa* tenía con *Tintes y Aprestos*, en virtud del cual asumía la tarea de depurar los lixiviados que desprenden los residuos sólidos no exonera al titular del vertedero de la responsabilidad por daños derivados de la contaminación producida por aquellas sustancias; pero que ninguna prueba permite sostener la relación causal entre los lixiviados del vertedero

de residuos de *Cespa* y el efecto contaminante de los vertidos de *Tintes y Aprestos*.

Siendo la Junta de Residus, de acuerdo con artículo 53 de la Ley del Parlamento de Cataluña 6/1993, la entidad responsable de los objetivos fijados en ella, la sentencia estima que su competencia no se extiende a los residuos que se gestionan como aguas residuales, y que no se ha probado la incidencia de los lixiviados procedentes del vertedero de residuos sólidos en los daños sufridos por la demandante, sino solamente la de los vertidos de aguas residuales efectuados por *Tintes y Aprestos Guiñau, SA*.

Siendo competentes la Junta de Saneamiento y el Ayuntamiento, las pruebas practicadas, dice finalmente la sentencia, no permiten tener por acreditado con la certeza necesaria que la actuación de estos dos demandados haya contribuido causalmente a la producción de los daños concretos por los cuales reclama la demandante, atendida la práctica simultaneidad entre los vertidos contaminantes del verano de 1994 y los daños sufridos por la plantación de la actora, que no consta que denunciara los hechos al Ayuntamiento hasta meses después de sucedidos.

Interpuesto recurso de casación por la parte demandante el Tribunal Supremo declaró no haber lugar y confirmó en todos sus pronunciamientos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. (R. D. R.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

63. Usucapión. Requisitos para la prescripción adquisitiva de bienes inmuebles.—Frente a las acciones reivindicatoria y aquiliana entabladas por el demandante con base a las obras realizadas por el demandado en su propiedad que afectaban al muro propiedad del actor y que se extendían a lo largo del lindero de las fincas de uno y otro, el Alto Tribunal estima que se ha producido por parte del demandado, la adquisición del dominio por usucapión, dándose cumplimiento a todos los requisitos para la procedencia de la misma (art. 1941 CC): Se entiende, por un lado, que *existe posesión en concepto de dueño y no por mera tolerancia* (del demandado) desde el momento en que la posesión se ha disfrutado a partir de la suscripción de un documento entre la madre del actor y el demandado por el que se decía que la pared divisoria pertenecía a ambas partes y que cada una de ellas podía obrar sin derecho a indemnización alguna, lo que excluye una situación de mera tolerancia. Se mantiene la existencia de una *posesión pública y no clandestina* en base al hecho de que existía una edificación del demandado que apoyaba sobre el muro, pues ello excluye la clandestinidad en la posesión y confirma la consideración del muro como medianero y su posesión pública en tal concepto. No se puede negar la *buena fe* en la posesión con vulneración por la sentencia impugnada de lo establecido en los artículos 1940 y 1950 CC, pues el artículo 434 del mismo código dispone que la buena fe se presume siempre y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba, no habiéndose aportado ninguna prueba que demuestre el conocimiento por el demandado de que la propiedad no pertenecía a la madre de aquél, cuando está

reconocido que el actor adquirió su propiedad por herencia siendo menor de edad. Igual cabe decir en relación con la invocada infracción de los artículos 1952, 1953, 633 y 1274 CC, en relación con el 1941 del mismo código y la jurisprudencia, para negar la existencia de justo título apto para dar lugar a la usucapión. Se afirma nuevamente que el documento suscrito en fecha 18 de octubre de 1973 entre la madre del actor y el demandado, comporta una mera tolerancia por aquélla respecto del uso del muro litigioso, cuando basta observar su contenido para comprender que se trata de un reconocimiento de copropiedad («les pertenecía a ambas»), siendo así que el justo título requiere simplemente la aptitud en abstracto para haber producido la adquisición del derecho de propiedad u otro real, si bien en el caso concreto no la hubiera producido por cualquier causa externa a él, siendo además en el caso verdadero y válido, aunque el otorgante pudiera no gozar del derecho de disposición. Se considera por tanto como justo título en el convenio suscrito con fecha 18 de octubre de 1973. Igualmente matiza el Tribunal Supremo la diferencia entre el justo título con aquél que, en concreto, tiene eficacia traslativa del dominio, no resultando admisible pensar que si el título a que el Código civil se refiere como apto para generar la usucapión hubiera transmitido el dominio o derecho de que se trate no sería necesario acudir al instituto de la prescripción adquisitiva. (**STS de 29 de octubre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El día 18 de octubre de 1973, doña S. —madre del actor— atribuyéndose cualidad de dueña, suscribió con el demandado, don J. C., un documento privado por el que se declaraba que la pared divisoria colindante entre las fincas urbanas de su propiedad, desde el frente al fondo, les pertenecía a ambas, pudiendo «mutuamente cada una de las partes, obrar cuando les sea necesario sobre la misma, sin derecho a indemnización alguna». Al tiempo de suscribir el documento privado antedicho, la propiedad de la finca no la ostentaba la Sra. S. sino el hoy actor, su hijo don B. con quien convivía, ignorando tal circunstancia el demandado. El actor don B., interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don J. C. por la que ejerció las acciones reivindicatoria y aquiliana con base en la realización por parte del demandado de una serie de obras en su propiedad que afectaban al muro propiedad del actor que se extendía a lo largo del lindero de las fincas de uno y otro. Dichas obras consistían en la demolición y reconstrucción de una casa así como la nueva construcción de un cobertizo al fondo de la parcela y otras obras menores en el patio intermedio existente entre una y otra construcción. En el «suplico» se solicitaba que se dictara sentencia por la que se declarara la obligación del demandado de dejar libre de afección constructiva el muro, la restitución del mismo al estado en que se encontraba con anterioridad y la obligación de indemnizar al demandante en los daños y perjuicios causados, interesando la condena en costas del demandado. El demandado se opuso a tales pretensiones y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que estimó parcialmente la demanda acogiendo sus pedimentos salvo el referido a la indemnización de daños y perjuicios, sin especial pronunciamiento sobre costas. Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial dictó nueva sentencia por la que estimó el

recurso interpuesto por el demandado don J. C. y desestimó el del demandante don B., declarando no haber lugar a la estimación de la demanda y absolviendo de ella al demandado con imposición al actor de las costas de primera instancia, sin especial declaración sobre las del recurso. La parte actora formuló recurso de casación contra esta última resolución. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto, confirmando la sentencia de la Audiencia, considerando que, a partir de la suscripción del documento de 18 de octubre de 1973, el demandado adquirió la posesión de la mitad del muro divisorio disfrutándola en concepto de dueño; posesión que ha venido disfrutando con justo título y de buena fe, ante la creencia de que la madre del actor gozaba de facultades de disposición, por un plazo superior a los veinte años que exige el artículo 1957 CC, para la prescripción del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. (P. B. M.)

64. Consentimiento tácito de la comunidad de propietarios.—A pesar de la exigencia de la Ley de Propiedad Horizontal del acuerdo unánime de los comuneros para modificar o alterar los elementos comunes del inmueble, al declararse que es preciso que tal consentimiento aparezca suficientemente acreditado y concluyente, es posible admitir la voluntad tácita de los copropietarios, cuando mediante actos inequívocos se llegue a esta conclusión, entendiéndose renunciado el derecho impugnatorio (FJ 2.º). (STS de 5 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Dos comunidades de propietarios presentaron demanda contra la propietaria de un local ubicado en la misma calle, como consecuencia de las obras realizadas en el citado local que consideraban ilegales. Alegaban las demandantes que dichas reformas no estaban previstas en la escritura de propiedad horizontal y alterando la estructura o fábrica del edificio, se habían realizado sin cumplir las formalidades legalmente exigidas. Las demandantes solicitaban la condena a la demandada a la reposición de las cosas a su estado anterior así como el abono de los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial absolvió a la demandada de la pretensión cursada por una de las comunidades de propietarios.

NOTA.—La sentencia que anotamos aborda la problemática relativa a la eficacia del consentimiento tácito por parte de las comunidades de propietarios a la realización de las obras por algún copropietario, aun cuando las mismas afecten a elementos comunes y no se hayan recabado las precisas autorizaciones.

Es doctrina jurisprudencial reiterada que debe admitirse la voluntad tácita de los copropietarios, cuando mediante actos inequívocos se llegue a esta conclusión, puesto que el transcurso pacífico de tan largo período de tiempo sin formular reclamación alguna, debe producir el efecto de tener por renunciado al derecho impugnatorio puesto que no exige otra cosa la seguridad de las relaciones contractuales, y del tráfico jurídico, la prohibición de ir contra los actos propios y las normas de la buena fe, actuando contra la buena fe el que ejerce un derecho en contradicción con su anterior conducta en la

que hizo confiar a otro y, especialmente, infringe el mismo principio el que ejerce su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo (retraso desleal), vulnerando, tanto la contradicción con los actos propios, como el retraso desleal, las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, las que determinan que el derecho se torne inadmisible, con la consiguiente posibilidad de impugnarlo por antijurídico al amparo de la preceptiva contenida en el artículo 7.1 CC» [SSTS de 28 de abril de 1986 (RJ 1986/2064), 16 de octubre de 1992 (RJ 1992/7829), 28 de abril de 1992 (RJ 1992/4467), 19 de diciembre de 2005 (RJ 2005/152), 31 de enero de 2007 (RJ 2007/590), entre otras].

Declarado por la sentencia recurrida que ha habido una tolerancia por la comunidad a los actos de la ahora denunciada durante un período no inferior a ocho años, y teniendo en cuenta que los estatutos de la comunidad demandante son muy permisivos en lo referente a los locales, ha sido correctamente aplicada por la Sala de instancia la doctrina jurisprudencial citada al declarar la existencia de un consentimiento tácito de la comunidad a la actuación de la demandada. (L. Z. G.)

65. Propiedad horizontal. Consentimiento tácito.—La jurisprudencia ha declarado en reiteradas ocasiones que el mero conocimiento no equivale al consentimiento. La STS de 19 de diciembre de 1990 afirma que «el consentimiento tácito ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente (SSTS de 11 de noviembre de 1958 y 3 de enero de 1964) sin que se pueda atribuir esa aceptación al mero conocimiento [...] el conocimiento de los actos sancionables no supone el consentimiento y no tiene trascendencia jurídica el retraso en el ejercicio de la demanda, porque quien está legitimado para ello es dueño de su acción mientras no pueda oponerse la prescripción por el transcurso del tiempo necesario a tal efecto».

Acción de impugnación de acuerdos de la Junta de Propietarios.
Retraso desleal.—Difícilmente cabe apreciar retraso desleal en el ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos adoptados por la Junta de Propietarios cuando no hubo tal acuerdo. (STS de 20 de noviembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El litigio causante de la presente sentencia fue promovido por una comunidad de propietarios y dos de sus integrantes contra una promotora inmobiliaria que, cuando desempeñaba la presidencia de la comunidad, y siendo propietaria de una vivienda, había multiplicado por tres la superficie de su piso y ocupado la totalidad de la azotea. Para desafectar dichos elementos comunes, un grupo minoritario de propietarios otorgó una escritura pública de compraventa, constituyéndose en junta de propietarios sin convocatoria ni formalidad alguna, añadiendo en la escritura que el resto de propietarios la ratificarían íntegramente y se adherirían a la misma posteriormente.

En la demanda se solicita la demolición de las obras ejecutadas por la demandada o la indemnización por el valor del suelo ocupado.

La demandada alegaba consentimiento tácito del resto de los copropietarios plasmado, a su juicio, en el conocimiento de las obras que se realizaron en la azotea, así como en el acuerdo de la junta de propietarios de acordar una nueva distribución de coeficientes con el fin de compensar la cesión de las viviendas.

El Tribunal Supremo considera que no cabe apreciar consentimiento tácito a la desafectación de elementos comunes «[...] partiendo del mero conocimiento de que en la última planta del edificio se estaban ejecutando unas obras o de la conformidad con una modificación de coeficientes fundada, única y exclusivamente, en una “cesión” de los trasteros, sin expresión de su naturaleza y circunstancias, por los propietarios de las viviendas del piso quinto, ya que frente a estos datos se sitúa la ocultación hasta entonces del contenido de la escritura de compraventa [...] y el comienzo de las discrepancias y desacuerdos desde que se tuvo conocimiento general de ese contenido; es decir, no sólo no hubo consentimiento tácito sino que, muy al contrario, una vez que medió un cabal conocimiento general de lo que un grupo de propietarios había pactado en su interés particular arrogándose el carácter de «Junta de Propietarios», presidida por ende por la demandada, resultó imposible lograr un acuerdo» (FD. 5.º). (B. F. G.)

66. Propiedad horizontal. Representación del presidente: ámbito de actuación.—Las comunidades de propietarios, con la representación conferida legalmente a los Presidentes, tienen legitimación para demandar por los daños causados tanto a los elementos comunes como a los privativos del inmueble (entre otras, *vid.* las SSTS de 8 de julio de 2003 y 26 de noviembre de 1990). El presidente puede defender los intereses afectantes a los elementos privativos del inmueble cuando los propietarios lo autoricen; la STS de 16 de octubre de 1995 ha declarado que ha de tenerse en cuenta que con ello se está reportando unos indiscutibles beneficios a los comuneros, lo cual debe mantenerse, salvo que, en su caso, pudiera existir una oposición expresa o formal.

No puede hacerse por los extraños discriminación en punto a si los distintos elementos objetivos son de titularidad dominical privada o común, pues tal cuestión queda reservada a la relación interna entre los integrantes subjetivos de esa comunidad (STS de 24 de septiembre de 1991) sin perjuicio de las obligaciones del Presidente de responder de su gestión (SSTS de 15 de enero y 9 de marzo de 1988) pero cuya voluntad vale como voluntad de la comunidad frente al exterior (STS de 20 de abril de 1991).

Todo lo anterior se deriva de las peculiaridades de que gozan las facultades de representación que se les confieren legalmente. Según declaró la STS de 19 de noviembre de 1993, la Ley de Propiedad Horizontal, precisamente para evitar cuestiones de legitimación y en aras de una tutela efectiva y de la aplicación eficiente del régimen comunitario con respecto a la propiedad singular y a la colectiva, arbitró la fórmula de otorgar al Presidente de las comunidades de propietarios, carentes de personalidad jurídica, la representación de ellas en juicio y fuera de él, que lleva implícita la de todos los titulares y que no es la ordinaria que se establece entre representante y representado, sino la orgánica.

Propiedad horizontal. Representación del presidente: actuación en juicio.—El presidente no necesita la autorización de la Junta para intervenir ante los Tribunales cuando ejercite una pretensión en beneficio para la comunidad, salvo en los supuestos expresamente excluidos en la Ley, o que exista una oposición expresa y formal. Se da por tanto la presunción de que está autorizado mientras no se acredite lo contrario (entre otras, SSTS de 20 y 31 de diciembre de 1996). (**STS de 18 de julio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los Presidentes de las comunidades de propietarios actoras interponen demanda contra la promotora y la constructora por defectos constructivos en el edificio. Las comunidades de propietarios habían autorizado al Presidente para que «en defensa de los intereses de la comunidad, inicie acciones judiciales contra la promotora, constructora y técnicos intervenientes en la construcción del edificio».

Los defectos se referían tanto a elementos comunes como a elementos privativos del edificio.

En primera instancia y en apelación la demanda es estimada.

La promotora demandada interpone recurso de casación.
(*B. F. G.*)

67. Propiedad horizontal. Legitimación del presidente de la comunidad de propietarios para ejercitar acciones que afecten tanto a elementos comunes del edificio como a elementos privativos.—El presidente de la comunidad de propietarios está legitimado para ejercitar las acciones entabladas por la comunidad de responsabilidad contractual respecto de los defectos de calidad en las viviendas, cuando existe una autorización de la comunidad para que «en defensa de los intereses de ésta, inicie acciones judiciales contra la promotora, constructora y técnicos intervenientes en la construcción del edificio». El Tribunal Supremo considera que no hay ninguna razón para reducir dicha autorización únicamente a los «vicios y defectos de la construcción», en sentido estricto, puesto que los incumplimientos contractuales relativos a las viviendas también afectan al interés de la comunidad.

Invocación de las normas sobre saneamiento por vicios ocultos y apreciación de la existencia de incumplimiento contractual. Inexistencia de incongruencia.—El Tribunal Supremo declara que no se infringe el deber de congruencia cuando la sentencia acoge la acción de incumplimiento ejercitada al amparo del artículo 1101 CC, y no del precepto citado en la demanda (art. 1484 CC), toda vez que se ha respetado escrupulosamente el conjunto fáctico integrante de la *causa petendi*, puesto que se han empleado los mismos términos que se contenían en la demanda, que declaraba que «las viviendas carecían de las instalaciones prometidas y de elementos necesarios, en unos casos, y en otros eran de calidades inferiores a las ofertadas». (**STS de 18 de julio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios presenta una demanda contra *Sociedad Internacional de Promociones Urbanas, S.A.* (PROMOSA), en su calidad de vendedora, y contra *Construcciones*

Pría, S.A., que intervino en la construcción del edificio. La demandante demuestra que no se cumplieron las previsiones contractuales sobre la calidad de los materiales empleados, y prueba la existencia de graves defectos constructivos tanto en las viviendas como en los elementos comunes del edificio. Por ello, solicita que se condene solidariamente a las dos sociedades demandadas a llevar a cabo y ejecutar a su costa todas las obras de reparación y trabajos que sean necesarios para que las viviendas y los elementos comunes de la comunidad de propietarios demandante queden en perfectas condiciones de habitabilidad. En la fundamentación jurídica de la demanda las pretensiones se amparan entre otros, en el artículo 1484 CC y en el artículo 1591 CC. PROMOSA contesta alegando la excepción dilatoria de defecto legal en el modo de proponer la demanda y, para el caso de que se entrara a conocer del fondo, solicitó su absolución o, subsidiariamente, que se fije la cuota de responsabilidad que le resulta imputable en los daños producidos en el inmueble. *Construcciones Pría, S.A.*, alega las excepciones de falta de legitimación activa y falta de litisconsorcio pasivo necesario y, en el caso de que se entre a conocer del fondo, solicita que se le absuelva.

El Juzgado de Primera Instancia rechaza las excepciones alegadas por las demandadas y dicta sentencia estimando en parte la demanda. Así, condena a PROMOSA a efectuar las obras de reparación, en relación con los incumplimientos contractuales que se le imputan en virtud del artículo 1101 CC, absolviendo de ello a la otra demandada, por la inexistencia de vínculo contractual con la demandante. Respecto de la responsabilidad legal por vicios en la construcción, en virtud del artículo 1591 CC, condena a ambas demandadas a efectuar las obras necesarias para eliminar los vicios de construcción que se consideran probados. La Audiencia confirma la sentencia dictada en primera instancia. Contra la sentencia de la Audiencia, PROMOSA presenta recurso de casación en el que alega falta de legitimación del presidente de la comunidad de propietarios para ejercitar las acciones derivadas de la responsabilidad contractual; en otro motivo del recurso, se alega incongruencia de la sentencia, puesto que condena al recurrente en virtud del artículo 1101 CC, que no había sido alegado por la demandante, que fundó sus pretensiones en el artículo 1484 CC. (L. P. S. M. P.)

68. Comunicación pública de obras protegidas en las habitaciones de un hotel.—La actividad consistente en la difusión de imágenes y sonidos por empresas hoteleras a través de aparatos receptores de televisión instalados en cada una de sus habitaciones, ha sido una cuestión muy debatida en la doctrina y en la jurisprudencia, que no se han puesto de acuerdo sobre si es o no un acto de comunicación pública y, por tanto, si requiere la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual, o si, por el contrario, es un acto de comunicación privada, para el que no hace falta tal autorización.

En un principio, el Tribunal Supremo se mostró favorable a esta última opción, entendiendo que tales actos no constituyan difusión pública a efectos de la LPI, al considerar las habitaciones hoteleras como ámbitos estrictamente domésticos (SSTS de 21 de diciembre de 2002 y 10 de mayo de 2003).

Posteriormente, como consecuencia de la sentencia del TJCE de 7 de diciembre de 2006 (asunto prejudicial C-306/05), ha habido un giro jurisprudencial en la Sala Civil del Tribunal Supremo, que se ha visto materializado en la sentencia de Pleno de 16 de abril de 2007, estableciéndose el criterio contrario, esto es, que la comunicación de contenidos protegidos por la propiedad intelectual a través de los aparatos de televisión dentro de las habitaciones de los hoteles constituye un acto encuadrable en el artículo 20.1 LPI.

Las conclusiones que se pueden extraer de la sentencia del TJCE son las siguientes: *a)* que el concepto de «comunicación pública» debe entenderse en sentido amplio; *b)* el término «público» hace referencia a un número indeterminado de telespectadores potenciales; *c)* la clientela de un establecimiento hotelero normalmente se renueva con rapidez, por lo que, por lo general, se trata de un número considerable de personas; *d)* la clientela de un establecimiento hotelero es un público nuevo, es decir, estas transmisiones se dirigen a un público que no coincide con el previsto para el acto de comunicación original de la obra; *e)* para que haya comunicación al público basta con que la obra se ponga a disposición del público, de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella; *f)* se estime o no la concurrencia de un fin lucrativo como condición necesaria para que se dé una comunicación al público, en estos supuestos hay una prestación de servicios suplementaria efectuada con el objetivo de obtener algún beneficio, pues la inclusión del servicio influye en la categoría del hotel y, por tanto, en el precio de las habitaciones; *g)* si bien la mera puesta a disposición de las instalaciones no equivale en sí misma a una comunicación, sin embargo hay acto de comunicación al público porque tales instalaciones posibilitan técnicamente el acceso del público a las obras radiodifundidas, sin que tenga relevancia la técnica empleada para la transmisión de la señal; *h)* el carácter privado de los dormitorios de un establecimiento hotelero no impide que se considere que la comunicación de una obra en tales habitaciones, efectuada por medio de televisores, constituye un acto de comunicación al público.

Los supuestos que aquí se contemplan cumplen los requisitos previstos en el artículo 20.1 LPI: 1) una actividad o actuación del hotel (el hotel capta la señal televisiva original y la transmite a los televisores instalados en las habitaciones); 2) existencia de una pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable, que constituyen la clientela (pluralidad que se contempla en sentido acumulativo espacial o conjunto de huéspedes de las diversas habitaciones del hotel, y en sentido acumulativo temporal o los huéspedes sucesivos que ocupan y pueden acceder a la señal); 3) tener acceso o posibilidad de acceso a una obra audiovisual. (**STS de 17 de julio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El Hotel A viene comunicando públicamente obras audiovisuales protegidas en las habitaciones de su establecimiento, a través de los aparatos de televisión, sin contar con la oportuna autorización de los titulares de derechos ni abonarles ningún tipo de remuneración. EGEDA, entidad que gestiona los derechos de los productores audiovisuales, interpone demanda solicitando, por un lado, la cesación de los actos en tanto no se consiga la correspondiente autorización, y, por otro, una indemnización por los ya realizados. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al entender que la mera tenencia de aparatos de televisión aptos para difundir obras protegidas no constituye comunicación pública en el sentido legal. Sin

embargo, la Audiencia Provincial llega a la conclusión contraria, decisión que se vio confirmada por el Tribunal Supremo al desestimar el recurso de apelación planteado por el titular del hotel. (S. L. M.)

NOTA.—Se plantean los mismos supuestos y utiliza el Tribunal Supremo idéntica argumentación para resolverlos en sus sentencias de 17 de julio de 2007 y 6 de julio de 2007 (de esta última fecha hay dos sentencias). (S. L. M.)

69. Legitimación activa de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.—Cuando una entidad de gestión reclama derechos de propiedad intelectual correspondientes a la comunicación pública de obras o prestaciones, por ejemplo, en establecimientos abiertos al público, no es preciso que acredite la representación de los concretos derechos individuales encomendados a su gestión, pues la legitimación que el artículo 150 LPI les otorga se refiere a aquellos derechos cuya gestión *in genere* constituye, de acuerdo con los estatutos, su objeto de actuación. Así, no es preciso acreditar las autorizaciones individuales de los titulares de derechos de propiedad intelectual, sino que únicamente deben aportar al proceso la copia de sus estatutos y de la autorización administrativa otorgada por el Ministerio de Cultura.

Establecimiento de tarifas generales por parte de las entidades de gestión.—Según el artículo 157.1.b) LPI, las entidades de gestión están obligadas a establecer tarifas generales por la utilización que terceros hagan de las obras pertenecientes a su repertorio. (STS de 20 de septiembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—SGAE interpone demanda frente a la entidad J, titular de unas salas de cine, en la que reclama una cantidad de dinero en concepto de indemnización, por la comunicación pública de obras cinematográficas sin haber obtenido su consentimiento. El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, decisión que es confirmada posteriormente en apelación por la Audiencia Provincial. La entidad J interpone recurso de casación, alegando, principalmente, la falta de legitimación *ad causam* de la actora, sobre la base de que SGAE no probó que contara con la representación de todos los titulares de derechos que se dicen vulnerados. El Tribunal Supremo afirma la legitimación activa de la entidad de gestión y la ausencia de necesidad de acreditar la representación de los concretos derechos individuales a ella encomendados, pues ostenta legitimación para la gestión *in genere* de los mismos, conforme la LPI. Por otro lado, respecto de la alegación relativa a las tarifas generales aplicadas por SGAE, hay que tener en cuenta que la Ley la obliga a establecerlas, máxime si tenemos en cuenta que determinados derechos de propiedad intelectual son de gestión colectiva obligatoria. (S. L. M.)

70. Procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Inconstitucionalidad sobrevenida del párrafo segundo del artículo 129 LH.—El Tribunal Supremo, admitiendo el recurso de casación presentado por el demandante, mantiene la postura ya admitida en anteriores resoluciones

como la sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 1998 (seguida por SSTS de 20 de abril de 1999 y 13 de diciembre de 2005) y en este sentido resuelve la inaplicación por derogación, al ser norma opuesta a la Constitución, del segundo párrafo del artículo 129 LH y la de los artículos 234 a 236, o), ambos inclusive, RH, en virtud de la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa. La citada S de 4 de mayo de 1998 partió de que «tratándose, en efecto, de leyes preconstitucionales, como la Constitución es Ley superior y posterior, los Jueces y Tribunales pueden, si entienden que son contrarias a alguna norma fundamental, inaplicarlas al caso, al considerarlas derogadas, sin que sea necesario promover la “cuestión de constitucionalidad”, a diferencia de lo que ocurre con las leyes o normas, con rango de ley, postconstitucionales, cuya legitimidad constitucional monopoliza el Tribunal Constitucional [SSTC 4/1981 (RTC 1981, 4), 14/1981 (RTC 1981, 14) y 109/1993 (RTC 1993, 109), entre otras]». Se razonó en el sentido de que el «procedimiento extrajudicial» de ejecución hipotecaria, carece de tradición en España, antes de la promulgación del Código civil e incluso posteriormente, pues había prevalecido, frente a una concepción de inspiración romana, favorecedora de la venta privada de la cosa pignorada, como facultad del acreedor, la tendencia germánica, recogida en el «Fuero Juzgo», que propiciaba, en todo caso, la ejecución judicial. Y se añade que los argumentos que emplea en su defensa el Real Decreto de 27 de marzo de 1992, número 290/1992, no son atendibles, pues confiesa el preámbulo, a las claras, que lo que se pretende «es desviar parte de las ejecuciones hipotecarias del cauce judicial», finalidad que no resulta compatible con la concepción constitucional de la ejecución, como poder reservado a la jurisdicción, sin que pueda oponerse a esta reserva la excepción de que tal ejecución tiene su origen en un contrato y en la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento cuestionado, puesto que no cabe disponer de las normas imperativas de Derecho público. (**STS de 10 de octubre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Por medio del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria previsto en el artículo 129.2 LH, el Banco Español de Crédito ejecutó la hipoteca que gravaba determinados bienes de propiedad del deudor don E. El ejecutado Sr. E. interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía frente a la citada entidad, don S. y doña O. interesando que se declarara la nulidad de la tercera subasta por no haberse respetado las condiciones anuncias o, alternativamente, la nulidad de la adjudicación de las fincas subastadas al haberse omitido la notificación del resultado de la citada subasta al deudor a efectos de poder mejorar la postura; e igualmente la nulidad del contrato de compraventa formalizado en escritura pública por la que en representación de la parte actora se vendieron dichos bienes al demandado don S casado con doña O. en régimen de gananciales, y de las inscripciones que haya provocado en el Registro de la Propiedad. Los demandados se opusieron a tales pretensiones y, seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que desestimó la demanda y absolió a los demandados con imposición a la parte actora de las costas causadas. Dicha sentencia fue recurrida en apelación por el demandante y la Audiencia Provincial dictó nueva sentencia por la que desestimó el recurso y confirmó íntegramente la de primera

instancia con imposición de costas de la alzada a la parte apelante. Contra esta última sentencia la representación procesal de don E. interpuso recurso de casación, que fue estimado por el Tribunal Supremo, apreciando la inconstitucionalidad sobrevenida del párrafo segundo del artículo 129 LH, que fue aplicable en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.

NOTA.—Ha de tenerse en cuenta que el artículo 129.2 LH, texto refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946, al que se hace referencia en esta sentencia, ha sido modificado por la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (DF 9.^a, 4). En los momentos actuales, al seguirse admitiendo en el texto de la norma (ley postconstitucional), la ejecución extrajudicial de la hipoteca, cualquier posible tacha de inconstitucionalidad, incumbiría, como se indica en el texto de las sentencias, al Tribunal Constitucional, frenante a la inconstitucionalidad sobrevenida de carácter automático que, conforme a la aplicación del apartado 3.^º de la Disposición Derogatoria de la CE 1978, se entiende automática como considera el Tribunal Supremo en la sentencia de referencia [Posteriormente y en el mismo sentido la STS 14 de julio de 2008 (R 3364)]. (P. B. M.)

71. Retracto de comuneros.—La finalidad del retracto de comuneros radica en evitar el excesivo fraccionamiento de la propiedad, como ha señalado, entre otras, la S de esta Sala de 24 de enero de 1986, con remisión a la de 28 de diciembre de 1963: «el derecho de retracto regulado en el artículo 1522 CC, de antigua raigambre en nuestra legislación –Partida 5.^a, título 5.^º, Ley 55 y Ley 75 de Toro–, tiene por finalidad esencial evitar en lo posible el fraccionamiento de la propiedad en porciones o cuotas ideales y lograr su consolidación en un solo titular para evitar los efectos antieconómicos de la desmembración dominical y los conflictos que en cuanto a su administración y disfrute suelen surgir entre los condueños; o en otros términos, la función económico-social que en el supuesto de comunidad cumple el retracto es la de disminuir el número de partícipes y aun eliminar, en último extremo, tal estado de pluralidad subjetiva». La S de 2 de abril de 1985 recoge la alegación del recurrente de considerar que la institución del tanteo y del retracto, como «limitación a la propiedad», debe ser interpretada de forma restrictiva, al entender que «la conclusión lograda, se inscribe en una línea jurisprudencial que, con algunas vacilaciones (significadas por las SS de 9 de marzo de 1893 que admitió el retracto en caso de cesión del suelo para plantar viñas y de 11 de junio de 1902 en el de censo reservativo), reputa los derechos de tanteo y retracto legales limitaciones a modo de cargas de derecho público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general, no constituyendo desmembraciones del dominio sobre el cual actúan ya que ni el dueño afectado podrá inventariar las limitaciones que aquellos derechos suponen, ni el favorecido podrá incluirlas como valores patrimoniales en su activo –S de 17 de diciembre de 1955–; cargas que, a calidad de tales y por envolver una limitación del derecho de propiedad en pugna con la libertad de contratación, han de ser aplicadas con criterio restrictivo: SS de 9 y 13 de julio de 1903, 17 de mayo de 1907, 12 de octubre de 1912, 9 de enero de 1913, 7 de julio de 1915, 1 de febrero de 1927, 5 de junio de 1929, 17 de febrero de 1954, 9 de julio de 1958, 11 y 12 de febrero, 3 de julio y 7 de noviembre de 1959 y otras muchas; y de ahí que las de 16 y 23 de mayo

de 1960 hayan negado la posibilidad del retracto en supuesto de permuto, la de 12 de junio de 1964 en el de aportación de un inmueble a una sociedad anónima hecha por un socio fundador en la escritura de constitución y, más próximamente al caso de autos, la ya citada de 9 de diciembre de 1964, en el de renta vitalicia, razonando al respecto y luego de insistir en el criterio limitativo que preside la materia y que obliga a rechazar “todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen concretamente en una compraventa y en su único equivalente de la adjudicación en pago de deudas”, que la renta vitalicia no autoriza el retracto pues su “naturaleza, no es precisamente la de compraventa ni la de dación en pago ya que están diferenciadas en que los (contratos) aleatorios entre los que se incluyen los de renta vitalicia, el equivalente de lo que una de las partes ha de dar o hacer no está bien determinado, circunstancia ésta que no concurrente en los segundos, que como comunitativos que son, queda perfectamente determinado dicho equivalente desde el momento mismo de su celebración”».

Del mismo modo, pueden ejercitarse nueve retractos, uno por cada una de las fincas registrales sobre las que la demandante ostenta la cuota indivisa del veinticinco por ciento del dominio, puesto que la cotitularidad de cada una de las fincas da lugar a un derecho de retracto legal, así como a la correspondiente acción, independiente del de las otras fincas. Es incuestionable que todas las fincas que fueron adjudicadas en el Juicio Ejecutivo tienen identidad registral independiente, siendo todas ellas diferenciadas por un número en un folio, libro y tomo del Registro de la Propiedad.

La conveniencia de que la explotación agraria sea dirigida unitariamente aun estando constituida por multitud de fincas rústicas independientes –bien por motivos de sinergia económica de optimización de costes, bien por razones de operatividad dada la comunidad de bienes constituida en el seno de una misma familia– no tiene reflejo jurídico y no fundamenta la obligatoriedad de tomar dicho conjunto dominical como una unidad patrimonial que obligue al comunero a ejercitar el retracto sobre las cuotas de todas las fincas. No existe obligación de retraer todas las fincas cuando estas son unidades registrales y físicas independientes y cuando la explotación conjunta de las mismas responde a motivos ajenos al derecho, y con independencia de que, en el ejercicio de un derecho legítimo, la parte retrayente escoja aquellas que más le convengan, puesto que, aparejada a la finalidad social del retracto siempre trasciende una conveniencia personal del comunero, que se beneficia de la institución para ver ampliado su patrimonio. (**STS de 22 de octubre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Ejercitada acción de retracto contra la entidad mercantil A., S.L., la parte demandante, en su condición de comunera, al veinticinco por ciento, de las fincas adjudicadas a la demandada en procedimiento ejecutivo anterior, a resultas del embargo practicado sobre la cuota del veinticinco por ciento indivisa del hermano de la actora, solicita el retracto y la correspondiente escritura de venta de la cuota embargada en relación con algunas de las fincas adjudicadas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación.

Interpuesto recurso de casación por la parte demandada el Tribunal Supremo declaró no haber lugar y confirmó en todos sus pro-

nunciamientos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.
(*R. D. R.*)

72. Buena fe registral.—La jurisprudencia ha reiterado que para desvirtuar la buena fe requerida para aplicar la protección de la fe pública registral debe presentarse *una prueba plena, cumplida y manifiesta que no deje lugar a dudas*. Se trata de una cuestión de hecho que ha de ser valorada por los juzgados de instancia. (**STS de 13 de noviembre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Los propietarios de un inmueble lo vendieron por segunda vez consecutiva. El primer comprador solicitó se declarase la validez de su contrato de compraventa y la obligación de los vendedores de elevarlo a escritura pública; la nulidad de la escritura pública de compraventa realizada a favor del segundo comprador y la cancelación de la inscripción realizada a nombre de este último; así como la condena a los demandados a que hagan entrega al demandante de la parte de parcela de la que aún no es poseedor. En ambas instancias se estimó la demanda. En casación, no hubo lugar. (*C. J. D.*)

73. Hipoteca. Hipoteca constituida por titular registral no propietario. Tercero hipotecario protegido por el artículo 34 LH.—A juicio de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo la entidad hipotecante actuó lícitamente y de buena fe en defensa de sus derechos tanto en el otorgamiento del préstamo hipotecario y constitución de la hipoteca, sobre determinadas fincas entre las que se encontraba la de litis, como posteriormente en el procedimiento judicial sumario tramitado, constituyendo lógicamente la hipoteca en base a la persona que figuraba como titular registral y sin que tenga por qué responder de las consecuencias de un hecho ajeno a la misma, como es el de que la expresada finca figure inscrita a nombre de una persona que ahora no resulta ser la verdadera propietaria de la misma. El Tribunal Supremo entiende que, pese a la exigencia establecida en el artículo 1857 CC de que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad al que la hipoteca, ello se entiende sin perjuicio del efecto convalidante de la protección registral o de la adquisición *a non dominio* (como también ocurre en la venta de cosa ajena), pues la hipotecante era titular registral y, pese a que se ha declarado que no era propietaria y constituyó hipoteca a favor de tercero hipotecario: la hipoteca es válida y eficaz —criterio seguido doctrinal y jurisprudencialmente—, STS de 25 de octubre de 2004, que afirma rotundamente la validez de la hipoteca constituida por el titular registral no propietario respecto al tercero hipotecario, en estos términos: «en un elemental entendimiento de la fe pública registral, inherente a la condición de tercero hipotecario del repetido artículo 34». (**STS de 10 de octubre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don G., padre de los demandantes, adquirió de don JM, padre de los demandados, mediante contrato de compraventa, celebrado en mayo de 1968 y formalizado en escritura pública en marzo de 1969, una parcela de terreno descrita como Haza de terreno de regadío, en el sitio de Valdeperros, conocido también

como Palo de Montalbán, en este término municipal, compraventa que no llegó a inscribirse en el Registro de la Propiedad. La citada finca fue poseída por el comprador primero y después por sus hijos (dos de los cuales, don JA y don C, interponen la demanda que origina en pleito, en nombre propio y a beneficio de la comunidad de propietarios formada con los herederos de los otros dos hijos del comprador, ya fallecidos), a partir de la compra, de forma pacífica, pública e ininterrumpida y a título de dueños. Los demandados, herederos del vendedor, aparecían en tal condición, como propietarios en proindiviso de la parcela de terreno anteriormente mencionada. Una de las demandadas, doña I, heredera del vendedor, constituyó hipoteca sobre la parte indivisa de la citada parcela, que aparecía registralmente como propiedad de la misma, a favor de la entidad mercantil PH, S.A, hoy MH, S.A. Sobre la base de tales datos fácticos, don JA y don C, en la representación antes citada interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra los herederos del vendedor, la entidad mercantil PH, S.A. hoy llamada MH, S.A y contra la sociedad JB, S.A, ejercitando una doble acción: una primera tendente a la declaración de validez de la antigua compraventa (de 1969) y a la declaración de que se produjo la adquisición de una parcela de terreno; una segunda, dirigida a la declaración de nulidad de hipoteca constituida por la entidad codemandada y parte recurrida en casación MH, S.A, nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria a excepción de la adjudicación (hecha a los propios actores) y devolución de la cantidad percibida por dicha ejecución hipotecaria.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, de 20 de noviembre de 1997, estimó la primera de las acciones y rechazó la segunda. Fue confirmada íntegramente por la Audiencia Provincial de Jaén, en sentencia de 18 de julio de 2000. La parte actora formuló recurso de casación, aquietándose con la estimación de la primera acción y refiriéndose el recurso solamente a la desestimación de la segunda. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto, considerando que la entidad hipotecante, que actuó lícitamente y de buena fe, debía quedar protegida, como tercero hipotecario, por el artículo 34 de la LH.

NOTA.—El Tribunal Supremo sigue en la presente sentencia la doctrina de la sentencia del pleno de esta Sala, de 5 de marzo de 2007 (RJ 2007, 723) que fijó la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 34 LH en estos términos: «La doctrina sobre el artículo 34 LH que procede dejar sentada comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones *a non dominio* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su

derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente». En conclusión, se aplica al presente caso el artículo 34 LH, no el artículo 33. (P. B. M.)

DERECHO DE FAMILIA

74. Reconocimiento civil de sentencias canónicas sobre nulidad matrimonial: doctrina general.—El artículo 80 CC, al regular la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado se remite a las condiciones a que se refiere el artículo 954 LEC 1881 —declarado vigente por la DD única 1.3.^a, LEC 2000— establece como una de las circunstancias que debe reunir la sentencia dictada por un tribunal extranjero para tener fuerza en España *que no haya sido dictada en rebeldía*. Esta Sala 1.^a, con carácter general, ha perfilado una doctrina jurisprudencial en relación con el expresado requisito; ha contemplado específicamente los casos en que la falta de presencia del demandado es involuntaria, por no haber sido debidamente citado y emplazado con arreglo a las normas que regulan el proceso o por haberlo sido de manera irregular o con tiempo insuficiente para preparar su defensa, y ha declarado que esta modalidad de rebeldía, por cuanto obedece a un impedimento para el adecuado respeto de los derechos de defensa, es la única que constituye un obstáculo para el reconocimiento de la sentencia extranjera. Este supuesto ha sido distinguido de los casos en que el demandado no comparece voluntariamente, ya sea porque no reconoce la competencia del Juez de origen, ya sea porque no le conviene, o, simplemente, porque deja transcurrir los plazos para la personación. Esta doctrina ha sido considerada conforme a la CE por STC 43/1986, de 15 abril.

Doctrina establecida por los Reglamentos Comunitarios de 2001 y 2003.—Posteriormente la distinción entre rebeldía voluntaria e involuntaria ha sido consagrada por Reglamentos comunitarios, directamente aplicables por los jueces nacionales y que disponen de la fuerza vinculante que les otorga el principio de supremacía sobre el ordenamiento interno. Los principios recogidos en estos Reglamentos Comunitarios deben ser tenidos en cuenta por su valor hermenéutico, aun cuando dichas normas no sean aplicables por razones temporales al objeto de este proceso. El Reglamento 44/2001/CE, de 22 de diciembre, aun cuando excluye de su ámbito de aplicación el estado y a la capacidad de las personas físicas y a los regímenes matrimoniales, establece, entre otras circunstancias, que no se reconocerán las resoluciones dictadas en un Estado miembro en los demás Estados miembros *cuando se dictaren en rebeldía del demando, si no se hubiere entregado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no hubiera recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo* (art. 44.2). En el ámbito al que se refiere el objeto de este proceso (aunque no resulta aplicable al mismo por razones temporales), el Reglamento 2201/2203/CE, aplicable, entre otras, a las materias civiles relativas al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, expresa que tales resoluciones no se reconocerán (art. 22.b) *si habiéndose dictado en rebeldía del demandado, no se hubiere*

notificado o trasladado el mismo escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que el demandado pueda organizar su defensa, a menos que de forma inequívoca el demandado ha aceptado la resolución. Según el artículo 63 del expresado Reglamento éste resulta aplicable al Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre la Santa Sede y España sobre asuntos jurídicos.

Interpretación restrictiva de la rebeldía.—Resulta indudable que la interpretación restrictiva de la rebeldía como obstáculo al reconocimiento de una sentencia extranjera, ceñida a los casos en que ésta ha tenido lugar con carácter involuntario, está en relación con la protección del derecho al proceso debido y, en nuestra Constitución, con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el principio de la seguridad jurídica en el ámbito internacional; ha sido introducido por la jurisprudencia en la interpretación del artículo 954 LEC 1881; es aceptado por la jurisprudencia constitucional, y deriva hoy de Reglamentos Comunitarios que se imponen sobre el Derecho interno y, aun cuando no son aplicados al caso enjuiciado, deben servir para orientar su interpretación.

Asimilación de las sentencias eclesiásticas a las extranjeras: plena jurisdicción del Juez español.—La asimilación de las sentencias eclesiásticas a las extranjeras impone al Juez que las homologa actuar conforme al principio de plena jurisdicción del juez español para decidir acerca de los efectos civiles de las sentencias eclesiásticas, según el Tribunal Constitucional, el cual ha reconocido la plenitud jurisdiccional de los Jueces y Tribunales en el orden civil, en cuanto exigencia derivada del derecho a la tutela judicial que se califica por la nota de efectividad (art. 24.1 CE), y ha afirmado que los efectos civiles de las resoluciones eclesiásticas, regulados por la ley civil, son de exclusiva competencia de los Jueces y Tribunales civiles como consecuencia de los principios de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE) y de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3) (SSTC 1/1981, de 26 de enero; 6/1997, de 13 de enero, y 38/2007, de 15 febrero). Este principio permite al Juez civil rechazar el reconocimiento de efectos civiles a las resoluciones canónicas de nulidad cuando advierte, entre otras circunstancias, que la petición de reconocimiento se verifica con abuso de derecho o fraude procesal o, en definitiva, se funda en causas contrarias al orden público estatal (art. 22, letra *a* del Reglamento 2201/2203 CE, y art. 954, 3.^a LEC 1881) o las resoluciones cuya eficacia se pretende resultan *inconciliables con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido* (art. 22, letra *d* del mismo Reglamento), o, en suma, concurre cualquier otra circunstancia que anuda a dicho reconocimiento la existencia de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva o de otro derecho fundamental.

La libertad ideológica como causa obstativa del reconocimiento civil de sentencias eclesiásticas.—Con carácter general el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 CE no resulta, por sí solo, suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos, ya que, como ocurre con los restantes derechos fundamentales, no es un derecho absoluto. Para apreciar que la libertad ideológica y religiosa justifica el incumplimiento de la carga de comparecer ante los tribunales eclesiásticos y, con ello, impide reconocer efectos civiles a la resolución dictada, como excepción a lo que establecen las reglas de rango legal aplicables en el Derecho interno, es menester valorar las circunstancias que concurren en cada caso para examinar si se ha alegado de manera razonable la existencia de

unas convicciones de la persona que hagan incompatible la comparecencia ante el Tribunal eclesiástico con su libertad ideológica o religiosa, y valorar su trascendencia teniendo en cuenta la afectación concreta del derecho, los efectos negativos que conlleva la omisión de la carga de comparecer y la ponderación de estas circunstancias frente a los restantes valores y derechos constitucionales que pueden estar en juego; teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, que la persona que ha contraído matrimonio canónico parece haber aceptado, en principio, los postulados confesionales que esta forma de contraer matrimonio supone, entre los cuales figura la jurisdicción de los Tribunales eclesiásticos, cuyos efectos civiles son reconocidos con determinados límites por el Estado, para decidir acerca de la nulidad y de la separación, circunstancia que, obviamente, no excluye la posibilidad de una mutación de dichas convicciones en la persona afectada que pueda ser relevante para justificar su incomparecencia ante dichos Tribunales.

Cumplimiento de los requisitos establecidos para el reconocimiento de efectos civiles de las sentencias eclesiásticas.—En el presente caso se cumplen los requisitos impuestos por el artículo 954 LEC 1881, y la Audiencia Provincial examina con plena jurisdicción el alcance de la resolución dictada por los Tribunales eclesiásticos, observando que la causa de nulidad estimada es análoga a otra recogida en nuestro Código civil y, en consecuencia, no puede considerarse contraria al orden público, y se examinan detalladamente las circunstancias en que ha tenido lugar el emplazamiento de la persona que no ha comparecido ante los Tribunales eclesiásticos, para deducir razonablemente que su rebeldía es voluntaria, sin que, por otra parte, aparezca que se haya alegado en ningún momento que el reconocimiento de la resolución canónica se haya solicitado con carácter abusivo o fraudulento ni que la resolución dictada sea inconciliable con una resolución de la jurisdicción civil de carácter interno, sin que se advierta que la parte que pudiera resultar afectada haya invocado en ningún momento que la comparecencia ante el Tribunal eclesiástico afecte a su libertad ideológica o religiosa, pues ni siquiera compareció para formular alegaciones en el proceso de reconocimiento, ni lo ha hecho en este recurso. (STS de 24 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Rfos.]

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia sobreseyó las actuaciones instadas por el marido para obtener la eficacia civil de las sentencias canónicas de nulidad de un matrimonio celebrado en 1993, dictadas concordemente por el Arzobispado de Valencia y la Rota Española, por falta grave de libertad interna en el esposo. En apelación la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por el actor, y el Fiscal interpuso el recurso al que pone fin la sentencia extractada, con una sentencia que puede calificarse de *pedagógica*, con minuciosa descripción del derecho aplicable. (G. G. C.)

75. Régimen económico del matrimonio: disolución: capitulaciones matrimoniales: convenio regulador: pacto privado de reconocimiento de deuda con ocasión de crisis matrimonial: consecuencias del incumplimiento: inaplicabilidad del artículo 1124 CC.—La sentencia recurrida concluye que ambos cónyuges incumplieron las diversas obligaciones asumidas en los distintos pactos otorgados; el marido recurrente pretende que se declare la unidad de las estipulaciones acordadas en los negocios jurídicos otorgados

para solventar las consecuencias de la crisis matrimonial; sin embargo, aunque la finalidad de todos los negocios sea la misma, no lo es el objeto de cada uno de ellos, de modo que no puede aplicarse al incumplimiento de los distintos acuerdos la regla contenida en el artículo 1124 CC por las siguientes razones: 1.^{a)} El artículo 1124 prevé la posibilidad de resolver las obligaciones recíprocas cuando exista una relación obligatoria que haya generado obligaciones recíprocas y que uno de los obligados haya incumplido la que le corresponde. 2.^{a)} La resolución presupone una relación obligatoria sinalagmática, que no se da en los pactos matrimoniales ya que en ellos, o bien se liquida la sociedad de gananciales (capítulos matrimoniales), con las atribuciones de los bienes a los cónyuges, o bien se establecen pactos concretos post-separación (convenio regulador). Las estipulaciones contenidas en estos pactos no son recíprocas en el sentido del artículo 1124, es decir, cada una de ellas no depende de la otra; ciertamente los cónyuges pueden haber pactado prestaciones recíprocas, pero éstas no se generalizan si no es por pacto expreso, lo que no ha ocurrido en el presente caso. 3.^{a)} Consecuencia del anterior razonamiento es que la inobservancia de los diversos pactos a que llegaron los cónyuges no puede recibir el tratamiento del artículo 1124. 4.^{a)} Cuando se produce la inobservancia de los capítulos matrimoniales o del convenido regulador, los afectados tienen acciones específicas para exigir el cumplimiento, pero no existe ninguna norma que permita su resolución por esta causa. En el presente se ha producido el incumplimiento de ambos cónyuges, pero las obligaciones quebrantadas tienen fuentes distintas: el capítulo matrimonial, el convenio regulador y un pacto privado; pero no puede pretenderse la consideración global de las vulneraciones de los pactos, por lo que no es posible aplicar el artículo 1124 como pretende el recurrente.

Validez de pactos privados entre cónyuges con ocasión de crisis matrimoniales: prueba.—A partir de la STS de 22 de abril de 1997, esta Sala ha reconocido la validez y eficacia de los contratos otorgados entre cónyuges, al margen o completando lo acordado en los convenios reguladores, declarando aquélla que *es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, no habiendo obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa*, doctrina reiterada (SSTS de 21 de enero y 21 de diciembre de 1998, 15 de febrero de 2002 y 3 de febrero de 2006). En este caso sí podría aplicarse la resolución del artículo 1124 CC, siempre que se cumplieran sus requisitos, pero todo ello limitado a los acuerdos contenidos en el pacto privado sin que sea posible extrapolarlo al conjunto de pactos concluidos para regular la crisis matrimonial. En relación con la prueba de ese pacto privado, debe partirse de su existencia porque ambos cónyuges lo han admitido, aunque no consta su contenido por no haber sido aportado el documento a los autos.

Moderación de la cláusula penal: no procede cuando el incumplimiento ha sido total: desalojo de vivienda a fecha fija.—Lleva razón el recurrente cuando afirma que no se puede ejercer la facultad de moderación al haberse incumplido una obligación que no permite el incumplimiento parcial. Como declara la STS de 14 de junio de 2006 *la moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que la finalidad del artículo 1154 CC 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*. En el presente caso ha habido un incumplimiento total de la obligación de abandonar el antiguo domicilio conyugal,

por lo que la Sala sentenciadora incurrió en los errores de interpretación denunciados, por lo que no debe mantenerse la moderación ejercida por la sentencia recurrida.

Presunción de ganancialidad.—La doctrina de esta Sala ha mantenido el carácter *iuris tantum* de la presunción, exigiendo para que pueda ser destruida que la prueba sea satisfactoria y concluyente, sin que baste una prueba indiciaria (SSTS de 9 de junio de 1994, 20 de junio de 1995, 29 de septiembre de 1997 y 24 de febrero de 2000).

Condena al pago de intereses: incongruencia.—La incongruencia de una resolución ha de apreciarse confrontando o poniendo en relación lo pedido por las partes con lo acordado o resuelto por el juzgador; en el presente caso la esposa pidió que se condenara al demandado a satisfacerle la cantidad pactada en el contrato privado, cantidad que a su vez devengaría un 12% de interés anual, por lo cual no hay incongruencia.

Prescripción de la cantidad debida en concepto de cláusula penal, fijada a tanto por día: inaplicabilidad del artículo 1966.3.^º CC.—La esposa pretende que la obligación de abonar 15.000 pesetas por día de demora en el desalojo estaba prescrita por aplicación del artículo 1966.3.^º CC, pero este ingenioso argumento es inaceptable a la vista de lo establecido en el precepto invocado. Para ello debe recordarse cuál era la naturaleza de la obligación que ahora se pretende prescrita, la cual no es un *pago* que debiera efectuarse por días sino de una cantidad que se debía como indemnización por día de incumplimiento y cuyo montante sólo se va a poder determinar cuando éste cese, momento en que empieza la prescripción a la que deberá aplicarse el plazo general del artículo 1964 CC. En el caso han transcurrido 801 días antes del desalojo de la vivienda por lo cual la esposa deberá abonar, sobre la base de 15.000 pesetas por día de demora, la suma de 12.015.000 pesetas (72.211,60 euros), cantidad que devengará los intereses del artículo 921 LEC 1881. (STS de 17 de octubre de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Pleito complejo cuya génesis prolongada se remonta a diversos acuerdos otorgados en 1991 entre las partes para afrontar las consecuencias de una crisis conyugal; lo que obliga a una previa calificación de su naturaleza (capitulaciones de disolución del régimen, convenio regulador y pacto privado) que permite a la Ponente fijar acertadamente el derecho aplicable a cada uno de los negocios jurídicos otorgados, —probablemente, a juzgar por lo ocurrido después sin ánimo sincero de cumplirlos—. Sorprende, no obstante, que haya tardado 16 años su definitiva resolución. (G. G. C.)

76. Matrimonio: régimen económico: capitulaciones matrimoniales: inoponibilidad a terceros: artículo 1317 CC.—Es doctrina jurisprudencial que el artículo 1317 CC despliega todos sus efectos con independencia de que se haya pedido la declaración de ineficacia de los capítulos. Así se afirma reiteradamente por esta Sala que no es necesario solicitar la nulidad de las escrituras de los capítulos matrimoniales ya que aquél establece una responsabilidad *ex lege*, inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en su consecuencia, no se requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o de nulidad de clase alguna (STS de 15 de marzo de 1994, entre otras muchas); que el artículo 1317

determina que los cónyuges no pueden oponerse a las ejecuciones contra los bienes que pertenecieron a la masa de los gananciales a pesar del cambio de régimen, independientemente de la declaración o no de la nulidad de los propios capítulos, siempre que se den los requisitos que se exigen en el mismo; que el citado precepto junto a los artículos 1399, 1403 y 1404, determina que, al conservar los acreedores de los cónyuges sus derechos contra el cónyuge deudor, pueden dirigirse contra los bienes que formaban la masa responsable antes de las capitulaciones con independencia de cuál de los cónyuges sea su titular después del otorgamiento de las mismas, sin que sea necesaria la declaración de nulidad o el fraude de acreedores, que constituyen otras vías distintas para obtener un resultado parecido (SSTS de 21 de noviembre de 2005, 1 de marzo de 2006, 3 de julio de 2007, etc.). Doctrina jurisprudencialmente consolidada, lo que exime de su cita por su general conocimiento. En el presente caso el Ayuntamiento de T. pidió la inoponibilidad de las capitulaciones otorgadas entre los cónyuges demandados, no su nulidad ni su rescisión por fraude, por lo cual su recurso debe ser admitido.

Deuda anterior al otorgamiento de capitulaciones.—La STS de 28 de octubre de 1991 dictada en pleito anterior entre el Ayuntamiento y el recurrido declara sin ninguna duda que este último era deudor del primero como consecuencia de haber asumido unas obligaciones contractuales anteriores que había incumplido en calidad de deudor solidario, sin que sea obstáculo que la Audiencia Provincial había dictado antes sentencia absolutoria, la cual no era firme. Todo ello lleva a la conclusión de que la deuda existía ya cuando se otorgaron los capítulos de referencia, cumpliéndose los requisitos del artículo 1317 CC, y por ello no son oponibles a los acreedores del recurrido, entre ellos el Ayuntamiento hoy recurrente. (**STS de 25 de septiembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excma Sra doña Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—A juicio de Martínez de Aguirre (*Curso IV Derecho de familia*, Madrid 2007, p. 200) la regla general es de eficacia de la modificación del régimen económico matrimonial frente a terceros, y la excepción es la contenida en el propio precepto: tal modificación no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por tercero. A contrario, parece claro que los terceros pueden prevalecerse de la modificación cuando les beneficie, y que en todo caso les afecta cuando no les perjudica. Se respeta la posición jurídica que tenían los terceros antes de la novación del régimen; solución disfuncional en cuanto determina la coexistencia virtual de dos regímenes económicos: el modificado, eficaz entre los cónyuges y frente a terceros que no tenían derechos previamente adquiridos, y el anterior, eficaz frente a terceros que tenían derechos adquiridos, a quienes se les protege, no sólo frente a los cónyuges, sino frente a todos; los terceros han de probar la titularidad de un derecho anterior a la modificación, así como el perjuicio sufrido por aquéllo. (G. G. C.)

77. Responsabilidad de los bienes gananciales en caso de deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio del comercio con conocimiento y sin oposición del otro cónyuge.—El conocimiento sin oposición del cónyuge de la operación de que deriva el crédito realizada por su consorte en el ejercicio del comercio crea una presunción legal de consentimiento,

sin que nada obste a que la reclamación pueda también dirigirse contra a litisconsorte voluntario (FJ 4.º). (**STS de 5 de octubre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La mercantil P. S.L. interpuso demanda contra don Gonzalo y su esposa sobre reclamación del precio de una compra-venta mercantil sobre materiales de construcción, que se celebró por don Gonzalo en el ejercicio del comercio, estando sujetos los esposos al tiempo de la operación al régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, desestimándola en el aspecto cuantitativo al no aceptar los gastos bancarios de devolución, correo, denegación de pago e intereses desde el vencimiento de la cambial. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto aumentando la cuantía a pagar. Contra dicha sentencia los esposos interponen recurso de casación.

NOTA.—El artículo 1365 CC establece que «*[l]os bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge: (...) 2.º En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes. Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio*».

El artículo 6 CCO establece que si se trata de personas casadas, para que los bienes comunes del matrimonio puedan quedar obligados es preciso el consentimiento de ambos cónyuges, que se presume otorgado, a tenor del artículo 7, cuando se ejerce actividad comercial con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, habiendo declarado la jurisprudencia que, conforme a la normativa mercantil, los bienes gananciales quedan sujetos a la actividad de comercio consentida y conocida que lleva a cabo uno de los esposos, lo que acontece en el presente caso [SSTS de 6 de junio de 1994 [(RJ 1994, 4585), 10 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8116) y 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9095), 16 de febrero de 2006 (RJ 2006/641)].

Cuando una deuda ha sido contraída por uno de los esposos en el ejercicio del comercio sin oposición del otro cónyuge, habiéndose concertado la operación con anterioridad a la liquidación del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales y su sustitución por el régimen de separación de bienes, de dicha deuda deberán responder los bienes gananciales, aunque se hayan atribuido a la esposa con ocasión de la liquidación de la sociedad, pudiendo ejercitarse la demanda contra ambos cónyuges, o contra el cónyuge deudor, notificando la demanda al otro cónyuge [Sobre este particular, *vid.* STS de 3 de julio de 2007 (RJ 2007/3792)].

Por otra parte, tal y como señala el artículo 1317 CC, la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará los derechos ya adquiridos por terceros, por lo que los bienes adjudicados a la esposa en la liquidación están sujetos a las deudas contraídas por el marido constante matrimonio, sin necesidad de interponer la acción de rescisión por fraude de las capitulaciones ni tener que demostrar que no se pueden cobrar de

otros modos los créditos [STS de 18 de marzo de 2002 (RJ 2002/2273), entre otras]. (L. Z. G.)

78. Matrimonio: régimen económico: sociedad de gananciales: ejercicio de comercio por el marido: consentimiento tácito de la mujer: acción de regreso de la mujer avalista del marido: responsabilidad de los gananciales.—Ha quedado plenamente demostrado: *a*) la existencia de una deuda del marido avalada por la actora que la abonó a su vencimiento y resulta legitimada para el regreso; *b*) que el régimen de bienes era el de gananciales al tiempo de afianzar la deuda y hacerla efectiva; *c*) que el marido ejercía el comercio, debiendo recordarse que el artículo 6.º CCO. no precisa que el consentimiento del cónyuge para ejercer el comercio deba ser expreso, siendo suficiente el tácito cuando la actividad comercial se lleva a cabo con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo (SSTS de 22 de octubre de 1990, 7 de marzo de 2001 y 16 de febrero de 2006); y *d*) que la esposa nunca se opuso a este ejercicio.

Deuda contraída por el marido antes de la disolución de gananciales y de pactar la separación de bienes: artículo 1317 CC.—En realidad la sentencia recurrida no declara deudora a la esposa sino que sólo la considera responsable de la deuda contraída por el marido antes de la celebración de los capítulos matrimoniales, en su calidad de adjudicataria de los bienes recibidos en la liquidación de los gananciales; como dice la sentencia recurrida nos hallamos ante una deuda de la que respondía la sociedad de gananciales, y en el tránsito hacia un régimen de separación de bienes, constante matrimonio, no perjudica en ningún caso los derechos adquiridos ya por terceros; dada la grave irregularidad de omitir la deuda representada por la póliza de crédito, el cónyuge no deudor responde, no sólo con los bienes adjudicados, sino *ultra vires*, y por entero de su total importe. Cuando se disuelve, constante matrimonio, la sociedad de gananciales mediante capítulos matrimoniales de separación de bienes, debe aplicarse el artículo 1317 CC, de modo que ello no perjudicará en ningún caso los derechos de los terceros que sean anteriores a la liquidación, sin que tenga que pedir la rescisión por fraude de las capitulaciones; la responsabilidad afecta a los bienes independientemente de que se hayan adjudicado al cónyuge no deudor, porque dicho precepto establece la regla de no oponibilidad al acreedor anterior, por lo que el adjudicatario es responsable en cuanto tal y no por ser deudor.

Inaplicación del artículo 1402 CC.—Este precepto se refiere a los acreedores de los bienes gananciales, a quienes reconoce los mismos derechos que los que lo sean de una herencia, mientras que la recurrente no tiene la condición de acreedora sino que se hallaría en una situación semejante a la del heredero ya que resulta responsable de la deuda reclamada; su responsabilidad no se rige por el conocimiento o desconocimiento que tuviera de la deuda existente, sino por la condición de ganancial del bien que se le adjudicó, afecto a la responsabilidad generada por las deudas contraídas por su cónyuge durante el régimen, que desaparece de la masa al pactar la separación de bienes. (STS de 3 de julio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Sobre el artículo 1317 CC véase más ampliamente la STS de 25 de septiembre 2007, en este mismo fascículo del *ADC*. (G. G. C.)

79. Régimen económico del matrimonio: gananciales: liquidación por divorcio: inadecuación del procedimiento.—Es reiterada la doctrina de esta Sala que aun en el caso de que el procedimiento utilizado hubiera sido inadecuado, esta impugnación es inviable cuando el seguido, aunque no sea el previsto por la ley, reúne mayores garantías (SSTS de 14 de diciembre de 1998, 18 de octubre de 2001, 17 de febrero de 2005 y 7 de septiembre de 2007), ello siempre y cuando se respeten los principios de competencia objetiva y funcional. Lo cual ha ocurrido en el presente procedimiento; en efecto, la demanda se formuló ante el Juez que había tramitado el procedimiento de separación, aunque no se utilizó el trámite previsto para la ejecución de este tipo de sentencias, sino que se siguió el ordinario de menor cuantía; no se ha producido la indefensión anunciada cuando las partes han podido presentar las alegaciones correspondientes y más en un juicio que reúne mayores garantías que el de testamentaría, que si bien podría ser el correcto de haberse seguido el trámite de ejecución de sentencia, no lo es en este caso en que las partes no están de acuerdo en la cualidad de ganancial o privativo del único bien que figura en el activo de la sociedad. Por tanto, estando atribuida la competencia a los mismos órganos jurisdiccionales, y no habiéndose demostrado que haya ocurrido indefensión, no ha lugar a declarar que concurre la excepción de procedimiento inadecuado.

Titularidad privativa o ganancial del piso: prueba: presunción de ganancialidad.—La supuesta confesión del marido sobre la privatividad del piso no es tan definitiva como la parte pretende; se presta en otro proceso, debiendo considerarse extrajudicial, no habiéndose aportado testimonio de los autos en que se prestó; rigiendo el principio de libre valoración judicial, al no ser absurda, ni ilógica la efectuada por el tribunal de instancia, debe mantenerse. No hay suficientes razones para considerar destruida la presunción de ganancialidad, habiendo declarado esta Sala que para ello es necesario que se haya producido una prueba satisfactoria y concluyente, y para desvirtuarla no basta una prueba indiciaria sino una prueba precisa y cumplida, en definitiva la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva por parte de uno de los cónyuges.

Uso del piso atribuido a la mujer.—La liquidación de la sociedad de gananciales no afecta al uso atribuido a la mujer en la sentencia de divorcio, medida cuya modificación únicamente podrá efectuarse por modificación de medidas definitivas. (STS de 27 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

80. Separación matrimonial: liquidación de gananciales: fijación del patrimonio ganancial.—El patrimonio ganancial queda fijado en el momento en que se produce la disolución, con los ajustes previstos en la ley, y la liquidación se refiere a la situación existente en el momento de dictarse la sentencia de separación. Y aunque no puede negarse, desde el punto de vista teórico, que la existencia de una comunidad post-ganancial puede generar obligaciones para ambos comuneros, no es esto lo que ha sucedido en este caso; para que estos gastos debieran ser computados en el inventario y correspondiente liquidación de los bienes gananciales, sería necesario que se hubieran invertido en beneficio de la citada comunidad, debiendo probarse por quien lo afirma que esta condición concurre en los gastos que pretende incluir; no ha ocurrido esto en el presente litigio, por lo que no puede preten-

der incluir los efectuados por uno de los comuneros en su beneficio exclusivo y no en beneficio de la comunidad.

Cosa juzgada.—Sí concurre cosa juzgada, porque existe identidad de personas, los cónyuges; de cosas, la cantidad que debe figurar en el inventario; y de causas de pedir, la liquidación de la sociedad de gananciales; además, se ha dictado en sentencia contradictoria. Según reiterada doctrina jurisprudencial, *no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando mediante el segundo pleito se ha querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió* (STS de 27 de octubre de 2006 que resume las directrices jurisprudenciales sobre el tema y, entre ellas, incluye la recogida en SSTS de 30 de julio de 1996, 3 de mayo y 27 de octubre de 2000). Razones todas ellas plenamente aplicables al presente litigio y así en el proceso posterior, la recurrente debe atenerse al contenido de la sentencia pronunciada sobre las cantidades debidas para la adquisición del local comercial, que han quedado fijadas de acuerdo con lo efectivamente invertido en el momento de la disolución de la sociedad.

Alimentos debidos al hijo mayor de edad.—Las disposiciones que se citan como infringidas no pueden servir a la madre para poder reclamar lo pagado voluntariamente al hijo en concepto de alimentos una vez que éste, después de alcanzar una autonomía patrimonial, aunque fuera temporal, parece que volvió a necesitarlos. Y ello por las siguientes razones: 1.º) El artículo 152.3.º CC dispone que cesa la obligación de alimentos cuando el alimentista pueda ejercer un oficio o profesión, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia. La recurrente, interpretándolo *a contrario*, sostiene que al haber cesado como soldado profesional recupera su derecho a pensión alimenticia, lo cual es cierto, pero en tal caso estará legitimado el propio interesado para reclamar la pensión, y no su madre, al tratarse de un mayor de edad. 2.º) El artículo 93 CC impone al padre la obligación de pagar una pensión alimenticia a sus hijos, lo que debe entenderse mientras fueren menores de edad ya que la sentencia no invoca el párrafo 2.º de dicho precepto para establecerlos. 3.º) La prestación de alimentos no es automática sino que tiene que reclamarse por quien tiene derecho a ellos, lo que no ha ocurrido en este pleito. Si sólo uno de los obligados afronta el pago de los alimentos, se genera un crédito contra el otro, pero el procedimiento adecuado no sería el de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Interpretación del artículo 1061 CC.—Según este precepto deben hacerse lotes en los que se guarde la posible igualdad, adjudicándose a cada uno de los coherederos —en el presente caso, cónyuges— cosas de la misma naturaleza, calidad y especie; la jurisprudencia ha entendido que este precepto tiene un carácter más bien facultativo que imperativo (SSTS de 15 de marzo de 1995, 6 de octubre de 2000, 25 de noviembre de 2004 y 2 de noviembre de 2005, entre otras). Pero en la presente sociedad de gananciales sólo hay dos bienes inmuebles que la recurrente pretende se le adjudiquen, en aplicación también del artículo 1406, párrafos 3 y 4, CC. Una adjudicación como la que pretende la recurrente no respeta el artículo 1061 CC. (STS de 28 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. doña Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

81. Testamento abierto: Falta de capacidad del otorgante: prueba.—La Sala de instancia funda su fallo en una serie de datos que se inician el 28 de febrero de 1987, cuando, sufriendo las graves enfermedades físicas y psíquicas que la sentencia menciona, sin voluntad propia y la sola decisión de ciertas personas de su entorno, parientes lejanos o sirvientes, instituidos herederos en el testamento ahora discutido, es trasladada en una camilla, y por una ambulancia, desde su localidad a una clínica de Sevilla. Tales datos se concretan en pruebas tales como la carta-diagnóstico del Dr. don Salvador al Dr. don Carlos María; en el hecho de que la testadora no manifestara su intención de disponer de su patrimonio por actos *mortis causa*, ni a favor de sus sobrinos-carnales (actores) ni respecto de lejanos parientes o servidores (demandados); en la testifical del conductor de la ambulancia y de la sirvienta; en el historial clínico de 4 de marzo de 1987 y siguientes; en el tratamiento de urgencia y concreta referencia a enferma desorientada, obnubilada; en el informe pericial-psiquiátrico judicial, nombrado por insaculación, y en las aclaraciones posteriores, en cuanto examinó y valoró, en el orden científico, cuantos datos consideró necesarios, así como todos los antecedentes clínicos de la enferma; en los errores inexcusables cometidos en el testamento; en el informe de la Policía Científica expresivo de que la firma extendida en el testamento corresponde a una persona de avanzada edad, fatigada y de escasa energía vital, y en el nombramiento del ahora recurrente y Letrado ejerciente en Sevilla, Sr. Luis M.^a, como contador partidor y albacea, cuando no consta adecuada, ni especial relación de amistad, confianza o profesional con la supuesta testadora, junto con la prueba de confesión de esta parte y la pretendida ignorancia del Letrado, absolviendo posiciones, sobre cuestiones de aquélla y los sucesos de su enfermedad, y si era albacea *in pectore*, negar que buscó al Notario y le entregó la nota para redactar el testamento. En este contexto, la prueba que se cuestiona viene a corroborar toda una suerte de datos que se desarrollan fuera de lo que es normal o habitual en esta suerte de negocios jurídicos, cuidando de precisar la sentencia de instancia las anormalidades concurrentes sobre su estado en el momento en que ordena su testamento, de cuya apreciación global le permite concluir que *carecía de facultades mentales para tomar decisiones de cualquier clase, en el orden personal, o familiar o social, y nunca, desde luego, para otorgar libremente negocios jurídicos, ni prestar su consentimiento, en un acto tan importante como el testamento. Sin que a ello sea óbice el juicio de capacidad del Notario y de los testigos instrumentales para realizar tal acto jurídico, a quienes el Código les obliga a asegurarse de la capacidad mental del testador por lo que su juicio favorable sólo crea una presunción de capacidad que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario.*

Momento en que debe apreciarse la capacidad del testador.—El artículo 666 CC dispone que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento, y es evidente que el Tribunal de instancia interpretó tales disposiciones, así como la doctrina legal que los desarrolla, en el recto sentido derivado de sus propios términos, atendiendo no sólo a su estado los días anteriores, sino al tiempo del otorgamiento de la declaración de última voluntad, el mismo que se mantuvo hasta la fecha de su fallecimiento unos días después, durante el cual la enferma careció de entendimiento y comunicación y, en definitiva, de la conciencia que le hubiera permitido comprender la importancia y las consecuencias de las propias acciones. La capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural y según la jurisprudencia reiterada se presume asiste a

todo testador. Ahora bien, la situación de no encontrarse en su cabal juicio, conforme a la fórmula utilizada en el artículo 663 CC, no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impide el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad, y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue. (STS de 4 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Es hoy afirmación común de la doctrina «no ser necesario que el otorgante esté propiamente loco o demente para quedar incurso en esta causa de incapacidad. Bastará que se encuentre en una situación de anomalía psíquica o de trastorno patológico transitorio lo suficientemente grave para que pueda asegurarse que no se halla en su cabal juicio; que no está en razonables condiciones de entender o querer, aunque no se le pueda catalogar como un enfermo mental» [Así Lacruz *et altri*, *Elementos*, V, 3.^a ed. (a cargo de Rams Albesa), Madrid 2007, p. 162]. Afirmaciones que se complementan, acto seguido, con la de que son considerables las posibilidades de equivocarse del Notario y de los testigos que intervienen en el otorgamiento cuando el testador no ha sido incapacitado. Lo que, efectivamente, parece haber ocurrido en el caso de autos en el que existió, al parecer, una oscura trama en que intervino el Letrado, que luego aparece designado como Albacea, y colaboraron determinados parientes e, incluso, sirvientes, trama que desmontó con acierto la Audiencia Provincial y confirma el Tribunal Supremo. El mero hecho de alcanzar la 4.^a edad, y hallarse en situación de dependencia conforme, por ej., a los módulos de la Ley de 2003, no implica *sin más* incapacidad natural para testar; hay una sutil frontera que el juzgador deberá cruzar con prudencia, y que en el presente caso la prueba abundantemente demostró existente desde que la supuesta testadora ingresó en una clínica sevillana, hasta que falleció, con el intermedio de una auténtica comedia representada ante el ignorante fedatario. (G. G. C.)

82. Testamento abierto: nulidad por falta de capacidad del testador: absolución del Notario autorizante.—Las actoras que impugnaron la validez del testamento por falta de capacidad del testador y tuvieron éxito en este punto en ambas instancias, recurren en casación por la absolución del Notario otorgante en trámite de apelación, por infracción de los artículos 1902 y 1903 CC, pero con ello plantean una cuestión nueva pues la llamada al proceso de aquél la explican por su indudable interés en el caso a fin de no quedar indefenso; invocan jurisprudencia basada en el artículo 705 CC que en el recurso no se cita como infringido, y hablan de la innecesidad del litisconsorcio pasivo cuando se demanda la nulidad del testamento notarial por vicios en su otorgamiento. Todo ello es suficiente para desestimar el motivo, demás de que el análisis de la jurisprudencia se hace de una manera arbitraria que demuestra su deficiente entendimiento. Es doctrina general que en la acción

de nulidad de un testamento notarial por incumplimiento de formalidades, no es necesario demandar al Notario autorizante (por todas STS de 9 de mayo de 1990), y en modo alguno requiere que se le demande en aquel juicio si después ha de ejercitarse contra él la acción de responsabilidad.

Legitimación activa.—Es doctrina jurisprudencial que la acción para impugnar la validez y eficacia de un testamento corresponde a los que ostentarián por llamamiento de la ley el carácter de tales, sin que en ningún caso pueda exigírseles haber solicitado previamente la declaración de herederos, pues en otro caso el ejercicio de la acción de nulidad resultaría imposible por existir disposición testamentaria. También es constante la doctrina de esta Sala que legitima a un comunero para el ejercicio de acciones que correspondan a la comunidad, sin que la sentencia perjudique los otros comuneros, que solo se benefician por los pronunciamientos favorables.

Prueba de la incapacidad del testador.—Es carga de la parte que impugna el testamento probar que no se hallaba en su cabal juicio al tiempo de otorgarlo, y la aseveración notarial sobre su capacidad adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella se ha de pasar, mientras no se demuestra cumplidamente en vía judicial su incapacidad, destruyendo la energética presunción *iuris tantum* que origina la susodicha aseveración notarial (STS de 27 de enero y 12 de mayo de 1998). La sentencia recurrida, lo mismo que la de primera instancia, ha realizado un estudio de todo el material probatorio obrante en autos sobre la capacidad del testador, llegando a la conclusión de que no se hallaba en su cabal juicio en el momento de otorgar testamento. La recurrente no ha formulado ningún motivo casacional atacando dicha valoración. Esta Sala ha declarado con suma reiteración que la valoración probatoria efectuada por la sentencia recurrida sólo puede ser combatida si se ha incumplido precepto legal atinente a ella, o de forma manifiestamente arbitraria, o por un error de hecho patente e inequívoco; nada de esto se contiene en el motivo, sino una valoración meramente subjetiva e interesada por parte de la demandada, hoy recurrente. (STS de 21 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros.]

NOTA.—Los supuestos codiciales de responsabilidad civil del Notario, cuando intervienen en el otorgamiento de actos de naturaleza civil suelen marginarse en las exposiciones doctrinales habituales, de ahí que la jurisprudencia de la Sala 1.^a en este punto sea poco conocida y estudiada. Como dice Blanquer Uberos (*Comentarios Min. Justicia*, I, p. 1783) en el pleito por responsabilidad civil del Notario serán demandantes quienes vieron frustrada su esperanza sucesoria al ser declarado nulo su título y demandado el Notario, a quien se hace causante de la frustración del testamento por su dolo o culpa y responsable del perjuicio que de ella se sigue. De aquí se deduce que nunca podrá hablarse de litisconsorcio necesario, y la juiciosa conclusión de aquel autor: «Lo razonable es que los demandantes de nulidad no se dirijan contra el Notario» (*ibíd.*). Sin perjuicio de la acumulación eventual de las acciones, lo habitual será la dualidad de procedimientos, requiriéndose, además, el transcurso de algún tiempo para que se visualicen y concreten los daños causados por el testamento nulo. Sin perjuicio de atender a las consideraciones finales de Blanquer Uberos: «En la actualidad, transcurrido un siglo desde la entrada en vigor del Código civil y depurada la doctrina jurisprudencial sobre las formalidades del tes-

tamento abierto notarial no es fácil imaginar casos en los cuales sea excusable la ignorancia del Notario» (*loc. cit.* p. 1768). Con carácter general cfr. la reciente monografía de Verdera Server, *La responsabilidad civil del Notario*, Pamplona 2008, que ha venido a subsanar la laguna denunciada inicialmente. (G. G. C.)

83. Legado a favor de sobrinos: interpretación.—La STS de 20 de diciembre de 2005, siguiendo lo ya declarado por la de 18 julio del mismo año, recuerda que es abundante la jurisprudencia que considera: *a)* que en la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador; *b)* que la interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia, siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria y que sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se hayan llegado sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley; y *c)* que en la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y que sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto (como ya anunciaban las SSTS de 9 de junio y 23 de septiembre de 1962 y que continúan las sentencias de 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998 y 23 de febrero de 2002, entre muchas otras). En el presente caso la cláusula testamentaria establecía que el legado atribuido a los actores había de comprender *el metálico y los saldos de sus cuentas y depósitos bancarios sin exclusión*. Dicha cláusula admitía una interpretación literal estricta, según la cual únicamente comprendería dinero de curso legal, bien estuviera depositado en cajas de seguridad o reflejado en el saldo de las cuentas existentes, o bien otra más amplia que, atendiendo a la interpretación del término *depósitos* en un sentido amplio como comprensivo de todos los bienes de la testadora existentes en entidad bancaria *sin exclusión* comprendiera igualmente el contenido de la caja de seguridad. No obstante la Audiencia Provincial ha acogido una interpretación de la cláusula testamentaria que no se ajusta a ninguno de los criterios señalados, pues por un lado incluye las monedas de oro y plata en caja de seguridad y, por otro, excluye otros bienes que se encontraban en dicha caja como son los títulos-valores así como las joyas y alhajas, lo que efectúa bajo el argumento de considerar *metálico* a las monedas de oro y plata —que no son de curso legal— cuando es claro que no pueden ser comprendidos en tal concepto. Se da así una interpretación que rompe la lógica respecto del propio contenido de la cláusula y que, según la jurisprudencia citada, ha de ser revisada para entender que la verdadera voluntad de la causante al referirse a *depósitos sin discusión* se refería a la totalidad de los bienes que, además de los saldos de sus cuentas, se encontraban en entidad bancaria.

Interpretación del artículo 672 CC.—Este precepto se refiere a las cédu-
las o memorias testamentarias que menciona en su testamento el propio testador y ésta no es la situación que se da en el caso en el que simplemente la Audiencia Provincial tuvo en cuenta para interpretar el alcance del legado la existencia de un sobre dirigido a los actores que se encontraba en una caja bancaria y que se refería a las monedas de oro y plata, lo que le llevó a deducir la voluntad de la testadora en un sentido que no es el ahora aceptado. (STS de 20 de noviembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Salas Carceller] (G. G. C.)

NOTA.—El tema de la interpretación de las cláusulas testamentarias es recurrente en la bibliografía sobre Derecho de sucesiones, lo que demuestra que, en esta materia, no todo se ha dicho ni por los testadores (que no renuncian a utilizar, con mucha frecuencia, fórmulas testamentarias harto imaginativas), ni por los tribunales, ni por la propia doctrina. El acierto del legislador al redactar el sobrio artículo 675 CC radica tanto en la concisión de la fórmula, que recoge con fidelidad la tradición del *jus commune*, como en su flexibilidad abierta a nuevas perspectivas. En el presente caso creo que el Tribunal Supremo ha atinado al seguir un criterio relativamente amplio al interpretar la bastante clara voluntad de la testadora y denunciar la contradicción inexplicable en que incurrió la Audiencia Provincial —acaso para buscar una solución aparentemente equitativa—. Probablemente el admitido y consolidado recurso a los *medios de prueba extrínsecos* hubiera bastado para explicar el uso hermenéutico del sobre dirigido a los legatarios contenido en la caja de seguridad. Si a Jordano Barea, *Interpretación del testamento* (Barcelona, 1958), se le debe la primera monografía española moderna sobre la interpretación testamentaria en general, el mismo autor volvió a ocuparse del mismo tema con similar acierto en *Comentarios Edersa* (dirigidos por Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), IX, vol. 1.º-A (Madrid, 1991) pp. 206 ss. (G. G. C.)

84. Sucesión abintestato: derechos de los hijos ilegítimos no naturales, adulterinos según la legislación derogada: incongruencia.—La sentencia recurrida es desestimatoria de las pretensiones de la demanda, a saber, que los cuatro hijos legítimos del causante son los únicos herederos abintestato del causante, con lo cual se les niega tácitamente para actuar la acción de petición de herencia contra los demandados, a saber, los siete hijos ilegítimos no naturales según la terminología anterior, que eran poseedores de los bienes reclamados a título hereditario. No hay incongruencia porque es jurisprudencia reiterada de esta Sala la de que las sentencias desestimatorias no son incongruentes. Otra cosa es que el criterio de la Audiencia Provincial sea el correcto jurídicamente, pero es tema sustantivo. La congruencia supone un ajuste entre el fallo y las pretensiones de la demanda, que no argumentos.

Eficacia retroactiva de la Constitución de 1978.—El causante falleció el 20 de agosto de 1976, dejando cuatro hijos de su matrimonio canónico con doña Edurne, y siete hijos de su convivencia con doña Maite, iniciada con posterioridad al parecer después de la sentencia de separación canónica de separación personal en 1942. Atendiendo a las normas en vigor en la fecha de su fallecimiento, que es la apertura de su sucesión (arts. 657 y 661 CC) los hijos habidos con doña Gema tenían la consideración de ilegítimos no naturales puesto que el progenitor estaba en situación de separado legalmente de su esposa, el vínculo matrimonial seguía subsistiendo, luego no podía contraer matrimonio con doña Maite al tiempo de la concepción de los hijos (art. 119 antes de su reforma por Ley de 13 de mayo de 1981). Como hijos ilegítimos no naturales, carecían de derechos sucesorios en la herencia del progenitor, teniendo sólo derecho a exigir alimentos del mismo (arts. 139 y 939 CC antes de su reforma por la citada ley). La diferenciación de filiaciones desapareció desde la vigencia de la Constitución de 1978, al proclamar en su artículo 14 que los españoles son iguales ante la ley, sin

que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal. Por otra parte, su DT 3 preceptúa la derogación de cuantas disposiciones se opusiesen a lo establecido en la Constitución. A la vista de tales normas es indudable que el Código civil sufrió una modificación en cuanto a los efectos de la filiación. Ya no se podía seguir manteniendo tras la vigencia de la Constitución un régimen sucesorio basado en la distinción de la filiación legítima o ilegítima, sino que todos los hijos son iguales ante la ley, independientemente del origen de su filiación. Tal modificación tenía efectos retroactivos, para las sucesiones abiertas con posterioridad a la vigencia de la Constitución.

La doctrina de esta Sala sobre el efecto derogatorio de la Constitución con efecto retroactivo y sobre la DT 8.^a, es la siguiente: *Si la apertura de la sucesión se ha producido después de la vigencia de la Constitución y antes de la Ley 11/1981, de 13 mayo, no puede establecerse ninguna discriminación en los derechos sucesorios de los hijos, por imperativo del artículo 14, teniendo el mismo efecto retroactivo derogatorio de las disposiciones del Código civil que establecía aquella discriminación (SSTS, de 10 de febrero de 1986, 10 de noviembre de 1987 y 17 de marzo de 1995). La DT 8.^a de la Ley 11/1981, para las sucesiones abiertas con anterioridad a la vigencia de dicha Ley, se remitía a la legislación anterior, expresión que comprende el Código civil modificado por los preceptos constitucionales prohibitivos de toda diferenciación entre filiaciones [STS 155/1987 (pleno) de 14 de octubre, al tratar de la cuestión de inconstitucionalidad de la DT 8.^a de la Ley 11/1981]. En cambio, para las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, esta Sala ha declarado aplicable la legislación existente en el momento de la apertura de la sucesión (SSTS de 13 de febrero de 1990, 28 de julio de 1995 y 6 de noviembre de 1998).*

Por todo ello, y dado que el causante de actores y demandados falleció en 1976, momento en que se abre su sucesión, ha de aplicarse la doctrina que se ha expuesto con anterioridad. No es posible entender que al fenómeno sucesorio, que comienza con la muerte de la persona, se le apliquen distintas leyes según se vayan realizando (declaración de herederos en su caso, aceptación o repudiación de la herencia, partición y adjudicación, etc.) pues aquel fenómeno ha de guiarse por una ley única. Se ha dicho autorizadamente que la fecha del fallecimiento será la que determina qué personas y en qué cuantía tienen derecho a su herencia como herederos o legatarios.

Realidad social.—Ha de volverse a reiterar la doctrina jurisprudencial según la cual no cabe dejar de aplicar una norma jurídica bajo el pretexto de que no se adecua a la realidad social, según ha declarado esta Sala reiteradamente (SSTS, de 28 de febrero de 1989, 10 de diciembre de 1984 y 7 de enero de 1991, y las que en ellas se citan).

Nulidad de la partición realizada por herederos carentes de título:
Enajenación de bienes a terceros de buena fe.—Los recurrentes impugnan la validez de la escritura de partición de la herencia del causante hecha por los herederos carentes de título, así como la segregación de una finca enajenada a terceros de buena fe. El motivo se estima en cuanto a la nulidad de la escritura de partición, que no tendrá efectos respecto de los compradores cuya buena fe no se ha puesto en duda. (**STS de 31 de julio de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Sentencia avocada, sin duda, a tener amplia repercusión, sin excluir eventualmente la constitucional pues afecta al *punctum ardens* de la eficacia retroactiva de la CE de 1978 en materia sucesoria, como se desprende del Voto particular. Supuesto singular pues se trataba del matrimonio canónico celebrado en 1927, entre Bartolomé y Edurne, del que nacieron tres hijos y una hija (ésta falleció en 1987, dejando un heredero único). En 1942 se declara la separación canónica y Bartolomé inicia una convivencia *more uxorio* de la que nacen siete hijos, falleciendo una hija en 1982 (se ignora si ha tenido descendientes). Fallecida doña Edurne, don Bartolomé contrae matrimonio con doña Maite el 5 de agosto 1976, falleciendo intestado al mes siguiente. En 1979, en expediente de jurisdicción voluntaria se declaran judicialmente únicos y universales herederos a los cuatro hijos nacidos del matrimonio con doña Edurne. En 1994 los siete hijos habidos de la convivencia con doña Maite, por notoriedad fueron declarados únicos y universales herederos de su progenitor, efectuando la partición hereditaria, segregando parte de una finca para enajenarla sucesivamente a la Diócesis de Canarias, y ésta a la COPE. Parece que el patrimonio inmobiliario del causante había sido adquirido en los años 1950 y 1958, es decir en situación de separado, y que la administración y gestión de tales bienes se hace exclusivamente por los miembros de la segunda familia del causante. En primera instancia los cuatro hijos de la primera unión reclaman que los inmuebles enajenados se incorporen al caudal relicto del causante y que se les declare a ellos como los únicos herederos de don Bartolomé; los demandados (es decir, los hijos nacidos de la segunda unión) solicitan que se declare que ellos son hijos legítimos del causante, que se declare el carácter ganancial de los bienes reclamados y que se declare que los once hijos del causante son los herederos del causante. La demanda se desestima íntegramente por el Juzgado de Primera Instancia, y corre la misma suerte el recurso de apelación interpuesta ante la Audiencia Provincial. El recurso de casación se estima con base en esta importante sentencia, la cual, al estimar el recurso de casación, estima los pedimentos de la demanda inicial.

NOTA.—Aunque las demandas de este tenor, a medida que pasa el tiempo, se van rarificando, la mayor longevidad experimentada últimamente por la sociedad española facilita que sigan interponiéndose sucesivamente con alguna frecuencia. Sociológicamente se observa la existencia de dos familias constituidas por el causante, sin aparentes contactos o conflictos jurídicos entre ellas hasta un momento bastante posterior al fallecimiento del causante (1976) pues la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se dicta en 1999, y hay que esperar a 2007 para resolver definitivamente el pleito. Nada se sabe de los bienes adquiridos durante el período 1927-1942, ni si se liquidó la sociedad de gananciales que probablemente rigió el matrimonio con doña Edurne; y el interés demostrado ahora por bienes adquiridos mientras formaba la segunda familia podría deberse a recientes revalorizaciones urbanísticas de los mismos. Sorprende también que don Bartolomé no otorgara testamento después de legalizar su segunda unión, conociendo la complejidad de su situación familiar. En cumplimiento de la sentencia extractada habrá que

efectuar ahora nueva partición hereditaria, exclusivamente entre los cuatro hijos, —o sus descendientes—, de la primera unión.

El Voto particular del Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz da por supuesto que no basta con que la sucesión se abra antes de entrar en vigor la CE de 1978 sino que las operaciones particionales de aquélla se hayan consumado con anterioridad a dicho momento. En cambio, la sentencia extractada puntualiza que el fenómeno sucesorio no puede fraccionarse y que basta con que se produzca la apertura de la sucesión para que se aplique la legislación anterior (aunque contradiga principios constitucionales hoy vigentes, apostillo). Pero ¿no podría averiguarse quién ha sido el responsable del retraso? ¿no se vendrían a crear discriminaciones injustificadas por la mayor o menor diligencia de alguno de los coherederos en instar el proceso sucesorio? Lo que parece evidente es que no puede aplicarse una retroactividad de grado máximo al principio de igualdad de los derechos sucesorios de los hijos, todo ello sin perjuicio de la extrañeza que supone utilizar hoy la terminología que usa la sentencia anotada. (G. G. C.)

85. Partición: donación a hija: bien colacionable: incongruencia omisiva.—La cuestión litigiosa queda centrada en casación en la determinación de si es o no colacionable en la herencia de la causante el inmueble donado por la madre de la demandada a ésta, fallecida el 18 de diciembre de 1985 mediante escritura de 9 de julio de 1965, donde se hace constar expresamente que la donación de la nuda propiedad se hace en concepto de pago y adelanto de los derechos de la hija donataria en la herencia de la madre donante en primer lugar y en pago de la legítima corta y en cuanto al exceso como mejora expresa con cargo sucesivo a los tercios de libre disposición y de mejora, declarando la donante reservarse, bienes bastantes a su decorosa subsistencia y no estimar inoficiosa la donación. Ha declarado la STS de 2 de febrero de 1998 que si se denuncia la incongruencia de la sentencia recurrida, ha de ponerse en relación el fallo de ésta con las peticiones de los escritos rectores del proceso para comprobar si concede más, o menos o algo distinto de lo pedido; si recae sobre un debate diferente del promovido por los litigantes; o si contiene puntos contradictorios entre sí, o está en discrepancia con los fundamentos de derecho constitutivos de su *ratio*, no con los que contienen meros *obiter dicta*. La sentencia recurrida, al estimar parcialmente la demanda, no incurre en incongruencia omisiva, sin perjuicio de no reproducir el texto utilizado en el suplico de la demanda, pues resuelve conceptualmente conforme a lo pedido, y ha habido ajuste o adecuación entre los términos en que las partes han deducido sus pretensiones y peticiones y la parte resolutiva de la resolución judicial.

Ausencia de motivación.—El Tribunal Constitucional ha establecido que la exigencia constitucional de motivación no impone ni una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate (STC 101/92, de 25 de junio), y que sólo una motivación que, por arbitraría, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 CE (STC 186/92, de 16 de noviembre); por otra parte, ha sentado que no se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada en todos los aspectos y

perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide (SSTS de 28 de enero de 1991 y, en igual sentido, SSTS de 12 de noviembre de 1990, 28 de octubre de 2005, 22 de marzo de 2006 y 17 de abril de 2007). Esta Sala no excluye una motivación escueta y concisa (STS de 5 de noviembre de 1992), y considera motivación suficiente que la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el Juzgador para llegar al resultado contenido en la parte dispositiva (STS de 15 f de febrero de 1989), o se expresen las razones de hecho y derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo. En el presente caso tiene motivación adecuada la sentencia de la Audiencia Provincial que, invocando el artículo 1035 CC, declara que se ha acreditado en los autos mediante la aportación de la escritura de donación, que la misma se produjo en concepto de *pago y adelanto de los derechos de la hija donataria en la herencia de la madre donante, en primer lugar en pago de la legítima corta y en cuanto al exceso de mejor expresa con cargo sucesivo a los tercios de libre disposición y de mejora*. En consecuencia, declara sujeto a colación el inmueble descrito en los autos, lo que se hará atendiendo al artículo 1045 CC. No cabe desestimar la colación con base en una falta de concreción del valor del bien al tiempo en que se realizó la colación, puesto que en el presente pleito sólo se solicita la declaración del carácter colacionable, siendo objeto de otro pleito la cuantificación de su valor.

Prescripción adquisitiva.—Aparte de que la recurrente no ha poseído en concepto de dueña la finca, sino de nuda propietaria hasta el fallecimiento de la donante en 1985, el instituto de la prescripción adquisitiva, como ha sentado la STS de 23 de junio de 1994, no puede apoyar el desequilibrio de los herederos forzados en punto a su derecho legitimario y por ello la colación, en orden al valor de los bienes al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, según el artículo 1045 CC, no ataña a la propiedad en sí misma considerada del bien inmueble como conforma dicho precepto en su segundo párrafo.

Doble concepto de colación: aquí se utiliza como operación contable previo a la partición.—La cuestión litigiosa que aquí se debate no viene referido al ejercicio de acciones en protección de las legítimas, sino a otro problema e institución distinta, cual es la obligación que en ciertos casos tienen los herederos de colacionar los bienes que hubieren recibido anticipadamente de su causante. La reducción de las obligaciones realizadas a título gratuito responde a la finalidad de salvaguardar el principio de intangibilidad de las legítimas, que garantiza el artículo 813 CC, y la colación tiene como finalidad procurar entre los herederos legitimarios la igualdad o proporcionalidad en sus percepciones, por presumirse que el causante no quiso la desigualdad de trato, de manera que la donación otorgada a uno de ellos se considera como anticipo de su futura cuota hereditaria.

Interpretación del artículo 1045 párrafo 1.º CC: momento de la evaluación.—Tanto desde un punto de vista finalista, como desde otro conceptualista, el párrafo 1.º del artículo 1045 CC permite una hermeneusis literal que no admite la mínima duda, y ello desde el instante mismo que es lógico y sobre todo justo que la frase *al tiempo que se evalúen los bienes hereditarios* significa que, en circunstancias normales, los bienes colacionables se habrán de valorar al surgir el dato de la partición, pero si por cualquier evento dicha partición —como es el caso— no ha podido ser hecha efectiva, la evaluación se deberá llevar a cabo en el momento de practicarla (SSTS de 20 de junio de 2005 y 22 de febrero de 2006). (STS de 18 de octubre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Román García Varela.]

HECHOS.—Doña Beatriz demanda a su hermana doña Montserrat para realizar la partición adicional necesaria en la herencia de su madre, doña Sara, fallecida el 18 de diciembre de 1985, colacionando la donación del inmueble recibido como donación mediante escritura de 9 de julio de 1965, y rindiendo cuentas desde aquel óbito. La demandada reconviño haciendo valer la prescripción adquisitiva del inmueble. El Juzgado de Primera Instancia desestimó ambas pretensiones, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente la demanda en lo relativo a la obligación de colacionar el inmueble donado. Durante el proceso, por fallecimiento de la actora le sustituyen sus dos hijas.

NOTA.—Supuesto típico en que la causante en vida dispone de la nuda propiedad, del bien probablemente más valioso de que entonces disponía, en beneficio de la hija que es casi seguro había recibido, o recibiría en adelante en su casa, a la madre. Al cabo de casi medio siglo de otorgarse la donación de la nuda propiedad, se condena a realizar una partición adicional de la que van a beneficiarse, en su caso, algunos nietos de la causante. ¿Por qué no se ordena, por economía procesal, llevar a cabo en ejecución de esta sentencia la partición adicional? En autos nada se dice del contenido de la inicial partición, al parecer, ya practicada. No parece improbable que, en el futuro, nietos y hasta biznietos de la causante sigan pleiteando.

Correcta la diferenciación de los dos sentidos de la colación. A propósito de la aquí contemplada, se nos dice por la actual doctrina que la *colación, aunque se practica entre legitimarios, prescinde de los derechos de éstos a una parte de los bienes del causante (legítima), y se limita a conseguir que como acto previo a la división del caudal relichto entre todos los herederos, se forme contablemente una masa en la que a los bienes existentes se añadan, hipotéticamente, los que el causante regaló a sus ascendientes y descendientes; como si no se les hubiera donado entonces y los obtuvieran ahora, integrando su cuota al partir el caudal; o bien, como si los hubieran recibido a modo de anticipo de lo que, con arreglo a su cuota sucesoria, les correspondería en la herencia* [Lacruz et alii, *Elementos*, 3.^a ed. (rev. y puesta al día por Rams Albesa), Madrid 2007, p. 142]. Solución ajustada a derecho pero, acaso, poco práctica para unos interesados, a medida que pasa el tiempo, más lejanos en su parentesco con la donante. (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

86. Contrato de distribución comercial. Dolo incidental.—Según reiteradísima doctrina de esta Sala el dolo abarca no sólo la maquinación directa sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada (S de 15 de junio de 1995, con cita de otras anteriores, y en términos muy similares SS de 23 de julio y 31 de diciembre de 1998), de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico (S de 19 de julio de 2006). En un

contrato de colaboración empresarial continuada, como es el de distribución, cada parte debe facilitar a la otra toda la información que, sin traspasar los límites del secreto empresarial digno de protección, propicie los mejores resultados para ambas partes, ya que lograr el máximo de ventas es un interés común a ambas partes contratantes. En el caso, no es incorrecta la calificación del dolo como incidental, pues el pacto de compras mínimas, pese a su indudable relevancia en el conjunto del contrato de distribución, no constituye su esencia, como prueba la persistencia de la relación jurídica entre las partes contratantes después de que la demandada-reconviniene supiera de la liquidación de sus existencias por la antigua distribuidora y la actora-reconvenida, hoy recurrente, conociera la importante diferencia entre las compras comprometidas por la nueva distribuidora y las reales durante los dos primeros años de los cinco para los que se contrató.

Novación modificativa del contrato.—Las sentencias de las dos instancias vienen a dar por probado que, una vez conocidos por la demandada-reconviniente los datos silenciados por la actora-reconvenida antes del contrato, se produjo una importante modificación de las condiciones de éste en forma de ventajas para la distribuidora. La significación jurídica de esos hechos probados no puede ser otra que la de una renegociación del contrato para adaptar sus condiciones al problema creado por la liquidación de existencias a bajo precio por la anterior distribuidora. Tuvo lugar, así, una verdadera novación modificativa del contrato que, manteniéndolo en lo esencial, lo adaptaba al estado de cosas creado por la actuación de la anterior distribuidora. Y como esta actuación podía haber sido prevista por la concedente, que por ello tenía que haber advertido a su nueva distribuidora, antes de contratar, de las importantes existencias en manos aún de la anterior, los términos de esa novación fueron todos ellos favorables a esa nueva distribuidora, que así, con estas nuevas condiciones, se dio por satisfecha para seguir vinculada al contrato, del mismo modo que la concedente prescindía de considerarlo incumplido por no haberse logrado ni por asomo las compras mínimas comprometidas por su nueva distribuidora. En suma, la conducta de ambos contratantes manteniendo su relación jurídica hasta que desaparecieron los efectos en el mercado de la actuación de la anterior distribuidora revela por sí sola que con la mencionada novación la nueva distribuidora daba por reparado el daño causado por el dolo incidental de la concedente al contratar y ésta, por su parte, toleraba el incumplimiento del pacto de compras mínimas para los años 1993 y 1994. Además, no puede apreciarse el incumplimiento del pacto de exclusiva declarado por el tribunal sentenciador a partir de tales hechos, por lo que la sentencia de instancia infringe los artículos 1257 y 1101 CC. Esa intromisión en modo alguno fue fomentada ni tolerada por la concedente por más que hubiera debido informar a la nueva distribuidora de las existencias almacenadas por la anterior, por lo que no cabe condenarla a una indemnización que fue compensada mediante las ventajas obtenidas por la nueva distribuidora como fruto de la renegociación del contrato inicial.

Indemnización por lucro cesante. Carga de la prueba.—No se puede estimar el motivo que pretende indemnización del daño por lucro cesante, pues el dolo incidental de la hoy recurrente habría impedido a la nueva distribuidora cumplir el pacto de compras mínimas, lo cual explica a su vez la recíproca tolerancia de ambas partes tras renegociar el contrato y hasta que se superaron los efectos de la liquidación de existencias a bajo precio por la anterior distribuidora. El motivo no puede estimarse ni siquiera si se entendiera limitado al incumplimiento del pacto de compras mínimas para 1995,

pues encubre una impugnación de la valoración de la prueba pericial por el tribunal sentenciador y, al mismo tiempo, elude la constante jurisprudencia de esta Sala que, sobre el lucro cesante, exige una demostración de su probabilidad según el curso normal de los acontecimientos (SS de 31 de mayo de 1983 y 16 de junio de 1993, entre otras), normalidad del todo ausente en el caso examinado por cuanto la anomalía derivada del importante volumen de existencias en manos de la distribuidora anterior se manifestó desde el comienzo mismo de la vida del contrato. (**STS de 11 de julio de 2007**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Con fecha 1 de abril de 1993, *Vinícola de Castilla, S.A.* celebró un contrato de distribución comercial de unos vinos con *J. Pecastaing, S.L.* Esa empresa incumplió una obligación de compras mínimas establecida en una cláusula contractual, al parecer debido a que un importante volumen del mismo producto se hallaba todavía a disposición de la anterior distribuidora y ésta procedió a su liquidación a bajo precio en la zona de exclusiva. *Vinícola de Castilla, S.A.* interpuso demanda contra *J. Pecastaing, S.L.* con la que solicitó la resolución del contrato e indemnización de daño, entre otros conceptos, por lucro cesante. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de El Puerto de Santa María dictó sentencia el 29 de marzo de 1999, en que estimó parcialmente la demanda. La sentencia declaró resuelto el contrato y condenó a la distribuidora a indemnizar el daño causado a la demandante y, a su vez, estimó la reconvenCIÓN formulada por la distribuidora al declarar que *Vinícola de Castilla, S.A.* había incurrido en dolo incidental al acordar la obligación de compras mínimas. Concedente y distribuidora interpusieron sendos recursos de apelación. Estimado parcialmente el recurso de *J. Pecastaing, S.L.* por medio de sentencia dictada el 4 de mayo de 2000 por la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz, al reducir la cuantía del daño a indemnizar por la demandada, el Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la concedente. Declarado resuelto el contrato por ambas sentencias de instancia, los motivos del recurso se destinan a combatir el importe de la indemnización del daño a percibir por *Vinícola de Castilla, S.A.* En síntesis, el Alto Tribunal declara que unas mejoras promocionales otorgadas por la concedente a favor de *J. Pecastaing, S.L.* con posterioridad a la celebración del contrato de distribución comercial (renuncia a una revisión de precios, entre otras) dieron lugar a una novación modificativa del contrato, circunstancia sobrevenida que hace decaer toda pretensión de la distribuidora basada en la concurrencia de dolo incidental o incumplimiento del pacto de exclusiva. (*J. M. B. S.*)

87. Contrato de concesión comercial. Indemnización por clientela.— Con carácter prioritario debe señalarse que la indemnización por clientela no es exclusiva del contrato de agencia y puede ser posible su apreciación, cuando se den las circunstancias oportunas, en otros contratos atípicos (SS de 9 de febrero y 20 de julio de 2006), y, entre ellos los de concesión o distribución, caracterizados por actuar el concesionario o distribuidor en nombre y por cuenta propia (SS de 17 de mayo de 1999, 31 de diciembre de 2001, 26 de

abril de 2002, 9 de febrero de 2004, 2 de diciembre de 2005, 10 de julio de 2006, entre otras), de modo que su objeto se circumscribe a la reventa de los productos del concedente (SS entre otras, de 26 de julio y 16 de diciembre de 2000, 5 de febrero de 2004, 26 de octubre, 2 y 16 de diciembre de 2005).

Distinción con respecto a la indemnización del daño.—No cabe confundir la indemnización de daños y perjuicios con la compensación por clientela, con independencia de que en algunas sentencias se haya incluido la indemnización de ésta en el global de aquélla. Las dos modalidades de satisfacción pecuniaria responden a fundamentos jurídicos distintos con perspectivas diferentes. La indemnización por daños y perjuicios (arts. 1101 y 1124 CC), aparte de la prueba del daño y del nexo causal, requiere un incumplimiento contractual doloso o culposo, o una resolución unilateral del contrato de duración indefinida sin preaviso, o un ejercicio abusivo o de mala fe de la facultad de desistimiento unilateral (SS entre otras, de 13 de junio de 2001, 26 de abril de 2004, 31 de mayo y 22 de diciembre de 2006, 22 de marzo de 2007). En cambio, la compensación por clientela tiene por fundamento el enriquecimiento del cedente por aprovechamiento sin remuneración de la clientela creada o aumentada sensiblemente por el distribuidor.

Enriquecimiento injustificado. Exclusión por pacto contractual.—El aprovechamiento por el empresario de la clientela creada por el distribuidor en su labor de tal, y por lo tanto por un esfuerzo ajeno, supone para el concedente un enriquecimiento injustificado, que por ello debe ser compensado en la medida adecuada. Reiterada doctrina de esta Sala aplica la doctrina del enriquecimiento injustificado, bien directamente (SS entre otras, de 22 de abril, 3 de mayo, 26 de julio, 3 de octubre, 13, 16 y 23 de diciembre de 2002, 13 de octubre de 2004, 21 de noviembre de 2005, 9 de febrero, 29 de septiembre y 27 de noviembre de 2006), bien como principio inspirador, o idea subyacente (S de 22 de marzo de 2007). El enriquecimiento es injustificado cuando la extinción del contrato no es atribuible a la voluntad o conducta del concesionario, por lo que se excluye la compensación pecuniaria cuando la ruptura del vínculo deriva del mutuo disenso, o del desistimiento unilateral del distribuidor por terminación de su actividad empresarial u otra circunstancia no imputable al concedente, o por resolución contractual a instancia del concedente por incumplimiento del concesionario o distribuidor (SS entre otras, de 15 de abril, 16 de mayo y 5 de julio de 2001, 27 de octubre, 16 y 29 de diciembre de 2005, 1 de febrero de 2006, 20 y 22 de marzo de 2007). La aplicación analógica del artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia se recoge en numerosas sentencias de esta Sala (SS de 15 de abril de 2001, 28 de enero, 26 de abril y 16 de diciembre de 2002, 26 de junio de 2003 y 21 de noviembre de 2005) y, en su caso, se circumscribe a la perspectiva de este precepto, pero no a la Ley en su integridad, que, como norma especial, concreta su ámbito al contrato de agencia. Por ello, aún cuando la indemnización por clientela es de aplicación imperativa para dicho contrato (art. 3.1) y, por consiguiente, no es renunciable en el contrato (S de 17 de enero de 2003), sin embargo tal imperatividad no es extensible a otros contratos distintos del de agencia (S de 26 de abril de 2004). Los contratos de concesión y distribución se regulan por el régimen pactado (arts. 1091 y 1255 CC; S de 2 de diciembre de 2005), siendo perfectamente válido el pacto contractual de exclusión de cualquier tipo de indemnización (SS entre otras, de 28 de enero de 2002, 5 de febrero, 18 de marzo y 26 de abril de 2004) porque no vulnera la ley, la moral, ni el orden público (S de 18 de marzo de 2002). (**STS de 20 de julio de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Extinguido un contrato de concesión comercial para la venta de automóviles, la concesionaria *Ángel Fuentes Guerra, S.A.* interpuso demanda con la que solicitó que se condenara a la concedente *Opel España de Automóviles, S.A.* al pago de más de 95 millones de pesetas en parte en concepto de indemnización por clientela. El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Zaragoza dictó sentencia el día 30 de julio de 1998, que estimó parcialmente la demanda pero declaró no haber lugar a indemnización por ese concepto, al considerarla no aplicable a supuestos de extinción del contrato por vencimiento del plazo. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza, por medio de sentencia de fecha 24 de junio de 2000, desestimó el recurso de apelación interpuesto por *Ángel Fuentes Guerra, S.A.* con base en el mismo fundamento. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación de la concesionaria por haber pactado las partes en el contrato de concesión la exclusión de toda indemnización como consecuencia de su vencimiento. (J. M. B. S.)

88. Crédito documentario. Responsabilidad contractual.—El crédito documentario es una figura atípica en el Ordenamiento jurídico español dentro de la cual se integra una pluralidad de negocios. Es un convenio en virtud del cual el banco emisor, obrando por la solicitud de su cliente, como ordenante del crédito, se obliga a hacer un pago a un tercero beneficiario, o a autorizar otro banco para que efectúe tal pago, pero siempre contra la entrega de los documentos exigidos, y cumpliendo rigurosamente los términos y condiciones de crédito (S de 16 de mayo de 1996). La doctrina jurisprudencial ha venido declarando con carácter general que las partes interesadas en el crédito documentario deben considerar los documentos y no las mercancías (SS de 30 de marzo de 1976 y 16 de mayo de 1996, entre otras), y se hace especial hincapié en que los Bancos deben examinar todos los documentos con razonable cuidado para cerciorarse de que, aparentemente, están de acuerdo con los términos y condiciones del crédito (SS de 30 de marzo de 1976, 14 de marzo de 1989, 11 de marzo de 1991, 23 de diciembre de 1996, 24 de enero de 2000 y 7 de abril de 2000, 17 de diciembre de 2002 y 11 de noviembre de 2005, entre otras). En el mismo sentido se manifiestan los artículos 4 y 15, párrafo primero, de la RRUU de 1983, añadiendo el párrafo segundo de dicho artículo 15 que «los documentos que aparentemente no concuerden entre sí serán considerados como que no presentan la apariencia de ser conformes con los términos y condiciones de crédito». Y este precepto debe ser interpretado en el sentido de comprender no sólo la contradicción sino también las deficiencias u omisiones relevantes, por ello el Banco emisor debe extender su «cuidado razonable» no sólo a que se le han aportado todos los documentos precisos sino también a que los mismos sean completos, siempre en atención al condicionado del crédito documentario, como exigen, entre otras, las SS de 8 de julio de 1957 y 30 de marzo de 1976. Es cierto que el contrato de crédito documentario es independiente del contrato de compraventa base o subyacente (SS de 5 de enero de 1942, 8 de julio de 1957, 14 de noviembre de 1989, 11 de marzo de 1991, 6 de abril de 1992, 17 de junio de 1994, 16 de mayo de 1996), sin participar en absoluto de las condiciones de los contratos que rigen la deuda (S de 27 de octubre de 1984), pero, en el caso, la pretensión de la actora no trata de sujetar al Banco emisor a las condiciones del contrato

subyacente, sino a las del condicionado del crédito documentario por las que se rige la obligación asumida por el Banco emisor, el cual debe responder de su negligencia (S de 5 de junio de 2001) cuando hace efectivo el pago sin haberse cumplido los requisitos de dicho condicionado. No se trata de que el citado Banco tenga que hacer una investigación, o cerciorarse de la realidad de lo sucedido, sino únicamente examen estricto de la documentación exigible y juicio comparativo con el condicionado de la operación crediticia. Es cierto que el Banco no debe responder de la inexactitud de los documentos (art. 17 RRUU), ni de la actuación de la entidad de control (S de 13 de diciembre de 2002), pero, en el caso, el problema radica en que el documento es incompleto, y no certifica la identificación de la mercancía tal y como exigía el repetido condicionado del crédito. Por lo tanto, el Banco emisor debió haberse negado a hacer efectivo el pago.

Compraventa mercantil. Entrega de la cosa.—«La puesta a disposición» a la que se refiere el precepto del artículo 339 del CCO significa que la posibilidad de hacerse cargo de la mercancía sólo depende de actos jurídicos o materiales del destinatario o adquirente. (**STS de 12 de julio de 2007**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La sociedad CSH celebra un contrato de compraventa de un abono mineral con FEE. Se estipula que dicho abono debe ser conforme a las normas de la CEE, pactándose que el pago se efectúe a través del crédito documentario. La compradora abre un crédito documentario a favor de FEE en una Caja de Ahorros. Se pacta el control de calidad conforme las normas de la CEE a cargo de la mercantil SGS. En octubre de 1986, la vendedora confirma la salida del buque y manda las copias del crédito documentario recibidas de la Caja de Ahorros a la SGS para que ésta pueda efectuar las certificaciones de puesta a disposición. En la fecha pactada la mercancía se encuentra depositada en el puerto de Valencia, pasados los controles de calidad y efectuado, en consecuencia, el pago por la Caja de Ahorros. El comprador no retira el abono del puerto debido a que éste no cumple con los requisitos de identificación establecidos en el contrato de compraventa. Las copias del crédito documentario facilitadas como material probatorio en el proceso por FEE difieren de las copias del mismo crédito presentadas por la compradora y demandante en el proceso (en las primeras falta la exacta identificación de la mercancía). Ambas instancias estiman la responsabilidad de la vendedora por el incumplimiento de las condiciones contractuales, desestimando a la vez la responsabilidad contractual de la Caja de Ahorros por la realización del pago a pesar de que uno de los certificados de control, exigidos para el cumplimiento de su obligación, fue defectuoso y la extracontractual contra la SGS. Interpuesto el recurso de casación por la demandante, el Tribunal Supremo estima la responsabilidad contractual de la Caja de Ahorros, desestimando la extracontractual de la SGS. (*M. L. K.*)

