

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 LXIII, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 2010

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2010

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

NIPO (BOE): 007-10-038-1
NIPO (M. de Justicia): 051-10-025-8
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

Diversidad y ciudadanía: una aproximación desde el pensamiento feminista

ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ

Catedrática de Derecho civil
Universidad Pablo de Olavide

RESUMEN

Partiendo de una noción de ciudadanía, que requiere del goce efectivo de los derechos que coloquen a las personas para participar en condiciones de igualdad y libertad en todos los ámbitos en los que se decide el destino de la sociedad, se aborda una de las cuestiones pendientes de resolver en la sociedad actual, la diversidad de categorías de personas o colectivos que desde su identidad no se reconocen en el patrón dominante del sujeto de derecho uniforme. La reflexión se hace desde la experiencia de las mujeres y los grupos feministas, que desde una posición de subordinación han luchado por la conquista de la ciudadanía y su construcción, y que ahora reclaman una aproximación diferente al ordenamiento jurídico que feminice el Derecho, a fin de superar el pensamiento dominante pretendidamente igualitario, que responde a una visión masculina del mundo. En el arco histórico que va desde la Revolución Francesa a nuestros días se señalan las distintas etapas en las que se ha desenvuelto la respuesta del Derecho a las reclamaciones de las mujeres: la adquisición del derecho al sufragio, la conquista de la igualdad formal y la aspiración a una igualdad real, en un proceso en el que las respuestas del ordenamiento se han ido modulando desde un planteamiento inicial de la uniformidad de las soluciones legales, pasando al tratamiento de las mujeres como colectivo desfavorecido, para asumir, en la fase en la que nos encontramos, la diversidad de género.

PALABRAS CLAVE

Ciudadanía, diversidad, mujeres, feminismos, género, feminización, igualdad formal, igualdad sustancial, acciones positivas.

ABSTRACT

Starting from a notion of citizenship defined through the efficiency of those rights that permit persons to take part, within a condition based on equality and freedom, to all the areas where the destination of society is decided, this paper deals with one of the unresolved questions of nowadays society, that is the diversity among categories or groups of persons that, starting from their identity, do not find themselves in the dominant guideline of the standard subject of law. This reflection is carried out from the experience of feminist women and groups, which are in a subordinated position, in spite of their fights for the conquest of citizenship and its construction, and which are now claiming for an approximation which differs from the juridical classification.

The aim is an approximation that feminizes Law, in order to overcome the dominant allegedly egalitarian way of thinking, and that replies to a masculine vision of the world. In the historical spectrum from the French Revolution to the present day, we can outline the different stages of development of the responses offered by Law to women's claims: the acquisition of the right of suffrage, the conquest of the formal equality and the aspiration to a real one, within a process in which the answers offered by Law have been modulated from an initial exposition of the uniformity of the legal solutions, going on to the treatment of women as a disadvantaged group, in order to assume, finally, in the phase of our investigation, the gender diversity.

KEYWORDS

Citizenship, diversity, women, feminism, gender, feminizing, formal equality, substantial equality, positive actions.

SUMARIO: 1. Una explicación.–2. El binomio igualdad-uniformidad: 2.1 La Igualdad excluyente. 2.2 El ideal burgués de mujer. 2.3 La ciudadanía cuestionada.–3. Un primer asalto a la uniformidad: el mal llamado sufragio universal: 3.1 La conquista masculina de la ciudadanía: la clase obrera. 3.2 La uniformidad que se resiente.–4. La conquista de la ciudadanía por las mujeres: 4.1 El sufragio femenino. 4.2 Las primeras experiencias de las mujeres en igualdad. 4.3 La conquista de la igualdad formal. 4.4 La igualdad en la familia. 4.5 Euforia por la igualdad conquistada.–5. La construcción de la ciudadanía de las mujeres: 5.1 De bruces contra la realidad. 5.2 La reivindicación de la diversidad. 5.3 Las transformaciones del feminismo. 5.4 La búsqueda de la igualdad real. 5.5 Las acciones positivas: De las cuotas a la democracia paritaria.–6. Ciudadanía y diversidad: 6.1 La dimensión de la diversidad. 6.2 La feminización del Derecho.

1. UNA EXPLICACIÓN

En este siglo recién comenzado la noción de ciudadanía ha cobrado una gran vitalidad, hasta el punto de convertirse en el concepto clave que concreta las aspiraciones de participar de manera real y efectiva en la toma de decisiones de aquellos grupos y colectivos tradicionalmente excluidos del poder. Se ha encontrado en este término una feliz síntesis de todos aquellos derechos que se deben reconocer a las personas para que puedan estar presentes en los diferentes ámbitos en los que se decide el destino de la comunidad. Esta *ciudadanía* tiene así una clara dimensión política, pues concierne al gobierno de los pueblos, y tiene mucho que ver con la construcción de la democracia como expresión de la soberanía que a todas y todos corresponde; democracia entendida según los parámetros de la experiencia histórica de la llamada cultura occidental, y que arranca, por lo que aquí interesa, de los cambios políticos operados como consecuencia de la Revolución Francesa.

Ahora bien, la noción de ciudadanía que hoy se maneja y que concita la atención de los movimientos sociales, no se corresponde con la idea burguesa que la anudaba casi en exclusiva al sufragio electoral activo y pasivo, y a un Estado débil, que se limitaba a ejercer casi en exclusiva las funciones ligadas a la soberanía. En la actualidad se ha superado esa visión estática para dotarla de un contenido más rico y dinámico, y sobre todo más real, al requerir del ejercicio efectivo de todos aquellos derechos que colocan a las personas en condiciones de libertad e igualdad a fin de ser sujetos activos en los ámbitos de relaciones en los que se construye el futuro de la comunidad. Hablamos entonces de la igualdad sustancial y de la libertad real de las personas, y también, y ello es imprescindible, del goce de los bienes materiales y espirituales que las emancipan y les dan autonomía. Desde esta perspectiva, la ciudadanía requiere de los derechos que tienen un perfil eminentemente político, pero también de aquellos que están llamados a satisfacer necesidades elementales de la persona, como la educación o el trabajo, y se identifica igualmente con bienes como la cultura o el ambiente. Y esta mudanza en la percepción de la ciudadanía ha requerido, como parece lógico, la transformación del modelo liberal burgués en una organización política más implicada con la construcción de esa ciudadanía y, por consiguiente, más concernida con la igualdad sustancial y la libertad real. Este es el cambio que se produce en el tránsito del Estado burgués al Estado Democrático y Social, que discurre desde la formalidad de la

declaración de los derechos a la esencialidad de su realización, cambio del que daremos cuenta en estas páginas. Un cambio en todo caso imperfecto o, más bien, inacabado, por la propia naturaleza del Estado Social, que no ha roto amarras con los postulados liberales; de ahí que debamos elaborar propuestas que superen el déficit democrático de una sociedad que aún sigue siendo excluyente. La ciudadanía no se tiene, sino que se adquiere, y requiere un proceso de construcción permanente.

Este proceso de construcción ha revelado también la parcialidad con la que se concibió al sujeto de derecho universal, y su insuficiencia para acoger en su seno a otras categorías de personas o a otros colectivos que, desde su identidad, no acaban de reconocerse plenamente en el *ciudadano único* modelado desde el origen de la democracia moderna. Entonces se entendió la igualdad como uniformidad, y ésta se convirtió en parámetro de la ciudadanía; una ciudadanía encarnada en el hombre burgués blanco, que terminó por monopolizar la ruptura revolucionaria y concitar en torno a él el poder político, económico y social. La conquista de esos espacios por parte de los que quedaron fuera ha sido y sigue siendo la lucha por el reconocimiento de sus derechos, como hemos dicho, pero también por la defensa de su diversidad, poniendo en valor una identidad propia forjada en la experiencia colectiva, que tiene sus raíces en el sexo, la etnia, la cultura o la religión, pero que se ha modelado en su relación con el poder establecido –político, social, económico o cultural– al que difícilmente han tenido acceso.

Se puede afirmar que una de las cuestiones llamadas a centrar el debate político del presente siglo es la asunción de la diversidad de la ciudadanía, manifestada en la multiplicidad de posiciones genéricas, cada una de las cuales aporta una visión de la realidad que le rodea, de los problemas que les son relevantes y de las medidas a tomar que difieren del patrón único en torno al cual se construyó el sujeto activo; y todo ello sin perder la aspiración colectiva de los valores de igualdad y libertad que deben ser compartidos. Ello es evidente también en Europa, donde la multiplicidad de situaciones personales y colectivas es una realidad, marcada por la cultura, la etnia, la religión, la procedencia geográfica, así como por el género.

Ante este reto, la experiencia de los movimientos de mujeres por la conquista de su ciudadanía y el pensamiento feminista constituyen un material de primer orden para elaborar las respuestas que requiere una sociedad compleja y plural, pues ambos evidencian con especial fuerza el impulso de la diversidad. Fueron ellas

en su lucha por la igualdad y la libertad las que pusieron de manifiesto la masculinidad del patrón de ciudadanía dominante, y la necesidad de su deconstrucción, para dar cabida a otra visión del mundo exterior, sus problemas y soluciones. Estamos hablando del movimiento social más importante del siglo xx en la cultura occidental, que aún no se ha asumido por la Academia en la dimensión que se merece, y del que se pueden extraer principios, nociones y estrategias que sirven para abordar la diversidad.

Esta diversidad a la que hacemos referencia se evidencia especialmente en lo que concierne a las mujeres, pues éstas no constituyen un colectivo que deba ser objeto de promoción y protección, sino que, por el contrario, integran, al menos, la mitad de la población, que fue excluida del pacto social que alumbró la república burguesa, y que aún padecen discriminación en todos los ámbitos de poder, siendo así que la causa de la situación de desventaja en la que se encuentran es el sexo y la construcción social del género que se ha hecho a partir del mismo.

Claro está que las mujeres no forman un grupo homogéneo y uniforme, ya que la clase social, la etnia, la cultura o la orientación sexual son sesgos importantes que modulan su posición en la sociedad, pero no se puede olvidar que el género acentúa la dimensión negativa que cada uno de estos aspectos y circunstancias pueda tener en las relaciones sociales. Por estas razones, a los movimientos de las mujeres y al pensamiento feminista le dedicaremos estas páginas con la finalidad de entender las claves ideológicas y conceptuales de la conquista de la ciudadanía desde la diversidad.

Queremos centrar esta exposición en la contemporaneidad, pues a la contemporaneidad pertenecen la igualdad o la libertad, nociones básicas, principios elementales que han marcado el sendero de la incorporación de las mujeres al mundo de las relaciones políticas, económicas, sociales y laborales. Antes, no cabe duda, las mujeres han estado presentes, pues han sido éstas junto a los hombres las que han construido la historia, las que han modelado la sociedad; sin embargo, solo cuando se fijan las bases conceptuales y filosóficas que permiten el desenvolvimiento de las relaciones sociales hacia parámetros de libertad e igualdad, podemos plantearnos su equiparación a los varones como una conquista política y como una conquista jurídica¹.

¹ Como nos dice Celia Amorós, el feminismo tiene sus referentes teóricos propios que se remontan a la Ilustración y son claramente identificables, «Teoría feminista y movimientos feministas», Celia AMORÓS y Ana DE MIGUEL, *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, T. 1. *De la Ilustración al segundo sexo*, Madrid, 2005, p. 27.

Y lo la haremos desde el Derecho, entendido éste como la expresión de la soberanía popular en las sociedades democráticas, pues es a través del mismo como se imponen las reglas que han de regir la convivencia en la sociedad, se reconocen y otorgan derechos y se fijan los cauces de participación de la ciudadanía en la toma de decisiones que afectan a todas y todos. Además, mediante el mismo, se consolidan las transformaciones que se impulsan desde los centros de poder político, social o económico. Ahora bien, cuando hablamos de Derecho, estamos tratando de valores y de principios consagrados en las Constituciones y que han de regir e informar el conjunto del ordenamiento y la actuación de los poderes públicos. Desde esta perspectiva, debemos afirmar que la relación de las mujeres con el Derecho se desenvuelve en el plano de los valores constitucionales, pues ha sido el impulso de los textos fundamentales el que ha ido modificando una normativa que les impedía el pleno disfrute de los derechos que como personas y como ciudadanas les correspondían. Una relación, ésta de las mujeres y el Derecho, no exenta de tensiones y con resultados muy desiguales para aquellas, y que aún se nos antoja inacabada.

Como telón de fondo de esta dialéctica está la construcción de la democracia como modelo político de participación de todas las ciudadanas y todos los ciudadanos: la historia más reciente de las mujeres es la historia de la democracia, y el futuro de las mujeres está ligado necesariamente al futuro de la democracia; una democracia que ha de desarrollarse, hacerse efectiva y ser más participativa, si queremos alcanzar las cotas de reconocimiento que a ellas corresponden².

Finalmente, debemos precisar que la presente exposición estará más apegada al proceso de adquisición de la ciudadanía en la Europa continental, en la que se inserta el modelo español. Si bien el movimiento feminista anglosajón ha tenido una indudable importancia en la consecución de los derechos para las mujeres y en la formación del pensamiento feminista y, aún hoy, es innegable su influencia, no se puede desconocer que las claves en las que se mueven desde el punto de vista jurídico son diferentes, como distintos son los marcos constitucionales de los países más representativos de *Common Law*: Reino Unido y EEUU.

² El feminismo y la democracia nacieron de un mismo parto y ahora que la democracia se encuentra en una situación tan difícil en algunos ámbitos por la intransigencia y en otros por la indiferencia, la posición de las mujeres es el test definitivo de la democracia, Luz Stella LEÓN HERNÁNDEZ y Celia AMORÓS PUENTE, «El feminismo filosófico en España: entrevista a Celia AMORÓS», ISEGORÍA, *Revista de Filosofía Moral y Política*, n.º 28, enero-junio, 2008, p. 202.

2. EL BINOMIO IGUALDAD-UNIFORMIDAD

2.1 La Igualdad excluyente

Cuando se formulan los Derechos del Hombre y del Ciudadano se modela un tipo de sociedad que pretende pivotar en torno a dos grandes principios o derechos: la igualdad de todos los hombres, y la libertad como impulsora de la conducta individual y colectiva; con ellos también estaba la fraternidad, pero su formulación queda desde el principio en el limbo de los valores. Asimismo se consagra un Estado mínimo que, fiel a la regla *laissez faire, laissez passer*, deja a los impulsos de los individuos la conformación de las relaciones sociales, con lo que éstas se encauzan a la satisfacción de los intereses de los más fuertes.

En los fundamentos filosóficos de la ilustración que propician el gran cambio, el salto revolucionario, no estaban las mujeres como sujetos de derecho; animal doméstico las calificaba Kant³. Como tampoco fueron tenidas en cuenta en el *Pacto Político* que está en el origen de la formulación de los principios del nuevo régimen⁴. Sí estuvieron en el proceso revolucionario con un papel muy activo en los movimientos sociales que arrasaron con los

³ Afirma Victoria CAMPS: «Kant, con su universalismo moral a cuestas, no tiene reparos en afirmar que las mujeres solo son capaces de entender el lenguaje de la belleza, pero son negadas para la ley y para la justicia. Rousseau pone en el centro de su democracia la voluntad general, pero diseña una forma de educar para hombres y otra para mujeres porque los unos y los otros no están hechos para lo mismo», *El siglo de las mujeres*, Madrid 1998, p. 30. Para Carole PATEMAN, el contrato original constituye, a la vez, la libertad y la dominación. La libertad de los varones y la sujeción de las mujeres se crea a través del contrato original, y el carácter de la libertad civil no se puede entender sin la mitad despreciada de la historia, lo cual revela cómo el derecho patriarcal de los hombres sobre las mujeres se establece a partir del contrato, *El contrato sexual*, Madrid, 1995, pp. 10 y 11. Por su parte, Cinta CANTERLA afirma que «Debido precisamente a la pretendida incapacidad (entendida más adelante como jurídica) de las mujeres para haber llevado a cabo el contrato social originario, se la excluirá del *corpus* político, argumentando que la mujer no pudo tomar racionalmente la decisión moral que origina el derecho de ciudadanía, deteniéndola así a medio camino entre el estado de naturaleza y el de ciudadanía», «Lenguaje y poder en el siglo XVIII: la voz pública y la polémica de los sexos», *Debate y Perspectivas*, n.º 3 (2003) p. 176. En el pensamiento de Rousseau, la mujer no es sujeto del contrato social ni participa en la constitución de la voluntad general, CRISTINA MOLINA, «Genealogía de la vindicación», Elena BELTRÁN y Virginia MAQUIEIRA (eds.) *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, 2001, pp. 20 ss.

⁴ Lo importante del «Pacto» no es el contenido de lo en él establecido, sino el reconocimiento y pertenencia que el mismo construye. El pacto está reconociendo a los iguales, a los sujetos con igual poder y autoridad para decidir sobre asuntos políticos. El pacto está construyendo un concepto de comunidad política y está mostrando a los individuos que la integran y a quienes quedan excluidos de ella... El pacto es ilegítimo como pacto universal de reconocimiento de todos, porque todos no son los hombres, una parte del grupo social, sino que todos son las mujeres y los hombres, ANA RUBIO CASTRO, «Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política», Ana RUBIO y Joaquín HERRERA (coord.), *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2006, pp. 28 y 29.

vestigios del antiguo régimen. Su participación no estaba motivada por reivindicaciones típicamente feministas, pues su irrupción en el nuevo escenario social estuvo motivada por las condiciones de pobreza en que vivían, nos referimos a las mujeres populares que se lanzaron a la calle en busca de los bienes más elementales con los que cumplir las funciones que como madres o esposas o compañeras tenían asignadas. Pero en ese proceso también estuvieron las mujeres burguesas, que se organizaron en clubes al estilo de los hombres, en los que se debatían las ideas revolucionarias⁵, siendo así que muchas de ellas adquirieron conciencia de su situación y enarbolaron la bandera de la igualdad, irrumpiendo en la vida política de la que fueron expulsadas⁶; incluso, se presentó una propuesta sobre los Derechos de la Mujer en una clara contestación al catálogo de los hombres⁷. Ahora bien, la presencia de las mujeres no ha sido convenientemente resaltada por la historiografía oficial durante mucho tiempo, sobre todo las que pertenecían a las clases populares, que fueron incluso denostadas con acusaciones de crueldad y virulencia de su comportamiento en las movilizaciones sociales⁸, y para ello nada mejor que la estam-

⁵ Fueron numerosos los clubes femeninos, entre los cuales procede destacar el club des *Républicaines révolutionnaires*, el club des *Amazones nationales*, el club des *Domes patriotiques*, el club des *Domes citoyennes* y el club des *Domes de la Fraternité* y el club des *Amies de la Loi* fundado en 1790 por la belga Théroigne de Méricourt.

⁶ De ello nos da cuenta José SÁZBÓN en su edición de los textos de cuatro mujeres de la Revolución: Olympe de Gouges, Etta Palm, Théroigne de Méricourt y Claire de Combe, que acompaña con un estudio preliminar, *Cuatro mujeres en la Revolución Francesa*, trad. Jose Emilio BRUCÍA y Nicolás KWIATLOWSKI, Buenos Aires, 2007. La filosofía de la Ilustración ofrece un arsenal de armas intelectuales a la causa feminista: Olympe DE GOUGES, Mary WOLLSTONECRAFT basa su *A Vindication of the Rights of Women* (1792), en las ideas de la Ilustración y la Revolución Francesa. Por su parte, Elisabeth G. Sledziewski resalta como la Revolución Francesa es el momento histórico del descubrimiento, por parte de la civilización occidental, de que las mujeres pueden ocupar un lugar en la ciudad. Ni la Ilustración europea ni la revolución norteamericana, han tenido ocasión de politizar de esta manera la vieja cuestión de las mujeres, y descubrir al mismo tiempo que no concernía a las mujeres. ... Este cuestionamiento revolucionario sobre el lugar de las mujeres no ha culminado necesariamente, ni mucho menos, en soluciones revolucionarias. Descubrir que las mujeres pueden tener un lugar no significa dárselo, «Revolución Francesa. El Giro», Georges DUBY y Michelle PERROT, *Historia de las mujeres*, T. 4, *El siglo XIX* (1990), 2ª ed., Madrid, 2001, p. 54.

⁷ La Declaración se inicia con una pregunta: Hombre, ¿eres capaz de ser justo? Una mujer te hace esta pregunta; por lo menos no le privarás ese derecho. Dime, ¿qué te da imperio soberano para oprimir a mi sexo? ¿Tu fuerza? ¿Tus talentos? Observa al Creador en su sabiduría, observa en toda su grandiosidad esa naturaleza con la cual parece que quieres estar en armonía, y dame, si te atreves, un ejemplo de su imperio tiránico. En la misma pide el derecho al voto, a la propiedad, iguales derechos en la familia...

⁸ Desde el principio las circunstancias no fueron favorables a las mujeres: En octubre de 1793, los jacobinos declararon ilegales todos los clubes y asociaciones creados por éstas. Aprovechando el conflicto entre la Sociedad de Mujeres Republicanas Revolucionarias y algunas vendedoras parisinas por el tema de la escarapela revolucionaria, un representante del Comité de la Seguridad General declaró que, «en general, las mujeres están poco capacitadas para los pensamientos elevados y la meditación sería... Creemos, por tanto, que una mujer no debería dejar a su familia para meterse en asuntos de gobierno».

pa de las *tricoteuses* asistiendo al espectáculo de las guillotinas⁹. Y ésta es una de las claves de su exclusión, su invisibilidad en aquellos acontecimientos que han marcado el destino de la sociedad, que se han presentado como hazañas masculinas, con lo que solo los hombres han aprovechado sus beneficios. Una actitud que durante mucho tiempo se ha visto favorecida por el positivismo histórico, centrado en las fuentes formales de conocimiento, y que solo ha podido ser superada cuando a partir de los años cincuenta del siglo pasado, y por impulso de la escuela de los Annales, se inicia la historia social, que llevará a reparar en las mujeres y también en la familia como constructoras de las sociedades pasadas. Pero esto solo ocurrirá en los años ochenta, en los que se empieza a tener conocimiento del papel desempeñado por aquellas, sus condiciones de vida, su posición en la sociedad y en la familia, y su participación en los distintos ámbitos por los que discurren las relaciones personales, económicas, políticas y sociales¹⁰. Es pues el escamoteo, en este caso de las mujeres, una de las estrategias de la dominación y exclusión.

Como se ha dicho, durante las décadas finales del siglo XVIII, las mujeres aparecieron en la escena política con el ánimo de protagonizar en calidad de ciudadanas los acontecimientos que ocurrían sin conseguir nada, ni siquiera que los principios revolucionarios se les aplicarán¹¹.

La voluntad de cambio que había dirigido el proceso revolucionario de la Francia de finales del siglo XVIII se había expresado,

Pasadas dos semanas, a todas las delegaciones de mujeres se les negó la entrada para asistir a las sesiones de la Comuna de París: «Es horrible, es contrario a todas las leyes de la naturaleza al que la mujer quiera convertirse en hombre», Bonny S. ANDERSON y Judith P. ZINSSER, *Historia de las mujeres: Una historia propia*, vol. II, Traducción Beatriz Villacañas, Barcelona, 1991, pp. 324 y 325. Entonces las escarapelas eran un símbolo de la ciudadanía de la que carecían las mujeres. Por tal motivo se pide que se les obligue a llevarla, siendo aprobada tal solicitud por la Convención el 23 de septiembre de 1793; ello produce una gran agitación, pues este paso adelante se ve por los hombres como una amenaza futura de adquirir el derecho al voto, Dominique GODINEAU, «Hijas de la libertad y ciudadanas revolucionarias», Georges DUBY y Michelle PERROT, *Historia de las mujeres*. T. 4. *El siglo XIX*, cit., pp. 45 y 46.

⁹ «Son las mujeres las principales agitadoras, las cuales, contagiando su frenesí al espíritu de los hombres, los inflaman con sus opiniones sediciosas y provocan en ellos una violencia sin límites», observa un policía durante la insurrección de 1795. Pero si bien las mujeres están allí para vigilar y, llegado el caso, reanimar el ardor de los hombres, son éstos quienes, gracias a sus armas, dirigen los acontecimientos». Dominique GODINEAU, «*Hijas de la libertad y ciudadanas revolucionarias*», cit., p. 35.

¹⁰ Como veremos, es a partir de los años ochenta del siglo XX cuando se empieza a elaborar la historia de las mujeres en lo que tuvo mucho que ver el feminismo académico. Una interesante exposición sobre España, María José y Pedro VOLTES, *Madres y niños en la historia de España*, Barcelona, 1989.

¹¹ Rosa María Capel, de quien es la cita, añade que de Olimpe de Gouges, cuando fue guillotizada se afirmó que finalmente había conseguido la igualdad al subir al patíbulo. «El sagrado derecho de votar», Isabel MORANT (dir.), *Historia de las mujeres en España y América Latina*, T. IV, Madrid, 2006, pp. 77 y 78.

quizás, en las palabras más bellas jamás pronunciadas: libertad e igualdad. Una voluntad de cambio, sin embargo, que termina conjurándose al afianzarse la hegemonía de la clase burguesa; y a partir de ahí, a partir de ese momento, las palabras empiezan a tener otro significado, empiezan a manifestar otro alcance.

Y es que los nuevos aires de libertad e igualdad que trajo la revolución se conjuran cuando la clase burguesa triunfante asume su papel hegemónico en una sociedad a la que, definitivamente, termina por construir con parámetros de desigualdad y asimetría. Pues desiguales son los poseedores y los desposeídos. Y también desiguales son los hombres y las mujeres¹². Una sociedad, donde la propiedad individual y el capital industrial conformaron los pilares de la economía moderna, que se rige por las reglas de la iniciativa privada como expresión paradigmática de un concepto de libertad, que si bien lideró el cambio político y social, pronto se concretó en su dimensión económica, dejando muchas víctimas en el camino porque eran necesarias para la construcción del nuevo modelo. Es así que el Derecho que nace de la revolución termina consolidando el orden burgués, y para ello asienta y da firmeza a las instituciones de Derecho privado que se consideran básicas para su permanencia: la propiedad, el contrato y la familia matrimonial¹³ que asegurara la transmisión de los bienes¹⁴. Lo demás, se deja al libre juego

¹² Al respecto afirma Geneviève FRAISSE, que cuando se impone la lógica universalizadora de la democracia, la excepción constituirá un problema, porque, de acuerdo con la misma, no es asimilable a título de tal, *Musa de la Razón*, Madrid 1991, pp. 115 ss.

¹³ Se inicia, no obstante, el proceso de laicización de la familia, imprescindible para afrontar las transformaciones que exigían los cambios sociales, entre los que se encuentran los protagonizados por las mujeres. Y ello se llevó a cabo mediante la aprobación de leyes que transfirieron el control del matrimonio desde la Iglesia al Estado: En el Imperio de los Habsburgo se operó en 1784, incorporándose en 1794 esta regulación al código prusiano, y en 1811 al austriaco; en Francia se implantó definitivamente el matrimonio civil en 1792; en 1836 el Parlamento británico aprobó la Ley de matrimonio civil; en Portugal se impuso en 1867; en Alemania en 1875; en España fue por una Ley de 1876 que, como es sabido, tuvo una corta vida pues fue abolida por la Restauración. Este cambio permitirá una nueva andadura en la transformación del matrimonio y la familia, sin embargo, no se puede desconocer la influencia que las religiones seguirán ejerciendo sobre la familia y, de manera más incisiva, en el papel a desempeñar por las mujeres. Al respecto, François Lebrun y André Burgiére ponen de relieve la influencia que sobre la familia tienen las autoridades religiosas y civiles, insistiendo especialmente en las reglas católicas y protestantes, «El cura, el príncipe y la familia», André BURGIERÈRE, Kristiane KLAPISCH-ZUBER, Martine SEGALÉN y Françoise ZONABEN (eds.), *Historia de la familia*, 2 (1986), Madrid, 1988, pp. 97 ss. Reparando en la Europa del siglo XIX, Lloyd BONFIELD nos da cuenta de la presión que las diferentes confesiones protestantes y la Iglesia Católica ejercieron sobre los gobiernos para evitar que se implantara el matrimonio civil y el divorcio, «La familia en la legislación europea», en David KERTZER y Marzio BARBAGLI (eds.), *Historia de la familia europea. V.2 La vida familiar desde la Revolución Francesa hasta la Primera Guerra Mundial (1789-1919)*, (2002), Barcelona, 2003, pp. 181 ss. Por su parte, Loftur GUTTORMSSON relata como «En la mayoría de los casos la Iglesia continuó supervisando la enseñanza escolar y controlando la educación en el hogar. Allí donde las escuelas desempeñaban un papel prácticamente irrelevante, los párvulos aparecían a los ojos de los padres y los hijos como la principal autoridad educativa», en «Las relaciones paternofiliales», en la obra anterior, p. 377; y en la misma obra, Josef EHMER, «El matrimonio», p. 414.

¹⁴ Como forma elemental de la vida popular, la familia ha sido el modo prevaleciente de acumulación inicial y de capitalismo del siglo XIX. La historia de las empresas es ante

de los actores económicos y sociales, es decir, a las relaciones de dominación que los más fuertes imponen a los débiles, sin que nadie acuda en auxilio de estos últimos, pues la situación está legitimada por la igualdad formal. Nace así, como vemos, un Derecho con pocas trabas, que permite el desenvolvimiento de las relaciones a impulsos de los intereses individuales de la clase dominante. En consecuencia, un Derecho muy alejado de cualquier preocupación por la igualdad sustancial.

Con un texto constitucional carente de eficacia directa, son los Códigos y, más en concreto los Códigos civiles, los que se convierten en el instrumento normativo para consolidar la transformación social que había operado esta clase burguesa.

Desde esta perspectiva se consagró la igualdad formal: entendida esta igualdad como la superación del particularismo jurídico que había dominado las relaciones en el Antiguo Régimen; por ello la igualdad se identifica ahora con uniformidad del ordenamiento en torno a un solo ciudadano¹⁵: un ciudadano que quedó identificado con el hombre burgués de raza blanca, pues es éste el que desde su posición de preeminencia política, social y económica, se encuentra en condiciones de encarnar en toda su dimensión el sujeto de derecho que nace tras la Revolución. Los demás, aquellos y aquellas a los que el cambio social no había alcanzado, ni se les permitió alcanzarlo, no tuvieron la oportunidad de asumir un protagonismo en el nuevo orden jurídico que se consagró; y entre éstos están los desposeídos, y también las mujeres. Estamos en el tiempo del voto censitario, un tiempo en el que la participación política se reserva a unos pocos hombres, que dirigen desde su preeminencia social y económica el ámbito de lo público y también de lo privado: la ciudadanía solo tiene un rostro, las del hombre propietario en cuyas manos se deposita el destino de la sociedad.

2.2 El ideal burgués de mujer

A las mujeres, que no han superado su dependencia del círculo familiar¹⁶, se las identifica en exceso con el papel de hija,

todo una «historia familiar»: Incluye sus matrimonios y sus duelos, sus prosperidades y sus accidentes. La familia nuclear demostró haberse adaptado bien al despegue industrial, Michelle PERROT, «Funciones de la familia», Philippe ARIÈS y Georges DUBY (dirs), *Historia de la vida privada*, T. 4, *De la Revolución Francesa a la Primera Guerra Mundial*, Madrid, 2001, p. 120.

¹⁵ Interesante reflexión sobre la construcción del sujeto en Celia AMORÓS, *Tiempo de feminismo*, Madrid 1997, pp. 19 ss.

¹⁶ En los primeros años tras la Revolución se diseñó en Francia un Derecho de familia más acorde con los ideales de libertad e igualdad, al admitirse el divorcio por mutuo disenso, equiparse los hijos legítimos y naturales, reconocerse a la mujer la titularidad de la patria potestad y su autonomía con la supresión de la autoridad marital, Jean HAUSER y

madre y esposa, en un modelo familiar cuyas relaciones se conciben desde la desigualdad: las que se establecen entre el marido y la mujer; las que surgen con los hijos y las hijas. Unas relaciones de desigualdad y también de sumisión y dependencia¹⁷. En todo caso, la mujer fue contemplada como mano de obra de escasa cualificación y menor salario, dados los requerimientos ingentes de trabajadores en una tan explosiva como exitosa revolución industrial. En consecuencia, su acceso en condiciones de igualdad a los ámbitos económicos y sociales se lo impidieron, primero los padres; después, tras el matrimonio, los maridos, que limitaban a las mujeres la posibilidad de asumir por sí sola la condición de sujeto de derechos en el mundo exterior, aquel que discurría al margen de las relaciones familiares; y, por último, el patrón, que obligó a una paupérrima salarización femenina utilizando la necesidad de las mujeres para com-

Danièle HUET-WEILER, *La famille. Fondation et vie de la famille*, en Jacques GHESTIN, *Traité de Droit civil*, 2ª ed., Paris, 1993, p. 208. La situación empeoró notablemente con la elaboración del Code, cuya nueva filosofía se expresa nitidamente en el art. 213 que agrupa a la familia en torno a la autoridad del marido, al que denomina «chef de famille», también se establece la necesidad de consentimiento paterno al matrimonio de los hijos mayores de edad y menores de 25 años, en el varón, y 21 en la mujer, art. 151 Code, HENRI y Léon MAZEAUD y Jean MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil*, parte primera, v. III, «La familia. Constitución de la familia», trad. Luis ALACALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Buenos Aires, 1959, pp. 34 y 129. En palabras de Napoleón: «El marido debe poder decir a su mujer: señora, usted me pertenece en cuerpo y alma; señora, usted no sale; señora, usted no irá a la Comédie; señora, usted no verá a tal o cual «persona», lo que da una idea del espíritu que inspiraba la regla de gobierno en la familia, BESSONE, ALPA, D'ANGELO y FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, 2 ed., Bologna, 1980, p. 11. El código italiano de 1865, por su parte, reserva al marido, jefe de familia, una posición de plena supremacía sobre la mujer (arts. 130-132) y los hijos (arts. 220 ss), en Gilda FERRANDO, *Trattato de Diritto civile e Commerciale* de Cicu-Messineo, continuado por MENGONI, V, t.1, Milano, 2002, p. 42. El Código portugués de Seabra dispone en el art. 1185 que «Al marido incumbe especialmente la obligación de proteger y defender a la persona y bienes de la mujer; y a ésta la de obedecer al marido», en Jose AUGUSTO DO NACIMIENTO, *Lições de Direito civil. Relações de família e sucessões*, Coimbra, 1931, p. 186. Exponente de esta filosofía es también el parágrafo 1354 BGB: «Al marido corresponde la decisión en todos los asuntos concernientes a la vida matrimonial común; especialmente determina el lugar de residencia y la vivienda. La mujer no está obligada a obedecer la decisión del marido, si dicha decisión se presenta como abuso de derecho», Traducción de Carlos Melón Infante, Barcelona, 1955. En España, el artículo 57 CC en su redacción originaria dice «El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido».

¹⁷ No obstante, se ha alertado sobre una visión excesivamente simplista de la mujer en la familia y en la historia: «En el proceso historiográfico de los últimos veinte años, que ha marcado la evolución de dos disciplinas nuevas como son la historia de las mujeres y la historia de la familia, han quedado arrinconadas muchas cosas y, entre otras, dos de extraordinaria importancia: la identificación mecánica entre mujer, familia y matrimonio y la visión victimista de la presencia femenina en la historia» López CORDÓN, M.ª Victoria y CARBONELL ESTELLER, Monserrat, en la obra de la que son editoras, *Historia de la familia, una nueva perspectiva sobre la sociedad europea*, Murcia, 1997, pp. 17 y 18. Y efecto, no se puede mantener una visión excesivamente simplista de la historia de las mujeres ligada a la familia, como tampoco se puede desconocer la influencia que ésta última ha tenido en la situación de aquellas, muy condicionada por su subordinación al padre o marido.

plementar los ingresos familiares, estableciendo desde el principio claras diferencias salariales.

Pero sobre todo, como se ha dicho, el gran peso que se cierne sobre las mujeres es su identificación casi en exclusiva con el mundo de lo privado, del hogar familiar, de la economía doméstica, que se acentúa en la familia burguesa¹⁸. Con una nítida separación del espacio público del privado, reservado este último a la familia, se aisló a ésta en el ámbito de lo doméstico con un claro reparto de los roles, entre el marido y la mujer, entre las generaciones, y entre los hijos y las hijas¹⁹. En ese tiempo se elaboran las nociones que conceptualizan los comportamientos familiares, como la respetabilidad o la corrección; unas nociones que expresan el ideal burgués de lo que está bien o está mal, pero sobre todo se consagra la diferenciación de los roles del hombre y la mujer con una nitidez que no había tenido en otro momento histórico: a la mujer definitivamente se le recluye en el hogar familiar²⁰. Así se forja el modelo de familia conyugal tendencialmente estable y se consagra la idea de la domesticidad o de lo doméstico para identificar el espacio priva-

¹⁸ Debemos tener en cuenta que la herencia más reciente de la posición de la mujer en la familia corresponde al ideario burgués, tal como nos indica Goody: «La segunda mitad del siglo XIX conoció la gradual expansión del rechazo a las «esposas trabajadoras», un sentimiento que, presente antes en la aristocracia, fue adoptado por la alta burguesía a comienzos del siglo XVIII y más tarde por los elementos más altos de la clase trabajadora... Esto condujo a poner el acento en la «maternidad moral», en la que el cuidado de los hijos y las tareas de la casa eran las funciones más valiosas y las que más realizaban las mujeres», *La familia europea*, Barcelona, 2001, p. 165. Una exposición sobre las funciones de la familia, ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Otras miradas sobre la familia. Las familias y sus funciones», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, II, Murcia, 2004, pp. 4915 ss.

¹⁹ Arlette Farge en un sugerente trabajo pone de manifiesto el proceso de privatización y cerramiento de la familia, afirmando al respecto que los terrenos privado y público adquieren una existencia propia porque son «nombrados» por la ley. El hombre, esta vez solo, patentiza el vínculo civil y autoritario de los mismos. «Familias. El honor y el secreto», Philippe ARIÉS y Georges DUBY, *Historia de la vida privada. 3 Del Renacimiento a la Ilustración* (1985), Madrid, 1989, p. 616. Como afirma Carole Pateman, la dicotomía entre lo privado y lo público ocupa un papel central en los casi dos siglos de textos y de lucha política feminista. Pese a que para algunas feministas tal dicotomía es una característica universal, transhistórica y transcultural, la crítica feminista se refiere, básicamente, a la separación y oposición entre las esferas pública y privada en la teoría y en la práctica liberal, «Críticas feministas a la dicotomía público/privado», en Carme CASTELL (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, cit., p. 31.

²⁰ Hasta la revolución industrial, los espacios dedicados a las actividades económicas constituían una prolongación de la vivienda, de tal manera que las mujeres podían compatibilizar su dedicación a la familia con su participación en las economías doméstica; lo podemos comprobar en el mundo campesino, también en el comercio, en el que generalmente la zona dedicada al hogar se situaba en el piso superior del negocio, en parecidos términos entre los artesanos. Cuando la actividad industrial requiere la concentración en fábricas de la producción en cadena de manufacturas, el espacio del trabajo se separa de la vivienda, y ésta se cierra sobre sí misma con las mujeres adentro. Sobre la influencia que la separación de la familia de la actividad productiva tuvo en la posición de la mujer, en Harris, *familia y sociedad industrial* (Londres, 1983), Madrid, 1986, pp. 99 ss.

do en el que se desarrolla la vida familiar ²¹, ahora ya definitivamente separada de los ámbitos públicos, en los que se ejercen las actividades productivas, políticas o sociales –en la construcción de esa privacidad tiene mucho que ver el diseño de las ciudades, que se articulan en torno a la separación del ámbito doméstico del trabajo productivo y los centros de poder.

Un modelo que se fue extendiendo a todas las capas sociales. Como nos revela Mary Yo Maynes: «Una vez que quedaron establecidos los nuevos conceptos de domesticidad en la clase media ilustrada, se llevaron a cabo esfuerzos (siempre impugnados) para verlos reflejados y difundidos a través de proyectos filantrópicos laicos y religiosos, escuelas públicas y privadas o el servicio doméstico; tanto como mediante la literatura, las artes y, cada vez más, la cultura del consumo»²². Los medios a través de los cuales se ha conseguido y perpetuado esta discriminación han sido muy variados, frutos todos de la construcción de un ideario de la desigualdad²³.

Una familia, la burguesa, sin duda muy diferente a las uniones de la clase trabajadora, en las que la ilegitimidad estaba más extendida, y en las que las mujeres desempeñaban una actividad laboral que no les permitía una dedicación preferente a las tareas domésticas, y también a los hijos, que con frecuencia también trabajaban desde una edad muy temprana; unos hijos muy distintos a los de

²¹ El modo de vida es exclusivamente privado, el marco ideal de la dicha es el círculo familiar, y el medio para adquirir semejante dicha es la buena gestión del tiempo y del dinero... El papel principal le compete al ama de casa, encargada de poner en escena la vida privada tanto en la intimidad –las ceremonias cotidianas de las comidas y las veladas junto al fuego– como en las relaciones de la familia con el mundo exterior –la organización de la sociabilidad, las visitas y las recepciones–. Ella habrá de ser la que dirija el curso de las faenas domésticas de modo que todo el mundo, y el primero de todos su esposo, encuentre en la casa el *maximun* de bienestar, Anne MARTÍN-FURGIER, «Los ritos de la vida privada burguesa», en Philippe ARIÈS y Georges DUBY (dirs), *Historia de la vida privada*, T. 4, *De la Revolución Francesa a la Primera Guerra Mundial*, cit., p. 200. Esta función asignada a la familia respondía al pensamiento liberal triunfante, Michelle PERROT: Para los liberales de la época la familia es una comunidad en cierto modo «natural», es la clave de la felicidad individual y del bien público. Al respecto expone la autora las opiniones de los diferentes pensadores acerca de la familia en el contexto de la relación entre lo público y lo privado, «La familia triunfante», cit., p. 102. También, Mariette SINEAU, «Las mujeres en la ciudad: derechos de las mujeres y democracia.», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs), *Historia de las mujeres*, T. 5, *El Siglo xx*, cit., pp. 557 ss.

²² «Culturas e imágenes de la vida familiar correcta», en David KERTZER, y Marzio BARBAGLI, (eds), *La vida familiar desde la Revolución Francesa hasta la Primera Guerra Mundial (1789-1019)*, cit., p. 301.

²³ Fenómeno que describe Michelle PERROT respecto de Francia: Ciertamente los factores de unificación son muy poderosos: el Derecho, las instituciones, la lengua, muy pronto la escuela también, un auténtico rodillo comprensor de las diferencias, los medios de comunicación, los objetos de consumo que ponen de actualidad las «modas de París», el poder de atracción de una capital tan adorada como temida, la circulación de hombres y cosas: todo ello pesa cada vez más en el sentido de una uniformación de los modos de vida privada, «Funciones de la familia», cit., p. 123.

los burgueses dedicados en exclusiva a su formación y educación bajo la atenta mirada de los padres. Contamos en la literatura con magníficos cuadros históricos que reflejan la difícil supervivencia de la familia obrera en unas condiciones laborales, económicas, de higiene, salud, vivienda etc., que en la mayoría de los casos solo le permitían afrontar lo inmediato, y que no constituían el mejor escenario para la construcción de un ideal de familia, como el que llevó a cabo la clase burguesa²⁴. No podemos obviar pues la relación entre familia y clase social, puesto que nos ayuda a comprender las diferencias existentes entre la familia burguesa, que se empezó a cuajar a finales del siglo XVIII, y la familia obrera que se había concentrado en las grandes urbes industriales, huyendo de la miseria del campo y atraídas por las expectativas que provocaba el acelerado proceso de industrialización que ya entonces se producía en Europa; y sobre todo nos permite entender las diferencias existentes entre las mujeres burguesas y las de la clase obrera, sus distintas reivindicaciones y aspiraciones²⁵. Como ha dicho, Mary Jo Maynes «la vida de la familia en la Europa del siglo XIX fue un importante escenario de la formación de las clases sociales y sus conflictos»²⁶.

²⁴ La vida en tan precarias condiciones afectaba de manera especial a la madre, pues ella era la responsable de los trabajos rutinarios de cada día como cuidar de los hijos y llevar la casa. Si la madre no tenía un empleo regular y remunerado, aceptaba cualquier trabajo ocasional fuera de casa que se le ofreciera y, si tenía que permanecer en casa, se dedicaba, por ejemplo, a hacer cajas de cerillas, prendas de vestir, brochas y pinceles etc. Después de la escuela, los hijos podían ponerse a trabajar al lado de la madre o los enviaba fuera para que vagabundearan o jugara en la calle por falta de espacio en casa o porque algún adulto pedía que no se le molestara». LOFTUR GUTTORMSSON, «Las relaciones paternifiliales», cit., p. 397. «Explotadas por el patrón y sumidas en una doble jornada laboral, las obreras veían limitado su horizonte vital por la ideología de la domesticidad, que impregnaba no solo a la burguesía, sino a las capas medias de la sociedad y los medios proletarios, ensalzando la figura del ama de casa, esposa virtuosa y madre de familia, insuflada de catolicismo en los países latinos», MARÍA DOLORES RAMOS, «Radicalismo político, feminismo y modernización», Isabel MORANT (dir.), *Historia de las mujeres en España y América Latina*, T. IV, cit., p. 33.

²⁵ «Feminidad e infancia se nos muestran de este modo como dos reductos estamentales de la modernidad, según los cuales se configuró el espacio privado de la familia... El carácter de inferioridad estamental de estos colectivos se pone de manifiesto en el hecho de que, cuando la lógica de la explotación de la primera fase del capitalismo se ponga en marcha, los miembros desfavorecidos de estos grupos segregados son un significativo *plus* con respecto a los varones adultos de esa misma clase», CELIA AMORÓS, *Tiempo de feminismo*, cit., p. 279.

²⁶ También afirma que en el debate político que suscitó la familia: «Las parcelas más conflictivas de la vida de la familia eran aquellas que dejaban al descubierto culturas de clases divergentes, como por ejemplo, los roles adecuados a la edad y al género de las personas, las relaciones padres-hijos y el comportamiento sexual», «Culturas de clase e imágenes de la vida familiar correcta», cit., p. 298. En este sentido se afirma que «Una vez cumplida la transición a la producción fabril ya no podemos realizar las distinciones preliminares entre formas con referencia a las actividades productivas. En cambio, podemos realizar distinciones en términos de la situación de clase y el modo de articulación de la familia con otras instituciones y grupos», HARRIS, *Familia y sociedad industrial*, cit., p. 167

Pero a medida que fue avanzando el siglo XIX, «los conceptos de «respetabilidad» entre las capas superiores de la clase trabajadora fueron modelados, cada vez en mayor medida, por la ideología doméstica»²⁷, con lo que el modelo se acabó imponiendo, al menos en el imaginario colectivo. Y fue ese ideal burgués de familia el que terminó plasmándose en los textos legales, en la práctica social, en la ordenación de las ciudades, para acabar acaparando la misma noción de familia, de la que somos herederos²⁸.

Por ello, solo cuando las circunstancias familiares se lo permitían, por ser soltera mayor de edad o viuda o abandonada o separada, y por tanto no sometida a la autoridad del varón, pudo la mujer actuar por sí misma en las relaciones económicas: bien porque así interesaba al mercado, bien porque alcanzó alguna especialización en el mundo laboral, normalmente en los oficios peor remunerados. Unas relaciones económicas de todas formas en absoluta desigualdad. Su intervención en otros ámbitos, como el cultural, el educativo, el social y, sobre todo el político, ámbitos en los que se construía el modelo de sociedad, era casi inexistente, pues éstos siguieron reservados en exclusiva al hombre, al burgués poseedor de bienes.

2.3 La ciudadanía cuestionada

En la formulación del Estado burgués parecía que el círculo pues se cerraba sobre sí mismo, en una conjunción de factores que parecía imposible quebrar. La igualdad formal consagrada en los textos legales aseguraba la validez del sistema, aunque solo fuera en el plano teórico; la hegemonía política de la clase burguesa, del varón poseedor de bienes, garantizaba que la situación permanecería igual; y un Estado raquíutico despejaba cualquier inquietud de intromisión²⁹.

²⁷ Loftur GUTTORMSSON «Las relaciones paternofiliales», cit., p. 395. Las uniones consensuales de la clase obrera cambió cuando buena parte de la misma aceptó las normas morales de la familia burguesa, Goody, JACK, *La familia europea*, Madrid, 2001, p. 146.

²⁸ En esta época no se cuestiona, salvo posiciones muy radicales, a la familia. Los saint-simonianos post-Enfantin, la mayoría de los comunistas, los socialistas de inspiración cristiana –como Pierre Leorux, Constantin Pecqueur, Louis Blanc e incluso Flora Tristan– se pronunciaron a favor de una modernización de la institución familiar, de la igualdad de sexos hasta en la educación, y del divorcio. Pero el matrimonio monógamo seguía siendo a sus ojos el fundamento de una familia nuclear de afectividad reforzada, en la que los hijos habrían de tener el primer puesto. Después de 1840, la mayoría de las feministas (socialistas), por ejemplo las de 1848, que ven el Estado «un gran hogar», se adhieren a estas posiciones moderadas que resultaban convenientes para sus reivindicación de la igualdad civil y ofrecían posibilidades de acción concreta, Michelle PERROT, «La familia triunfante», cit., p. 106.

²⁹ Como expresa Amelia VALCÁRCEL: «Así las cosas, sucedió que el primitivo pensamiento de la ciudadanía, que se expresó tanto en las codificaciones legales post-revolu-

Pero la realidad no puede quedar atrapada; la sociedad cambiante, dinámica, se resiste a plasmarse como una foto fija en la formulación jurídica; los impulsos internos y externos que la mueven terminan por llevarla a los umbrales del Derecho.

Y en este proceso están también las mujeres que inician un difícil camino hacia su plena incorporación al ámbito de lo público. Un camino que se realiza en varias etapas, en las que se va desvelando la insuficiencia de la noción clásica de ciudadanía para dar respuesta a sus aspiraciones como personas activas en los ámbitos de decisión política, social, económica y cultural, así como en las relaciones personales y familiares a las que estaban relegadas.

Ahora bien, para entender en toda su dimensión este proceso se deben tener en cuenta las transformaciones que se producen al interior de las sociedades y sus repercusiones en el orden jurídico burgués, pues el avance de las mujeres en el reconocimiento de sus derechos no es en ningún caso ajeno a los cambios sociales y jurídicos que marcan la historia más reciente de las sociedades occidentales contemporáneas, siendo así que forman parte de los mismos y por ellos se explican. Dicho esto, parece claro que no podemos emprender en estas páginas la ingente tarea de exponer en toda su dimensión las transformaciones que se han producido en estos dos últimos siglos, cuya relación excede en todo punto de las exigencias que requiere la reflexión que se propone; sí se deben resaltar aquellos acontecimientos o hechos que ayudan a comprender el largo camino de las mujeres por la conquista de su ciudadanía, y los retos que en la actualidad han de afrontar para el pleno disfrute de la misma. En este sentido, se seguirá como hilo argumental la misma noción de ciudadanía, con el fin de resaltar la evolución que en la misma se ha operado desde su significado inicial hasta nuestros días, incidiendo en un aspecto que consideramos de indudable interés para nuestro propósito, concretamente aquél que nos revela cómo su extensión a los diferentes colectivos o grupos de personas ha requerido un cierto reconocimiento de la diversidad de los que se han ido incorporando al *status civitatis* que monopolizó en su favor el hombre burgués. Y cómo la incorporación de las mujeres y la vindicación plena de dicho *status* ha puesto definitivamente de manifiesto la necesidad de abordar en toda su dimensión el reto de construir una ciudadanía que, a la par que iguale a las mujeres y los hombres, responda a sus diferentes posiciones genéricas; un reto

cionarias como en la filosofía, se edificó a costa de los derechos omitidos del colectivo de mujeres. A fin de no contemplar la injusticia política derivada del sexo, el romanticismo argumentó que esa desigualdad era “natural”, frente a los que con anterioridad habían sostenido que era ética y política», *La política de las mujeres*, Madrid, 1997, p. 25.

que también plantean en la actualidad otros colectivos o grupos sociales que demandan el reconocimiento de su identidad.

En este recorrido histórico se quiere reparar especialmente en el asenso de la clase trabajadora a los ámbitos de decisión política y social, pues el mismo supuso el primer intento de ruptura con el modelo burgués, cuyas consecuencias en el sistema político que se implantó tras la revolución liberal se nos antojan claves para entender lo que ha ocurrido con las mujeres, y abordar la respuesta actual a sus demandas.

3. UN PRIMER ASALTO A LA UNIFORMIDAD: EL MAL LLAMADO SUFRAGIO UNIVERSAL

3.1 La conquista masculina de la ciudadanía: la clase obrera

El objetivo de las mujeres es la conquista de ciudadanía, pero ésta se había modelado de acuerdo a un patrón dominante en el que ellas no estaban, como muchos colectivos a los que se les había excluido. Era necesario que ésta se expandiera a toda la población para que también las alcanzara, pero las cosas no discurrieron para todos los excluidos de la misma manera, pues la ciudadanía que suscita el debate social y político en el siglo XIX se dilucida solo los entre hombres: del hombre empresario con el hombre trabajador, del hombre propietario con el no propietario, del hombre hacendado y del hombre campesino. En esta dialéctica masculina las mujeres no contaban, seguían relegadas a un papel subordinado que las ubicaba preferentemente en el hogar, pues su presencia en el trabajo era vista por los varones como una amenaza a su posición de preeminencia. En todo caso, estamos en un tiempo de conquistas, de conquistas sociales y de conquistas en el plano jurídico, y para ello era necesario acceder al poder político. Pero este siglo XIX en el que los excluidos se revuelven y reclaman para sí un papel en el destino de la sociedad, pasa para las mujeres sin grandes cambios, a pesar de sus intentos reiterados de presencia social; solo tímidas reformas mejoran su condición en algunos países, con el reconocimiento de un cierto grado de autonomía.

No tuvieron las mujeres el apoyo de los partidos políticos y grupos sociales para hacer valer sus derechos y, mucho menos, el de participación política³⁰. Ellas aún no habían alcanzado el *status*

³⁰ Sobre este punto resulta muy interesantes la afirmación de María Dolores RAMOS referida a la encrucijada de los siglos XIX y XX en España: Los varones republicanos de la época prestaron poca atención a las mujeres —a excepción de una minoría—. O quizás sí,

que les homologara a los hombres en el discurso político y social. Fue necesario que surgieran los movimientos de mujeres³¹, como movimientos diferenciados centrados exclusivamente en la defensa de sus derechos. Fue necesario también que surgiera el pensamiento feminista³², como un pensamiento diferenciado que reflexionara acerca de la mujer y su posición en la sociedad; un pensamiento netamente reivindicativo de los mismos derechos que a los hombres correspondían. Unos movimientos y un pensamiento que a duras penas se abren camino en una sociedad en la que aquéllas no contaban nada más que para asumir su papel de madre y esposa o, en todo caso, de complemento salarial cuando las necesidades eco-

pero una atención ambigua, contradictoria, instrumental, de acuerdo con sus intereses privados y políticos. No fue este, sin embargo, un «pecado» español. Se observa en la Francia de la III República, en la Italia liberal, en el Portugal republicano o en el México «insurgente», pautas de conductas similares: incluso en los «medios más avezados», las mujeres no debían sobrepasar el papel de madres bien entrenadas para educar a sus hijos en los postulados anticlericales republicanos, «Radicalismo político, feminismo y modernización», cit., pp. 36 y 37.

³¹ A estos movimientos se les identifica con lo que se denomina la primera ola del feminismo: Desde muy temprano las mujeres fueron muy activas en sus reivindicaciones, integrando los movimientos sufragistas. Las inglesas fueron las primeras en exigir el voto, para evitarlo la Cámara de los Comunes insertó en 1832 por primera vez en la historia la palabra *varón* entre los requisitos para tener derecho al voto. También trabajaron para conseguir leyes más justas en lo referente a la custodia de los hijos y al divorcio, leyes que permitieran a las mujeres casadas controlar sus propios ingresos y su propiedad, y lucharon por la educación superior. Bonny S. ANDERSON y Judith P. ZINSSER, *Historia de las mujeres: Una historia propia*, vol. II, cit., pp. 405 ss. Refiriéndose al continente, Anne-Marie Käppeli precisa: En la Europa de la primera mitad del S. XIX, la acción para la liberación de las mujeres solo emerge de manera esporádica en momentos de crisis políticas: los clubs de mujeres bajo la Revolución Francesa, las saint-simonianas en 1830, los clubs feministas franceses y las asociaciones democráticas de mujeres alemanas en 1848. En cambio, en Estados Unidos conoce ya intentos de organización nacional más continuos, que se forman en la lucha antiesclavista: a partir de 1837, en el marco de la Nacional *Female Antislavery Association*, hacen aparición las reivindicaciones feministas. Esta organización sirve de modelo a las primeras organizadoras de obreras de la industria textil... Luego en 1848, la *Séneca Falls Convention* proporciona la base que permite consolidar durante un decenio la *Equal Rights Association*, «Escenarios del feminismo», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs), *Historia de las mujeres*, T. 4, *El siglo XIX*, cit., p. 530. Una exposición del pluralismo teórico del sufragismo, en Cristina SÁNCHEZ MUÑOZ, «Genealogía de la vindicación», *Feminismo. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, 2001, pp. 17 ss. Jane FREEDMAN pone de manifiesto las contradicciones en las que se desenvolvían los movimientos sufragistas, pues para combatir la exclusión argumentaban que las mujeres no eran diferentes sino iguales a los hombres, pero, para reclamar derechos para las mujeres, debían de afirmar su identidad, *Feminismo. ¿Unidad o conflicto?*, Madrid, 2004, p. 53.

³² Una buena exposición de las aportaciones del pensamiento feminista en este tiempo, en Celia AMORÓS y Rosa COBO, «Feminismo e Ilustración», Celia AMORÓS y Ana DE MIGUEL, *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, T. 1. *De la Ilustración al segundo sexo*, cit., pp. 93 ss. Como dice Carme Castells el feminismo es un pensamiento y una práctica plural que engloba percepciones diferentes, distintas elaboraciones intelectuales y distintas propuestas de actuación derivadas en todos los casos de un mismo hecho: el papel subordinado de las mujeres en la sociedad. De ahí que pueda decirse que en el feminismo se mezclan dimensiones diferentes –teórico-analítica, práctica, normativo-prescriptiva, política, etc.– que producen *pensamiento y práctica*, en Carme CASTELLS (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, cit., p. 10.

nómicas de la familia la impulsaban a trabajar. De ahí que recibieran una educación, cuando la reciben, netamente separada de los varones, que las preparara para su misión en el mundo; de ahí que se las excluyera del ejercicio profesional burgués, vedando su acceso a los estudios que conducían a éstos.

Sin embargo, los movimientos feministas no cejan en su lucha por los derechos de las mujeres; unos movimientos que se desenvuelven, también, con importantes contradicciones, con disparidad de criterios y reivindicaciones, aunque en esta época todos comparten un anhelo común: alcanzar el derecho al voto como un paso imprescindible para conquistar la ciudadanía³³. También demandan autonomía personal y patrimonial, y educación, aunque todavía en esta época con una clara conciencia de una identidad femenina que se vincula a la maternidad y a la familia.

Cierto es que las primeras reivindicaciones surgen en los ambientes liberales, como no podía ser de otra forma, pues se fundamentan en el individualismo de los derechos inherentes a la dignidad de la persona, y la igualdad que la sustenta, aunque solo sea formalmente. Son pues mujeres burguesas las primeras que se organizan para reclamar el derecho de sufragio, ya que ellas, desde su condición de clase, no acaban por comprender su exclusión de un sistema en el que estaban en la misma posición que sus pares³⁴. Su discurso es pues esencialmente liberal y preñadamente uniforme, pues a los hombres se quieren homologar sin ningún tipo de fisuras ni distinción; no hay en él referencia a la diversidad de la condición femenina, que quieren combatir por ser ésta causa de su discriminación: las mujeres tienen las mismas capacidades que los hombres, y sobre todo ellas, mujeres burguesas que cuentan con medios económicos y recursos suficientes para actuar autónomamente³⁵.

³³ La historia del feminismo sufragista se desarrolla a lo largo de tres periodos: de 1848 a 1871, de 1871 a 1900 y de 1900 hasta el periodo de entreguerras. Una excelente exposición en Alicia MIYARES, «El sufragismo», Celia AMORÓS y Ana DE MIGUEL, *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, T. 1. *De la Ilustración al segundo sexo*, cit., pp. 251 ss.

³⁴ La clase de no propietarios fue excluida del poder mediante el sistema electoral por lo que solo bastaba su reforma para que accedieran todos los varones al poder. Las mujeres, por el contrario, las mujeres burguesas no fueron excluidas mediante una ley electoral sino en un momento previo, en el tránsito del estado de naturaleza al estado social, Ana Rubio Castro, «Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política», Ana RUBIO y Joaquín HERRERA (coord.), *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, cit., p. 35.

³⁵ Los movimientos de mujeres reivindicaban el derecho al voto, la independencia del marido y autonomía patrimonial, el derecho al trabajo y el acceso a la educación. Más minoritarias eran las demandas ligadas a la autodeterminación de su propio cuerpo pues estas chocaban con la moral y el pudor de muchas mujeres, Anne-Marie KÄPPELI, «Escenarios del feminismo», cit., pp. 536 ss. La primera ola del feminismo tuvo como objeto la normalización de las mujeres como sujetos de derecho en la práctica, si bien en sus textos ese feminismo primerizo elabora una versión, en ocasiones ambigua, de las relaciones de

Sin embargo, el siglo XIX no es un siglo perdido y en ningún caso obsoleto para la causa de las mujeres, pues en el mismo se empieza a cuestionar con mayor contundencia el monopolio por el «hombre burgués» de la vida política y social y el orden jurídico que lo sustenta. Este es el siglo en el que irrumpen con fuerza las clases populares que se rebelan contra las condiciones de exclusión y miseria en las que se encontraban, y a las que las había relegado una revolución que si bien contó con ellas para invertir la situación política, pronto las olvidó. Se pide la extensión del derecho del sufragio, aunque solo fuera para los hombres, en un intento de homologación con el ciudadano que hasta entonces había protagonizado la vida política, pero esta aspiración es solo aparente, ya que su participación en los ámbitos de poder implicaba también el reconocimiento de su diversidad y de la necesidad de una organización política y social incompatible con la democracia burguesa. Se visualizan nuevas categorías de sujetos que demandan cambios en el orden burgués, que reclaman un mayor protagonismo político, pero también, y esto es importante, un reconocimiento jurídico a la situación de partida en la que se encuentran: Hablamos de las clases campesinas, y también de las urbanas en sus multiformes representaciones, hijas de las carencias y necesidades que les acucian y a las que no daba respuesta un capitalismo salvaje que solo benefició a unos pocos. Junto a ellas, está en algún caso la pequeña burguesía, víctima también de la oligarquía económica, alentando movilizaciones, aunque pronto se desmarca cuando el cariz de las mismas sobrepasa en demasía sus aspiraciones de cambio. Todo ello al mismo tiempo que se extienden por el resto del continente las ideas de la revolución y se consolidan las relaciones entre las burguesías de los diferentes países, involucradas en más de un caso con las aspiraciones nacionalistas que comparten con el pueblo.

En este contexto se alumbran las ideas que darán lugar a la revolución socialista, y por lo que aquí interesa, emerge como clase social reconocible el proletariado, aunque éste, como se ha dicho, no será el único protagonista de las movilizaciones y convulsiones que marcan el siglo, en el que se mezclan demasiadas cuestiones como para abordarlas en estas páginas, pero de lo que no cabe duda es que el proletariado, allí donde lo hubo, se configura como un nuevo sujeto político y social llamado a competir con el ciudadano pretendidamente universal del que estaban excluidos, en una dialéctica que implicará al Estado como forma de organización política.

lo público y lo privado que define un espacio de subordinación particular para las mujeres, Carmen GONZÁLEZ MARÍN, «¿Qué (Cuando) es feminismo?», ISEGORÍA, Revista de Filosofía Moral y Política, n.º 38, enero-junio, 2008, p. 124.

En estos años de revoluciones fallidas cada avance de la clase obrera se salda con víctimas casi siempre del mismo bando, entre las que están también las mujeres; son años de estridencias y proclamas, pero también de definición de derechos, como se pone de manifiesto con la proclamación del Manifiesto Comunista de Marx y Engels, que ve por primera vez la luz en 1848³⁶, año en el que se extienden las revoluciones por Europa, de muy distinto significado según los países, y que llevan al ascenso de los no propietarios a la vida política con la extensión del voto a todos los hombres³⁷.

Las aspiraciones feministas prenden también en los círculos del socialismo, en este caso impregnadas de las demandas de la clase obrera que sufre condiciones realmente injustas, y que se plantea también la situación de las mujeres trabajadoras, siendo así que las primeras disposiciones protectoras se refieren a ellas que, junto a los menores, representan la parte más débil³⁸. Ahora bien, la relación entre feminismo y socialismo no será fácil de resolver. Desde este último se piensa que con la igualdad de todos se alcanzará también la de las mujeres; éstas, por el contrario, entienden que la equiparación con los hombres no se resuelve únicamente en el ámbito del trabajo, pues se deben abordar otras cuestiones relacionados con la familia y su posición en la misma, y, además perciben, no sin razón, que desde las filas progresistas no se ha superado la noción burguesa que ubica a la mujer en el hogar³⁹. Una dialéctica

³⁶ El mismo año en Seneca Falls se celebra la primera Convención de los derechos de la mujer en EEUU, en la que se presenta una Declaración de Sentimiento, como dicen sus autoras, que representa el primer texto colectivo de reivindicación femenina.

³⁷ La extensión del derecho al voto a los hombres tiene lugar en Grecia en 1922, en Francia y Suiza en 1948, en España en 1869, en Alemania en 1871, en Rusia en 1917, en el Reino Unido en 1818 y en Italia en 1919.

³⁸ En Francia, en el último tercio de siglo se producen campañas que denuncian la explotación de las mujeres y los niños en la industria, con el propósito de que se dicte una legislación protectora, pero las feministas en nombre de la igualdad la impugnan, pues entienden que favorece el mantenimiento de la mujer en su condición histórica de incapaz y limita sus posibilidades de trabajar... Sin embargo, más por razones de filantropía que de justicia se insta a que se dicten estas medidas de protección: la Ley de 3 de julio de 1874, excluye a las mujeres y a los niños de los trabajos subterráneos; en 1892 se les aparta de los establecimientos insalubres y trabajos peligrosos; se prohíbe también el trabajo nocturno, que ratifica la Ley de 15 de julio de 1908, y la Ley de 30 de marzo, organiza el trabajo para que las mujeres tengan libertad para ir a su casa a hacer la comida, y la Ley de 29 de diciembre de 1900, «ley de asientos», obliga a los patronos a poner asientos a disposición de las empleadas. Además, las leyes de protección de la maternidad, que son tardías: Ley de 27 de noviembre de 1909, que concede excedencia sin sueldo durante ocho semanas sin que se pueda extinguir el contrato..., Nicole ARNAUD-DUC, «Las contradicciones del derecho», Georges DUBY y Michelle PERROT, *Historia de las mujeres. 4. El siglo XIX*, cit., pp. 121 ss.

³⁹ Aunque se muestran unánimes en criticar a la familia de su tiempo, son raros los socialistas que imaginan su completa supresión. Como son igualmente raros los que representan una subversión de los papeles sexuales; hasta el punto de que es profunda la creencia en una desigualdad natural entre hombres y mujeres. Pero hay una gran diversidad de corrientes y soluciones: Partidarios de una libertad ilimitada, entre los que se encuentran Fourier, Infantin y la feminista Claire Démar y los comunistas de los años 1840, como

entre feminismo y socialismo que tendrá importantes protagonistas y no pocas víctimas⁴⁰. No obstante ello se debe reconocer que las ideologías de base marxista son más proclives a la equiparación de las mujeres a los hombres, y al reconocimiento de la libertad y autonomía de aquellas, en lo que influyeron también sus posiciones, ciertamente controvertidas, acerca de la familia burguesa⁴¹,

Théodore DÉZAMY en cuyo *Código de la comunidad* se opone al familiarismo puritano, Michelle PERROT, «La familia triunfante», cit., p. 105.

⁴⁰ Sobre el tema, Ana DE MIGUEL ÁLVAREZ, «La articulación del feminismo y el socialismo: el conflicto clase género», Celia AMORÓS y Ana DE MIGUEL, *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, T. 1. *De la Ilustración al segundo sexo*, cit., pp. 297 ss. Una víctima de esta confrontación fue, sin duda, la rusa Kollontai (1872-1952), marxista feminista que fue objeto de los ataques de sus compañeros del partido comunista; una exposición de la trayectoria de esta mujer en Françoise NAVAILH, «El modelo soviético», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs.) *Historia de las mujeres*, T. 5, El siglo xx, cit., pp. 288 ss. Si bien el debate llega a nuestros días, al respecto son muy ilustrativas las palabras de una de las más significativas protagonistas del mismo, Catharine A. McKinnon cuando afirma que «En el caso de las mujeres burguesas, limitar el análisis de la situación de la mujer a su relación con el capitalismo y limitar este análisis a su relación con el capitalismo a través de los hombres, es ver solo un aspecto indirecto. No hacerlo en el caso de la mujer proletaria es pasar por alto su aspecto indirecto. En ambos casos, definir la situación de las mujeres sólo en términos de clase es pasar por alto enteramente su situación como mujeres a través de las relaciones con los hombres, que es una situación relacional definitoria que comparten, incluso aunque difieran, los hombres a través de los cuales la adquieren», *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid 1995, pp. 23 ss.

⁴¹ Es conocida la posición del socialismo real respecto a la familia que tiene su origen en los escritos de Marx y Engels. En efecto, existe un viejo prejuicio que identifica a la familia con el pensamiento conservador, que tiene su origen en el pensamiento socialista que consideraba a la familia burguesa, jerárquica y desigual, como un reducto de los privilegios de clase y como medio de perpetuar la propiedad individual; de ahí que se propugnara la igualdad de hombre y mujer, la libertad en la constitución y ruptura de la relación conyugal, y la asunción por el Estado de las funciones propias de la familia; en este sentido, Engels: «La primera condición para la liberación de la mujer es la entrada de todo el sexo femenino en la industria pública y, a su vez, esta condición requiere la supresión de la familia individual como unidad económica de la sociedad, *Los orígenes de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Madrid, 1988, p. 79. Son también muy significativos los términos en los que se expresa Schrecker respecto a la posición de rechazo de la familia de los bolcheviques: «El abandono de la familia por el nuevo régimen no obedecía, pues, a una simple modificación de las concepciones morales sino a una voluntad deliberada de cambiar el sistema de transmisión propio de la civilización burguesa. Sin embargo, cuando el adoctrinamiento sistemáticamente fomentado por los nuevos gobernantes empezó a dar frutos y los representantes de la revolución prerrevolucionaria perdieron toda influencia, se vio que la familia era indispensable para la transmisión y perpetuación de la nueva ortodoxia», en *La familia*, FROMM, HORKHEIMER, PARSONS (editores), Barcelona, 2.ª ed. 1972, p. 295. En efecto, el planteamiento inicial acerca de la familia no tuvo la extensión que se podía esperar del cambio revolucionario, pues encontró la resistencia de la familia campesina, más apegada a las tradiciones; asimismo, las sucesivas crisis económicas llevaron a asumir la protección de la familia como medio de paliar la insuficiencia del Estado. Sobre el tema, Basile Kerblay, «Las familias socialistas», en BURGUIERE, KAPLISCH-ZUBER, SEGALÉN, ZONABEND (editores) *Historia de la familia 2, El impacto de la modernidad*, Madrid 1988, pp. 449 ss. Una reflexión crítica del tratamiento de la familia en el marxismo, Harris, C.C. *Familia y sociedad industrial*, cit., pp. 217 ss. También, Françoise NAVAILH, «El modelo soviético», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs.) *Historia de las mujeres*, T. 5, El siglo xx, (1992), traducción de Marco Aurelio Galmarini, 2.ª ed. Madrid, 2001, pp. 284 ss. Alain BLUM, «¿Familias socialistas? David I. KERTZER y Marzio BARBAGLI (comps), *La vida familiar en el siglo xx* (2003), traducción de Marta Pino Moreno, Barcelona, 2004, pp. 287 ss. María Dolores RAMOS, «Amor y familia en los sistemas de representación de la cultura occidental. Siglos XIX-XX», en Victoria LÓPEZ CORDÓN y Monserrat CARBONELL

hasta el punto de que no se puede explicar el proceso de emancipación de las mujeres sin las aportaciones del socialismo, tanto en el ámbito político como en el científico.

3.2 La uniformidad que se resiente

El orden jurídico burgués se resiente por los embates de estos nuevos protagonistas que consideran que la recién adquirida ciudadanía con el reconocimiento del derecho al voto es insuficiente para sacarlos de la situación de exclusión social en la que encuentran, y reclaman una mayor implicación de los poderes públicos con la igualdad real, que empieza a formar parte del debate político, y que tendrá importantes consecuencias en la conformación de las sociedades a partir de entonces. En realidad, se pone en cuestión algo más que el paradigma de la igualdad; lo que está en liza realmente es la forma de Estado o de organización política, idea que se ha ido madurando a partir de los escritos de Marx y que enarbolan los partidos comunistas, pues se parte de la convicción de que solo con la intervención del poder político en las relaciones económicas y sociales es posible alcanzar la igualdad para todos y todas, una igualdad real que solo se consigue mediante el efectivo disfrute de los derechos. Lo cierto es que las cosas no pueden permanecer inmutables: o se hacen concesiones a estos nuevos ciudadanos o se corre el riesgo de una mutación radical, como se pondrá de manifiesto con el triunfo de la revolución socialista en Rusia.

Ya en el ocaso del siglo XIX, al Derecho de la revolución liberal le estallan las costuras y empieza a resquebrajarse la uniformidad como paradigma de la igualdad. Se encarnan nuevos sujetos de derechos que reclaman un tratamiento jurídico específico, que los sitúen en condiciones de igualdad real para que puedan ejercer sus derechos con autonomía y libertad. Para ello se requiere la intervención de los poderes públicos en un ámbito hasta entonces exclusivo de la iniciativa privada, y en el que había asentado su dominio la burguesía triunfante. Surgen así las primeras normas protectoras de los trabajadores que vienen a poner coto a la libertad de los empresarios, en defensa precisamente de la de los empleados⁴². Surge así el trabajador como una nueva encarnación de un sujeto de derechos que impulsa lo que conocemos como Derecho del Trabajo, un Derecho especial que pivota en torno a una relación jurídica

ESTELLER (eds.) *Historia de la mujer e historia del matrimonio. Historia de la familia, una nueva perspectiva sobre la sociedad europea*, Murcia, 1997, pp. 351 ss.

⁴² La primera ley laboral que fue objeto de aplicación efectiva en España es la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900.

ca, la que une al empresario y al empleado, y que se justifica por la posición de inferioridad real de este último, que se quiere remediar con el reconocimiento de determinados derechos que se imponen a la voluntad de las partes en el contrato. En todo caso, estas primeras soluciones no llegan a cuestionar la noción uniforme de ciudadanía, pues estos nuevos protagonistas se configuran todo lo más como sujetos menores cuya promoción y protección tienen un límite, la intangibilidad del orden burgués cuyos fundamentos no se pueden tocar. La igualdad formal se impone pues a los anhelos de igualdad sustancial o real. También aparecen los campesinos con la reforma agraria, con dispar intensidad según la economía de los países; emergen los no propietarios que sufren la especulación de los dueños de inmuebles a los que se les protege en los diferentes arrendamientos. Las mujeres todavía no están⁴³. Sobre las mismas aún pesan muchos prejuicios, aquellos que la consideran un ser inferior, diferente podríamos decir, no dotado de las cualidades necesarias para participar en la vida política o, en todo caso, muy influenciable como para actuar autónomamente en el ejercicio de sus derechos, aunque se producen tímidos avances que mejoran su situación⁴⁴.

⁴³ «El movimiento laico de mujeres surgidos en la España de entresiglos cobra pleno sentido a la luz de tres enfoques: el que contempla la pluralidad de los feminismos históricos y propone, frente a la persistencia del modelo sufragista anglosajón, otras opciones basadas en la teoría de la diferencia sexual y las esferas separadas, que otorgan valor a la maternidad, la educación y el trabajo; el que utiliza la cultura política como un elemento necesario a la hora de explicar la pluralidad de redes sociales femeninas, formales e informales: cultura que en el caso que nos ocupa es republicana y heterogénea, pues participa de concepciones federales, lerrouxistas, blasquistas y germinalistas, a la vez que se nutre de los depósitos obreristas, radicales, masónicos, populistas, teosóficos, propios del periodo de entresiglos; por último, el plano que subraya la importancia de la modernización de las estructuras socioeconómicas y las pautas de vida experimentadas a partir de la coyuntura 1914-1918, que aceleró los cambios sociales, modificó las relaciones de género y abrió el debate sobre el sufragio en las asociaciones femeninas laicas, hasta ese momento volcadas en la conquista de espacios cívicos y en las prácticas de la ciudadanía social: educación racionalista, secularización y moralización de la sociedad», María Dolores RAMOS, «Radicalismo político, feminismo y modernización», cit., pp. 35 y 36.

⁴⁴ Este fue un proceso lento y no lineal, dependiendo de los países. Uno de los más avanzados en este sentido fue Inglaterra, en el que las mujeres consiguieron el control de sus propios ingresos en 1878, y el de sus propiedades en 1882 al mismo tiempo que comenzaron a estudiar en Oxford y Cambridge; en 1884 consiguieron la eliminación de la Ley de enfermedades infecciosas contra las prostitutas. También se aprueban Leyes laborales protectoras de las mujeres en 1844, que limitan las horas de trabajo de éstas y los niños. La primera legislación inglesa protectorista de las mujeres combinaba los mismos motivos que otras leyes europeas posteriores: el deseo de hacerles el trabajo pesado más llevadero y el deseo de mantenerlas en el hogar desempeñando las funciones tradicionales de esposa, madre y ama de casa, Bonny S. ANDERSON y Judith P. ZINSSER, *Historia de las mujeres: Una historia propia*, vol. II, cit., pp. 331 y 409. Por su parte, las activistas norteamericanas del s. XIX han basado su lucha en el principio de igualdad de salarios al igual que en la búsqueda de igualdad ante la ley en los que se refiere a los derechos de la propiedad, el divorcio, la custodia de los hijos o el derecho de estar representadas en las listas y de ser elegidas en las elecciones. En 1868, tras la Secesión, fue añadida a la Constitución la decimocuarta enmienda que garantizaba la igual protección ante la ley (*equal protection of the*

4. LA CONQUISTA DE LA CIUDADANÍA POR LAS MUJERES

4.1 El sufragio femenino

El cambio de siglo trae para las mujeres nuevos aires con la concesión del derecho al voto, aunque éste no se reconoce en todos los países al mismo tiempo, incluso en algunos su participación política es muy tardía. En todo caso ello es una conquista femenina, de las mujeres sufragistas que son víctimas del desprecio y el rechazo de una sociedad fuertemente masculinizada y claramente machista⁴⁵. Pero también, es la recompensa a otras muchas mujeres por su participación en determinados acontecimientos que marcan el destino de su país⁴⁶. No obstante, la extensión del sufragio a las mujeres no estuvo exenta de polémica, incluso desde las posiciones de izquierda, como pone de manifiesto con elocuencia el debate que en la Segunda República Española desarrollaron Victoria Kent y Clara Campoamor⁴⁷: la

laws)... La igualdad sexual no estuvo inicialmente incluida en la decimocuarta enmienda, por lo que el Congreso se vio obligado a ampliar el derecho de voto de las mujeres en la decimonovena enmienda, en 1920, Cecilia CORTESI VENTURINI, «Des-igualdad: Derecho, género y política en Italia», en Ruth M. MESTRE I MESTRE, *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Valencia, 2008, p. 172.

⁴⁵ En Inglaterra, la militancia feminista y la represión gubernamental alcanzaron su cenit entre 1913 y 1914, Bonny S. ANDERSON y Judith P. ZINSSER, *Historia de las mujeres: Una historia propia*, vol. II, cit., p. 414.

⁴⁶ Finlandia fue el primer país europeo en reconocer el voto a las mujeres en 1906, debido a su implicación con los movimientos nacionalistas que habían propiciado su independencia de Rusia. En Alemania, el comportamiento de las mujeres en la Primera Guerra Mundial inclinó a la opinión pública a favor del voto de éstas, que obtuvieron en 1918 para las que tenían más de 30 años, mientras que para los hombres solo se exigía los 21; la razón estaba en que se les consideraba muy frívolas antes de esa edad, Bonny S. ANDERSON y Judith P. ZINSSER, *Historia de las mujeres: Una historia propia*, vol. II, cit., pp. 399 y 415. En el Reino Unido, lo consiguieron en 1928, a propuesta de un gobierno conservador, mediante la *Representation of the People (Equal Franchise) Bill*, que extendió a todos los ciudadanos mayores de 21 años el derecho al voto. Fue aprobada por 387 votos a favor y 10 en contra. En España, el derecho al voto de las mujeres fue debatido tres veces por las Cortes, en 1877, en 1907-1908, siendo finalmente reconocido en 1931, Rosa María CAPEL, «El sagrado derecho de votar», cit., pp. 83 ss. Por el contrario, en Francia, los hechos transcurrieron de manera diferente, con el fin de compensar su contribución a la victoria en la Primera Guerra, algunos parlamentarios, a instancia de Aristide Briand, presentaron algunas proposiciones de leyes otorgando el voto a las mujeres culminaron con la aprobación de una Ley, el 8 de mayo de 1919, por la Cámara de los Diputados, pero fue rechazada en el Senado, tras largas discusiones, el 7 de noviembre de 1922. El temor de que la papeleta de voto femenino permitiera a la Iglesia una influencia política oculta presionando a las feligresías, que todavía sumaban una importante cantidad, el conservadurismo profundo de los senadores y su misoginia latente bloquearon la situación y no salieron adelante nuevos proyectos, de 1925, 1932 y 1935. Las feministas no son lo bastante numerosas para ejercer una importante presión, Anne-Marie SOHN, «Los roles sexuales en Francia e Inglaterra: una transición suave», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs.) *Historia de las mujeres*, T. 5, *El siglo xx*, cit., pp. 154 y 155.

⁴⁷ El art. 34 del Proyecto de Constitución decía: «Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales, conforme

situación de sumisión y dependencia en la que aquellas se encontraban se veía por algunos, y también por algunas, como una posible amenaza al cambio político que se quería, un cambio político que entonces todavía tenía un rostro de varón; era el cambio político de los trabajadores y de los asalariados. En gran medida se veía a la mujer como un ser influenciado por el padre, el marido y también por la Iglesia: un ser carente de libertad para protagonizar por sí mismo las transformaciones sociales que se querían.

Ahora bien, el derecho a la participación política cuando llegó no siempre estuvo acompañado de otras reformas que garantizaran la autonomía y la independencia de las mujeres en los mismos términos que los varones, pues, como veremos, el cambio en su *status* personal y familiar fue mucho más lento, ya que aún estaba muy arraigada en la sociedad la idea de que aquéllas debían cumplir determinadas funciones ligadas a la maternidad y cuidado de la familia que la recluían en el ámbito lo privado, con lo que la conquista del espacio de lo «público» tardó en llegar. Incluso, cuando ellas tuvieron que ocupar la primera línea en la sociedad civil en sustitución de los hombres que estaban en el frente bélico, sus esfuerzos no se vieron recompensados con las modificaciones normativas pertinentes que le reconocieran una ciudadanía plena. Ello es especialmente evidente tras la Gran Guerra, aunque también se puede comprobar con las disposiciones que se dictan después de la

determinen las leyes», con lo que se remitía a un desarrollo posterior la determinación de las condiciones del sufragio, pues no discutía el derecho al voto de las mujeres sino la forma en que debía hacerse, por el temor que se tenía a que éste se inclinara a posiciones conservadoras. Pero el 1 de septiembre, en el debate a la totalidad del proyecto, se resquebraja la unanimidad, y se forman dos bloques: uno a favor de la extensión del sufragio, formado esencialmente por la minoría socialista y Clara Campoamor, quien se enfrentó por ello a su partido, y otro en contra, integrado por los radicales, radical-socialistas y Acción Republicana, que consideraba imprescindible establecer derechos electorales diferenciados «con arreglo a las posibilidades históricas y políticas del momento», ganando la primera opción. En este sentido son muy significativas las palabras de Indalecio Prieto sobre su aprobación, calificando tal resultado como «puñalada tramera a la República». Rosa María CAPEL, «El sagrado derecho de votar», cit., pp. 89 ss. Todo ello a pesar de que en España, la corriente del pensamiento democrático siempre había incluido un cierto número de reivindicaciones a favor de las mujeres. Así, era unánime la denuncia de la situación conyugal y sexual: multitud de ensayos protestaban contra la desigualdad cultural y jurídica entre los esposos, las elevadas tasas de natalidad que acarrea la mayor tasa de mortalidad infantil de Europa, la tolerancia ante el adulterio del marido, una elevada proporción de hijos ilegítimos, una prostitución importante y la frecuencia de enfermedades venéreas. El divorcio se consideraba una reivindicación razonable aun cuando muchos de los hombres de «psique avanzada», como se decía a la sazón, temieran que las costumbres españolas se inclinaran por el repudio al estilo oriental, Danièle BUSSY GENEVOIS, «Mujeres de España: de la República al franquismo», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs.) *Historia de las mujeres*, T. 5, *El siglo XX*, cit., p. 229. El Instituto Andaluz de la Mujer en una excelente iniciativa ha vuelto a publicar la obra de Clara CAMPOAMOR, *Mi pecado mortal. El voto femenino y yo*, Sevilla, 2001.

Segunda Guerra Mundial⁴⁸. La opinión extendida de que tales confrontaciones bélicas sirvieron para su promoción a mayores cotas de independencia contrasta con una realidad muy diferente⁴⁹: la pérdida de vidas humanas llevó al primer plano de las preocupaciones de los políticos el problema demográfico, cuya solución se hace recaer sobre la familia y, esencialmente, sobre las mujeres. A éstas se les asigna una función reproductora y se les dificulta su actividad fuera del hogar. La idea de la mujer madre que ha de servir al engrandecimiento de la nación se impone como una losa sobre sus aspiraciones como personas independientes⁵⁰.

⁴⁸ Una de las paradojas de las guerras mundiales es que, al destruir las familias, pusieron en marcha las fuerzas a la restauración de la vida familiar en sus formas patriarcales convencionales. Esa restauración del papel del varón requería el retorno de la mujer a una posición subordinada en la vida doméstica o fuera de casa, Jay WINTER, «La familia europea y las dos guerras mundiales», David I. KERTZER y Marzio BARBAGLI (comps.), *La vida familiar en el siglo XX*, (2003), traducción de Marta Pino Moreno, Barcelona, 2004, p. 243

⁴⁹ Tras la Gran Guerra los hombres volvieron a sus ocupaciones y las mujeres dejaron de hacer el trabajo de éstos, con lo que todo volvió a la normalidad. Así, en Europa, fuera de la Unión Soviética, los países respondieron a las condiciones económicas adversas intentando obligar a las mujeres a dejar aquellos trabajos que se consideraban más apropiados para los hombres, y en esto se unieron todos los partidos, socialistas, conservadores, liberales y fascistas, Bonny S. ANDERSON y Judith P. ZINSER, *Historia de las mujeres: Una historia propia*, vol. II, Traducción Beatriz Villacañas, Barcelona, 1991, pp. 339 a 345. La incorporación de las mujeres a la actividad laboral durante la guerra supuso en su momento una ruptura de la tendencia dominante que la relegaba a la familia; como nos dice Angélique JANSSENS, según la ideología dominante a finales del siglo XIX, el trabajo de la mujer sólo era aceptable para las chicas jóvenes de la clase obrera, mientras que se consideraba inapropiado en el caso de las chicas de la clase media o alta, así como el de las mujeres casadas de cualquier origen social, «Transformación económica, trabajo femenino y vida familiar», David I. KERTZER y Marzio BARBAGLI (comps), *La vida familiar en el siglo XX* (2003), traducción de Marta Pino Moreno, Barcelona, 2004, p. 142. Sobre el empleo femenino en la guerra y su incidencia en las familias, Jay WINTER, «La familia europea y las dos guerras mundiales», David I. KERTZER y Marzio BARBAGLI (comps.), *La vida familiar en el siglo XX* (2003), cit., pp. 235 y ss.

⁵⁰ Frente a la opinión extendida de que la guerra había trastocado la relación entre los sexos, los historiadores de los años ochenta niegan la tesis que sostiene el carácter emancipador de la guerra y muestran, tras una lectura crítica de las fuentes, el carácter provisional o meramente superficial de los cambios. La guerra solo fue un paréntesis antes del retorno a la normalidad, un teatro de sombras, que, además, había bloqueado el movimiento de emancipación, prueba de ello son las medidas natalistas que se adoptan en Francia después de la guerra, Leyes de 1920 y 1923 que reprimen la propaganda anticonceptiva y criminalizan el aborto. En Gran Bretaña da sus frutos la expansión del campo de protección materna e infantil que se promovió en la década anterior con la adopción en 1918 Maternal and Child Welfare, al mismo tiempo que se desarrolla una retórica cada vez más hostil al trabajo de la mujer. En Alemania se aprecia una creciente represión de la anticoncepción y del aborto, política que se practica en nombre de la *Volksgemeinschaft*, ideología organicista en la que las familias constituyen las cédulas vivas del Volk, la restricción de los nacimientos es una enfermedad peligrosa y la maternidad una función social vital que no se puede dejar al arbitrio individual; contra ello se levantan los socialdemócratas así como las feministas del BDF por su injerencia en la vida privada, aunque describen la maternidad como el deber natural o el supremo desarrollo de la mujer o, incluso, como un servicio activo que ellas rinden a la patria. Françoise THÉBAND, «La Primera Guerra Mundial: ¿La era de la mujer o el triunfo de la diferencia sexual?», Georges DUBY y Michelle PERROT

Sea como fuere, el derecho al voto solo aventura una tímida presencia en el proceso electoral, pues en líneas generales las mujeres siguen al margen de la participación política; también se las discrimina en el trabajo con bajos salarios y empleos poco cualificados, en una feminización de las relaciones laborales⁵¹ que si no le hacen añorar el universo familiar tradicional es porque de éste también tienen que seguir encargándose. Estas, de nuevo, se rebelan en un vano intento en conseguir lo que la sociedad de hombres todavía le seguía negando, su autonomía respecto del padre o del marido, y ello requería la igualdad de derechos respecto de los varones. Con disparidad de criterios y objetivos⁵² los

(dirs.) *Historia de las mujeres*, T. 5, *El siglo xx*, cit., pp. 47, 78 y 79. Parece que la vida familiar se estabilizó después de la guerra en numerosos aspectos. Uno de ellos es la tendencia de la nupcialidad, que no difiere mucho de las cifras registradas antes de 1914, en lo que parece haber influido, de un lado, el final de la oleada migratoria muy marcada antes del conflicto, y, de otro, la elección del cónyuge por parte de las mujeres, que ajustaron su definición de cónyuge apropiado y optaron por casarse con hombres de la misma edad o más jóvenes, ante la falta de pretendientes mayores, como ocurrió en Francia, o con hombres de clases sociales «inferiores» o de ámbitos sociales diferentes. La norma era evitar la soltería, Jay WINTER, «La familia europea y las dos guerras mundiales», David I. KERTZER y Marzio BARBAGLI (comps), *La vida familiar en el siglo xx*, cit., p. 242.

⁵¹ En los planteamientos de algunas grupos de acción de las mujeres a principios del siglo xx (1890-1930) hay un enfoque feminista del bienestar de las madres, que puede describirse como «maternalismo feminista» o «feminismo maternal»; así, lucharon por la protección de las madres pobres, una idea que a la larga se extendió a todas las mujeres. Lograron algunos avances sociales: bajas maternales remuneradas, asignación por maternidad, Gisela BOCK, «Pobreza femenina, derechos de las madres y Estados del bienestar (1890-1950)», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs.), *Historia de las mujeres*, T. 5, *El Siglo xx*, cit., pp. 443 ss.

En España, a principios de siglo, la incorporación tardía de las mujeres y niños al sistema productivo motivó una legislación también tardía; éstas eran de corte paternalista, basadas en la supuesta inferioridad física y moral de este sector de la población: limitación de su jornada laboral, restricción de las horas extraordinarias y prohibición del trabajo nocturno (1921), o en industrias consideradas insalubres o peligrosas, medida relativa al subsidio por maternidad, por el que se respetaba a la mujer el puesto de trabajo antes y después del parto. Las madres con hijos en edad de lactancia podían disponer de una hora para amamantarlos; los argumentos de tal protección eran la «conservación de la especie» y la «regeneración de la raza. Esta medida se gestó durante la Dictadura de Primo de Rivera (13 de julio de 1922,) aunque se aprobó de manera definitiva por DL de 22 de marzo de 1929. No obstante, las mujeres fueron objeto de un proceso legal al que eran totalmente ajenas, pues ni hacían las leyes ni las cumplían. María Dolores RAMOS, «¿Madres de la Revolución? Mujeres en los movimientos sociales españoles, 1900-1930», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs.), *Historia de las mujeres*, T. 5, *El Siglo xx*, cit., pp. 712 ss.

⁵² Como hemos dicho, no se puede afirmar que en este punto como en muchos otros existiera unanimidad en los movimientos de mujeres. Ya en los años 20 del s. xx las mujeres radicales exigían la anticoncepción, el aborto y la libertad sexual, frente a las posiciones de las mujeres conservadoras, incluso feministas, que habían luchado por el derecho al voto, Bonny S. ANDERSON y Judith P. ZINSSER, *Historia de las mujeres: Una historia propia*, vol. II, cit., p. 451.

En España el movimiento es más tardío, surge a partir de 1920 y cristaliza en una conciencia sufragista que se plasmará en un asociacionismo femenino de clases medias, el denominado «feminismo burgués»: Asociación Nacional de Mujeres Españolas, Unión de Mujeres Españolas, situada un poco más a la izquierda, Juventud Universitaria Feminista, filial de la primera. Acción Femenina en Barcelona. Cristaliza también una conciencia de clase visible en la formación, dentro de los sindicatos, de filiales exclusivamente femeni-

movimientos feministas no cejan en el intento de que sus propuestas sean admitidas⁵³.

4.2 Las primeras experiencias de las mujeres en igualdad

En este punto no se puede ni debe ignorar la influencia que tuvo la revolución rusa y las disposiciones que a partir de la misma se dictaron: la igualdad social y política que en la misma se propugna alcanza desde el principio a las mujeres, que se equiparan a los hombres en la titularidad de todos los derechos; además las modificaciones legales que afectan a la familia la liberan de las trabas que el modelo burgués imponía a su libertad de decidir en los asuntos que a ellas conciernen⁵⁴. Concretamente, las normas que se dic-

nas, adheridas a la UGT o la CNT (lo que se ha llamado a un feminismo obrero proletario por algunas historiadoras). María Dolores RAMOS, «¿Madres de la Revolución? Mujeres en los movimientos sociales españoles, 1900-1930», cit., p. 716.

⁵³ Se produjeron, sin embargo, algunas reformas que mejoraban su situación: En Inglaterra La Sex Disqualification Removal Act, de 23 de diciembre de 1919, permite a las mujeres ejercer profesiones jurídicas, la Law Property Act, 1922, convierte a la mujer y al marido en herederos iguales en caso de fallecimiento sin testamento de uno de ellos o de un hijo; la Matrimonial Causes de 1923, reestablece la igualdad de los esposos en el tratamiento del adulterio y el divorcio; la Gaurdainship Act, 1925, confía a la mujer la custodia de los hijos en caso de separación; la Criminal Justice Act, de 1925, elimina la ficción jurídica según la cual si la mujer comete un delito en presencia del marido, ha obedecido una orden de éste, con lo que se acaba con su irresponsabilidad jurídica. En Francia a partir de la ley de 18 de febrero de 1938 se elimina la incapacidad civil de la mujer casada y se abroga de hecho el art. 215 y la potestad marital, al mismo tiempo que se le reconoce capacidad para promover acción ante la justicia, firmar contratos, abrir cuentas, iniciar estudios, presentarse a un examen y pedir un pasaporte, sin embargo el marido sigue siendo jefe de familia y en calidad de tal fija el domicilio conyugal y puede impedir que la mujer trabaje, si bien ésta puede impugnar sus decisiones ante los tribunales, también ejerce en exclusiva la autoridad paterna., Anne-Marie SOHN, «Los roles sexuales en Francia e Inglaterra: una transición suave», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs.) *Historia de las mujeres*, T. 5, *El siglo XX*, cit., p. 152. La asignación de deberes a los cónyuges se refleja en el Código civil suizo de 1912 con carácter muy avanzado para su época, al consagrar el principio de igualdad de los cónyuges, aunque sólo en un sentido limitado. La gestión del hogar familiar es deber de la esposa, mientras que el deber del marido, reconocido como cabeza de familia, es el de garantizar el bienestar material de la familia, Paola RONFANI, «El Derecho de familia en Europa», David I. KERTZER y Marzio BARBAGLI (comps.), *La vida familiar en el siglo XX*, cit., pp. 185 y 188. En España, la R.O. de 8 de marzo de 1910 autorizó la entrada de mujeres en la universidad en igualdad de condiciones que los hombres, María Antonia GARCÍA DE LEÓN, «A la sombra de la Universidad», Isabel MORANT (dir.), *Historia de las mujeres en España y América Latina*, T. IV, cit., p. 330.

⁵⁴ El nuevo gobierno bolchevique instauró una legislación encaminada a transformar la vida de las mujeres. Son muchas las reformas que se introdujeron de las que resaltamos las más significativas: En 1918 se impone el matrimonio civil y se facilita la obtención del divorcio, en 1920 se legaliza el aborto, medidas éstas que las favorecían ya que les reconocía una mayor libertad, muy en la línea del pensamiento de Lenin: «A pesar de todas las leyes que emancipan a la mujer, ella continúa siendo una *esclava doméstica*, porque el mezquino trabajo doméstico la aplasta, la estrangula, la idiotiza y la degrada, la encadena a la cocina y la crianza, y gasta su esfuerzo en una esclavitud bárbaramente improductiva, mezquina, enervante y demoledora». Sin embargo, con la llegada de Stalin al poder, en 1927, la productividad tenía prioridad sobre los derechos de las mujeres, con lo que fueron recortadas las leyes laborales proteccionista de aquellas y de la maternidad, y en 1936 se

taron en la URSS en los años siguientes de la Revolución las colocaron en una posición de vanguardia respecto a los demás países: escuelas mixtas, matrimonio civil, mayoría de edad a los 18 años, derecho de voto, elegibilidad, carrera política, amplio abanico de oficios⁵⁵. Aunque, como tendremos ocasión de exponer, en la realidad de los hechos, tales disposiciones no lograron erradicar plenamente la discriminación que se cernía sobre las mujeres, que no acabaron de liberarse del peso exclusivo de la familia. Y ello porque el nuevo orden político se asienta en torno a una noción de ciudadanía uniforme que las invisibiliza y, por consiguiente, las ignora como sujetos diferenciados. Por ello, cuando las circunstancias económicas y sociales requieren a la familia para que asuma sus funciones tradicionales de atención a las necesidades de los ciudadanos, se refuerzan los lazos entre sus miembros y la situación de las mujeres se resiente, pues son ellas las que asumen primordialmente las tareas necesarias para el cuidado y asistencia a sus familiares. Finalmente se termina dibujando una realidad jurídica fallida. Pero el paso está ya dado, y solo es cuestión de tiempo la equiparación con los hombres. Ello ocurre, como no podía ser de otra forma, dada la ascendencia de las ideologías de corte socialista, con la Constitución de Weimar (1919) que proclama la igualdad de mujeres y hombres⁵⁶; en dicho cambio constitucional participan por primera vez en Alemania aquéllas, como electoras y elegibles, a las que se les había concedido el voto en 1918. Y con la Constitución de la Segunda República española (1931)⁵⁷. Ambas experiencias, de nuevo, no son más que intentos fallidos al diluirse sus propuestas en el cambio político que arrasó con las aspiraciones de una democracia que empezaba a contar con las mujeres. A partir de ahí, la ciudadanía de estas estará ligada a la democracia y, más en concreto, al Estado Democrático y Social que será el que finalmente brinde la oportunidad de una ciudadanía plena.

refuerza la familia como cédula de la sociedad, prohibiéndose el aborto. En 1943 y 1944, por motivos similares, la coeducación y el divorcio también fueron abolidos, Bonny S. ANDERSON y Judith P. ZINSSER, *Historia de las mujeres: Una historia propia*, vol. II, cit., pp. 343 ss. De nuevo las mujeres forman parte de la estrategia de los poderes públicos como reproductoras.

⁵⁵ Françoise NAVAILH, «El modelo soviético», cit., p. 305.

⁵⁶ El art. 109 de la Constitución de Weimar dispone: «Todos los alemanes son iguales ante la ley. Hombres y mujeres tienen los mismos derechos y deberes políticos». Por su parte, el art. 119 proclama la igualdad de los cónyuges.

⁵⁷ Desde 1931 la Segunda República había marcado el acceso de las mujeres a los derechos políticos y la igualdad legal, la mejora de la educación y la introducción de políticas del bienestar en el terreno de la maternidad, pero aún pervivía un discurso tradicional de género que marcaba el escenario público como exclusivo ámbito de actuación masculina, en el que solo sobresalían Clara CAMPOAMOR, Dolores IBÁRRURI, Federica MONTSENY, Margarita NELKEN, Mary NASH, «Republicanas en la Guerra Civil: el compromiso antifascista», Isabel MORANT (dir.), *Historia de las mujeres en España y América Latina*, T. IV, cit., p. 126.

Por contra los regímenes autoritarios que se prodigan por Europa las relegan a una posición de subordinación, son tratadas como elementos necesarios de su estrategia política. Las mujeres forman parte del proyecto dictatorial que las utiliza como piezas imprescindibles para la reproducción social del modelo, así como instrumentos de las políticas demográficas para el engrandecimiento de la nación. Así ocurre con la Alemania nazi,⁵⁸ la Italia fascista,⁵⁹ la Francia de Vichy⁶⁰; también, hasta fechas aún recientes, con la dictadura salazarista en Portugal y con la franquista en España⁶¹. Lo

⁵⁸ En la Alemania nazi la emancipación de la mujer se denunció como producto de la influencia judía, pues a ésta se la veía como «madres del Volk». La campaña de los años 1933-34 conducida por Goebbels, el ministro de propaganda, a favor de una política de población, intentaba popularizar, por un lado, la política de esterilización, y, por otro, la idea de que «nuestra tasa de natalidad debe subir», Gisela BOCK «Políticas sexuales nacionalsocialistas e historia de las mujeres», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs.) *Historia de las mujeres*, T. 5, *El siglo XX*, cit., pp. 194 y 210. Parte de la primera legislación nazi empezó con la *cuna* e intentaba que las mujeres tuvieran más hijos con una mezcla de incentivos y coacción. Se estableció el Préstamo por Matrimonio subvencionado por el Gobierno, al que podían optar aquellas parejas en las que la esposa prometiera abandonar el mercado laboral tras su matrimonio, asimismo, el nacimiento de un hijo legítimo cancelaba la cuarta parte del préstamo, cuatro hijos lo extinguía por completo. En 1939 el régimen nazi siguió los ejemplos de Francia e Italia instituyendo la «Cruz de Honor de la Madre Alemana», Bonny S. ANDERSON y Judith P. ZINSSER, *Historia de las mujeres: Una historia propia*, vol. II, cit., p. 348.

⁵⁹ El patriarcado fascista italiano tenía como axioma la diferente naturaleza de hombres y mujeres. Luego traducía políticamente esas diferencias en beneficio de los varones y las convertía en un nuevo sistema especialmente represivo y general con el fin de redefinir la ciudadanía femenina y gobernar la sexualidad, el trabajo asalariado y la participación social de las mujeres. En última instancia este sistema estaba tan integrado en las estrategias dictatoriales de la construcción del Estado como lo estaba la regulación corporativista del trabajo, las políticas de autarquía económica y la incitación a la guerra. Es un patriarcado que se diferencia del patriarcado liberal, Victoria de GRAZIA, «Patriarcado fascista: las italianas bajo el gobierno de Mussolini, 1922-1940», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs.) *Historia de las mujeres*, T. 5, *El siglo XX*, cit., p. 158. También, Rosario SÁNCHEZ LÓPEZ, «El disfraz de los elogios. Mujeres y jóvenes bajo el fascismo italiano», en Victoria LÓPEZ CORDÓN y Monserrat CARBONELL ESTELLER, *Historia de la mujer e historia del matrimonio. Historia de la familia, una nueva perspectiva sobre la sociedad europea*, cit., pp. 371 ss.

Sin embargo, también se puede apreciar una posición ambivalente respecto de la familia en algunas ideologías autoritarias, que se fundamenta, de una parte en el recelo que suscita su capacidad para transmitir valores, y en el deseo de controlarla; por ello la historia no está exenta de algunos intentos por sustituirla, como ocurrió con los balillas de Mussolini, las juventudes hitlerianas y, en otro plano los konsomoles soviéticos, Schercker, «La familia como institución transmisora de la tradición», en FOMM, HORKHEIMER, PARSONS (editores), *La familia*, cit., p. 275.

⁶⁰ El lema del Gobierno de Vichy era «Trabajo, familia, patria», y a lo que aspiraba, más ampliamente, era a reforzar la familia considerada como unidad orgánica del funcionamiento social. Su interés superior se impone a los derechos de los individuos que la componen y su buen funcionamiento exige una distribución estricta de las tareas materiales, de los papeles y de las aptitudes psicológicas. En este contexto, la maternidad se considera una función social y aborto como un perjuicio al pueblo francés, Hélène Eck, «Mujeres del desastre. ¿Ciudadanas por el desastre? Las francesas bajo el régimen de Vichy (1940-1944)», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs.) *Historia de las mujeres*, T. 5, *El siglo XX*, cit., pp. 251 a 254.

⁶¹ El Estado franquista refuerza los rasgos fundamentales del sistema patriarcal y elimina las otras opciones que suponen cambio en los roles genéricos atribuidos a las

anterior pone de relieve que la situación de las mujeres nunca ha sido una cuestión privada, que concierna exclusivamente a los hombres de los que dependen, es decir del padre o marido, sino que forma parte del proyecto político de la sociedad que se quiere, por ello, cuando este proyecto pretende diseñar todas las relaciones conforme a unos objetivos muy concretos, las mujeres tienen también un papel reservado en el mismo.

Las mujeres ya podían votar, pero la política era cosa de hombres; las mujeres eran sujetos de derechos, pero el Derecho lo hacían los hombres. A ellas todavía le quedaba alcanzar la ciudadanía, ligada entonces a la plena igualdad formal; esta llegó mucho más tarde, en un proceso de conquista de sus derechos que no se aventuraba fácil, en gran medida, por el descompromiso de los políticos que, con independencia de su ideología, incluso los de izquierdas, no acababan de asumir en toda su dimensión la condición de ciudadanas de las mujeres en iguales condiciones que los varones.

4.3 La conquista de la igualdad formal

Tuvo que pasar algún tiempo para que la igualdad formal también les alcanzase. En un proceso lento y desigual según los países, éstas fueron adquiriendo la ciudadanía que hasta entonces les había sido negada. Una ciudadanía que pasaba por la extensión del principio de igualdad sin paliativos, aquélla que exige que en las leyes no se diferencie discriminatoriamente a persona o colectivo, aquélla que impone que el Derecho en sus formulaciones jurídicas y en su aplicación ha de ser igual para todas y para todos. Distinto es que esta igualdad no se pueda realizar porque la situación de desventaja social en la que se encuentran las mujeres lo impida materialmente; pero ello es otra cuestión que nos sitúa en el plano de la igualdad real que trataremos más adelante.

mujeres. Las propias mujeres se convierten en pieza clave de esta política y su sistema de dominación. En los años de la postguerra son el instrumento para reproducir y consolidar la base social de la dictadura y los valores que la garantizan, mujer-esposa-madre. Pilar DOMÍNGUEZ PRATS y M.^a Carmen GARCÍA-NIETO PARÍS, «Franquismo: represión y letargo de la conciencia feminista, 1939-1977, en Apéndice «Historia de las Mujeres en España», Bonny S. ANDERSON y Judith P. ZINSSER, *Historia de las mujeres: Una historia propia*, vol. II, cit., p. 641. Una exposición de la legislación protectora de la familia en M.^a Carmen GARCÍA-NIETO PARÍS, «Trabajo y oposición popular de las mujeres durante la dictadura franquista», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs.), *Historia de las mujeres*, T. 5, *El Siglo XX*, cit., pp. 722 ss. La retórica del régimen definió durante años el papel de la mujer o, mejor dicho, de la madre, como un emblema de la España auténtica y responsable de funciones educativas patrióticas-religiosas. En realidad se trata de la recuperación de una construcción identitaria tradicional elevada a responsabilidad nacional, Giuliana DI FEBBO, ««La cuna, la cruz y la bandera». Primer franquismo y modelo de género», Isabel MORANT (dir.), *Historia de las mujeres en España y América Latina*, T. IV, cit., p. 222.

Ahora nos enfrentamos a la conquista de la igualdad formal, es decir, a la eliminación de las barreras legales que impedían a las mujeres el pleno ejercicio de sus derechos, o a la derogación de aquellas normas que les dispensaban un tratamiento claramente discriminatorio, aquéllas que regulaban la familia, que disciplinaban las relaciones laborales, las que tipificaban los delitos...

En el plano social hubo que superar muchas barreras, hubo que saltar la valla de las limitaciones familiares, hubo de salvar la oposición de los convencionalismos, hubo que superar los inconvenientes de una formación deficiente, claramente sexista; pero sobre todo hubo de quebrar una estructura social y un pensamiento dominante claramente machista, marcadamente masculino⁶².

En el plano jurídico había que modificar normas, derogar preceptos, para que se le reconociera no solo su titularidad, sino también el pleno goce de los derechos. A ello contribuyó sin duda el que a las Constituciones se las empezara a reconocer plena eficacia jurídica, con lo que éstas dejaban de ser textos programáticos de significación exclusivamente política, y pasaban a asumir una posición preeminente dentro del ordenamiento jurídico, desde donde podían imponer sus principios al conjunto de las normas jurídicas, hasta el punto de invalidar todo precepto que contraviniera los derechos y las libertades por ellas proclamados. Y esto ocurrió tras la Segunda Guerra Mundial cuando los Textos Constitucionales integran instrumentos jurídicos que aseguran su primacía sobre el resto del ordenamiento jurídico, como ocurrió en Italia con la Constitución de 1947 y en Alemania con la Ley Fundamental de Bonn de 1949. En otros países el proceso es algo diferente, pero a ellos también llegan los nuevos aires de igualdad y libertad que se extienden por Europa, nos referimos a Francia, que carece de un

⁶² En efecto, existía un rechazo por parte de los obreros, los sindicatos y los partidos de izquierda, PSOE, al trabajo de las mujeres, a la que veían como una competidora de los hombres, a los que les podían quitar su fuente de ingresos; de ahí que por parte de los sindicatos se intentase reservar los trabajos más cualificados y mejor pagados a los hombres, al mismo tiempo que exigían un salario familiar a fin de poder retener a las esposas en el hogar, Mercedes YUSTA, «La Segunda República: significado para las mujeres», en la obra citada en nota anterior, pp. 108 y 109. En otro plano, y en la misma obra, pero muy significativo en la medida que refleja la masculinidad de la intelectualidad española, Marcia CASTILLO MARTÍN, refiriéndose a la segunda vanguardia española con representantes como Gómez de la Serna, Rafael Cansino Assens y Ortega y Gasset así como a las revistas literarias y emprendimientos editoriales, afirma: Compartían un discurso marcadamente tradicional y excluyente con respecto a las mujeres, discurso que por lo demás era común a la mayoría de los intelectuales que vertebraron la vida intelectual de la época. Sostenía el carácter genérico y no individual de las mujeres, su incapacidad para el pensamiento racional y la creación artística y la inevitable separación de las esferas sociales con la consecuente reclusión de las mujeres en la esfera de lo privado, «Escritoras y periodistas en los años veinte», cit., pp. 171 y 172.

Texto Fundamental al estilo de los anteriores. Pero las reformas exigidas también alcanzaron, en menor medida, a otros países políticamente muy diferentes, como Portugal o España, gobernados por una dictadura, aunque con la llegada de la democracia se apuntan a la estela renovadora que ya se había extendido por Europa. En todo caso el camino no fue fácil ni rápido.

4.4 La igualdad en la familia

En todo este proceso debemos reparar muy especialmente en la familia, pues ésta era la principal fuente de discriminación de las mujeres respecto de los varones. Urgía reformar un modelo de relaciones jurídicas que de partida las colocaba en una situación de clara desventaja. Así, se equiparan las edades de los hijos y de las hijas para alcanzar la mayoría de edad; en el seno de las relaciones conyugales, la igualdad impone la equiparación en los derechos y en las obligaciones que surgen del matrimonio, éstos se enuncian con un carácter correspectivo, con un contenido que llega a ser idéntico: el esposo no tiene ya la representación de la esposa como si de una incapacitada se tratara; se le priva del privilegio de la licencia marital, que tenía que otorgar para que su mujer pudiera hacer actos de disposición de sus derechos; en otro plano, la patria potestad empieza a ser una función que corresponden tanto al padre y la madre, cuya titularidad y ejercicio empiezan a compartir. Los derechos fundamentales penetran al interior de la familia, y lo que es más importante, empieza a reconocerse que éstos también pertenecen a la mujer, de tal manera que su goce no puede ser mediatisado por la intervención del padre y, sobre todo, del marido. La libertad personal, que también se le ha de reconocer a la mujer, impulsa las reformas del divorcio, cuando no su reconocimiento en aquellos países que aún no lo contemplaban⁶³; en esta línea el débito conyugal cae frente a una concepción de la dignidad de la persona incompatible con la obligatoriedad de este tipo de prestaciones personales; el control sobre su propio cuerpo que se le reconoce a la mujer incluye también la decisión sobre la maternidad. La intimidad personal que consagra el texto constitucional veta cualquier

⁶³ El divorcio había estado desde sus inicios en la reivindicación de los movimientos de mujeres, pues en el mismo veían una posibilidad de desligarse del vínculo matrimonial ante los abusos de los maridos. Además, muchos ordenamientos contemplaban causas diferentes para los hombres y las mujeres, así como sus efectos, lo que también denunciaban las mujeres. Una completa exposición en Laura LÓPEZ DE LA CRUZ, «La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo contractual», *Anuario de Derecho Civil*, fasc. II, 2009, pp. 620 ss.

control que hasta entonces se reconocía al marido sobre la correspondencia de la esposa o sobre otros elementos que integraban su privacidad. Y así, por influencia de los textos constitucionales, se va modificando la normativa que regula las relaciones conyugales, y también la interpretación de su contenido, acordes ahora con los principios democráticos que también alcanzan a las relaciones personales de los cónyuges; en este sentido se suprime como criterio decisorio de los asuntos que interesan a la familia la autoridad del marido, que deja de ser preeminente en lo que respecta al ejercicio de la patria potestad, a la elección del domicilio familiar, entre otras supuestas, para ser sustituida por la decisión judicial en caso de discrepancia.

En Alemania e Italia el control constitucional se impuso como garante de los derechos fundamentales. Los respectivos Tribunales constitucionales, según el modelo de cada país, llevaron a cabo la adecuación al sistema del resto del ordenamiento jurídico: La igualdad formal en su doble versión de igualdad en la Ley e igualdad en la aplicación de la Ley, terminó definitivamente instalándose en sus ordenamientos jurídicos, no sin dificultades⁶⁴. En Alemania comienza con la Ley en 1957, sobre igualdad de derechos de los cónyuges⁶⁵, después vendrán otras que terminan por consolidar a nivel legislativo el cambio constitucional con la extensión del principio de igualdad al conjunto de las relaciones

⁶⁴ En un interesante estudio, Blanca Rodríguez Ruiz refleja la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en la aplicación del art. 3 respecto de la igualdad de hombres y mujeres, y pone de manifiesto las dificultades que tuvo que sortear para superar los prejuicios que existían, y que se manifestaban a través de muy diferentes argumentos. Así, en una primera época, en los años cincuenta y sesenta, se apeló a las diferencias «objetivas biológicas y funcionales» entre los sexos, definidas estas últimas por la naturaleza de sus relaciones vitales en cada momento, para justificar la disparidad de tratamiento a las mujeres, al mismo tiempo que se afirmaba la igualdad de los sexos en lo que al valor y dignidad de cada uno se refiere. En los años setenta empieza a decaer la importancia de las diferencias apuntadas, que son relegadas por la igualdad formal que se sitúa en el primer plano del razonamiento. Los ochenta trajeron consigo un nuevo giro jurisprudencial en dirección a la igualdad material, aunque la igualdad formal sigue siendo con todo la regla general. Y en los noventa se abandona definitivamente la retórica del respeto a las diferencias objetivas biológicas y funcionales, que aún estaba latente, para optar por la búsqueda de la igualdad efectiva. «Familia e igualdad entre los sexos en el Estado constitucional: una mirada crítica al caso alemán», *Revista de Derecho de la Universidad de Granada. El Derecho y la familia*, 2001, pp. 316 ss.

⁶⁵ Como afirma R. Hepting la Ley de igualdad de 1957 puso todavía el acento en la preeminencia del marido, con cierto desprecio de la Constitución. Manteniendo a la mujer en el hogar, la ley pretendía realizar en la pareja de referencia (la pareja modelo) una noción de igualdad funcional; ella asignaba los roles en el interior de la familia, pero ponía el acento en el igual valor de estos papeles asignados, «Les effets généraux du mariage», H.A SCHWARZ-LIBERMANN VON WALHENDORT, *Mariage et famille en question. L'évolution contemporaine du droit allemand*, París, 1980, p. 71. Por su parte, D. GIESEN, pone el acento en los criterios de la unidad de la familia o el interés del hijo, que se utilizaban como argumentos, que a su juicio no se fundaban en principios constitucionales superiores al de igualdad., «Les notions de mariage et famille dans la Loi fondamentale», en la obra anterior, pp. 12 y 13.

familiares. En Italia, en espera de unas reformas legislativas que no llegaban, la Corte Constitucional (1956) tuvo que pronunciarse acerca de la adecuación a la Magna Carta de algunas disposiciones discriminatorias para las mujeres⁶⁶, en una jurisprudencia contradictoria que acusa el peso de la tradición, de la que solo logra despegarse a partir de los años sesenta. A nivel legislativo, primero fue la Ley de 1970, que introduce el divorcio⁶⁷, y posteriormente la de 1977 que implanta la igualdad formal de los cónyuges, las que marcarán el cambio definitivo en el Derecho de familia italiano, poniendo las bases y sentando los principios que desarrollarán leyes posteriores⁶⁸. En Francia, en la que las mujeres adquirieron el derecho al voto en 1946, llegará con la Ley de 13 de julio de 1965 y la Ley de 4 de junio de 1970 para la patria potestad⁶⁹. En España, a pesar de la situación política adversa, la Ley de 1975 reforma el CC para equiparar las esposas a los maridos en importantes aspectos⁷⁰: España no se pudo resis-

⁶⁶ Una exposición de esta jurisprudencia en Gilda FERRANDO, *Il matrimonio*, Cicu-Messineo *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, 2002, pp. 54 ss. También en, BESSONE, ALPA, D'ANGELO y FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, cit., p. 23. Incluso una parte de la doctrina defendía el carácter programático del art. 29 CI, en Alagna, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, 2 ed., Bologna, 1980, p. 27.

⁶⁷ Resalta Rescigno la importancia de esta Ley: Sobre el régimen general de la familia, sobre los tradicionales equilibrios políticos, sobre las costumbres civiles el divorcio está llamado a ejercer una influencia no comparable con la incidencia de otra medida, por más original y atrevida que sea, «Divorzio e diritto di famiglia» (1970), *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, p. 167.

⁶⁸ En el mundo anglosajón se acumulan las leyes reformistas relativas a los «problemas de la mujer». En el Reino Unido, *Equal pay Act*, de 1970, *Sex Discrimination Act* en 1975, la instauración de la Comisión para la igualdad de oportunidades. Además, la *Employment Protection Act* en 1975, que obligada al permiso pagado por maternidad y protección del despido injusto durante el embarazo, la *Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act*, de 1976, reforzó los derechos de las mujeres contra la violencia de los maridos, la *Sexual Offenses (Admendment) Act*, de 1976, mejoró las garantías morales otorgadas a las víctimas de violación durante el proceso. En EEUU, durante la década de los setenta, el Congreso aprobó 71 disposiciones relativas a los derechos de las mujeres, o sea, el 40% del total de estas disposiciones durante todo el siglo, Yasmine ERGAS, «El sujeto mujer: el feminismo de los años sesenta-ochenta», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs.), *Historia de las mujeres*, T. 5, *El Siglo xx*, cit., p. 594.

⁶⁹ En Francia las feministas de los años cincuenta, conocidas como reformistas, creían lo mismo que sus antecesoras las sufragistas en el inmenso poder transformador del igualitarismo jurídico... En cambio, la mayor parte de la nebulosa MLF, las neofeministas denuncian las reformas jurídicas como reformas «camelo». Su reivindicaciones se basan, mucho más allá del Derecho, en «una nueva manera de ser, de amar, de vivir». Así las cosas, la serie de leyes que consagran la igualdad civil entre mujeres casadas y sus maridos se elaboraron y luego se aprobaron en el parlamento en los años setenta «ante la indiferencia e incluso ante la ignorancia de las feministas». Solo más tarde se hundirá el frente antilegalista para dejar paso a una exigencia de nuevos derechos en campos igualmente nuevos (violación, violencia contra las mujeres, acoso sexual, exigencia de una ley anti-sexista según el modelo de la ley antirracista), Mariette SINEAU, «Las mujeres en la ciudad: derechos de las mujeres y democracia», cit., p. 573.

⁷⁰ La primera reforma significativa fue en 1958, cuya aprobación se debió al impulso de la abogada Mercedes Fórmica, que con un artículo en el ABC sobre el domicilio conyugal abrió el debate. En esta Ley se suprime el depósito de la mujer

tir a las exigencias de cambio⁷¹, a pesar de la dictadura, lo mismo que Portugal⁷². Con la transición política a la democracia, ambos países consolidarán las reformas pendientes, hasta llegar a la situación que conocemos⁷³.

casada, la vivienda familiar deja de ser la casa del marido para ser el domicilio conyugal, las viudas pueden ejercer la patria potestad sobre sus hijos, y se requiere autorización de la esposa para que el marido pueda enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles gananciales, entre otras modificaciones. La Ley sobre derechos políticos, profesionales y laborales de la mujer, de 22 de julio de 1961, les permitió acceder a trabajos y profesiones que les estaban vedados. La reforma más significativa de la dictadura franquista fue la que se operó por Ley de 2 de mayo de 1975, en la que de nuevo otra mujer, María Telo, con su empuje propició el cambio de la normativa del CC, suprimiendo la licencia marital y la representación del marido, entre otros aspectos, Concha FAGOAGA, «La democracia», en Apéndice «Historia de las Mujeres en España», Bonny S. ANDERSON y Judith P. ZINSSER, *Historia de las mujeres: Una historia propia*, vol. II, cit., p. 649. En la reforma de 1975 influyó sin duda que la declaración de NNUU del Año Internacional de la Mujer, Mabel PÉREZ-SERRANO, «Mujeres en la política de la transición», Isabel Morant (dir.), *Historia de las mujeres en España y América Latina*, cit., pp. 377 ss. Sobre esta Ley se puede consultar la obra de José Luis LACRUZ BERDEJO, *El nuevo Derecho civil de la mujer casada*, Madrid, 1975. Una exposición de las reformas legales en Ruth Rubio Marín (coordinadora), *Mujer e igualdad: la norma y su aplicación (aspectos constitucionales, penales y civiles)*, 3 tomos, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla 1999.

⁷¹ Durante mucho tiempo la situación de las mujeres en la dictadura fue muy diferente a la de los países de la Europa democrática, Giuliana DI FEBBO nos describe muy expresivamente dicha situación: Y mientras en la Europa recién salida de la Segunda Guerra Mundial las parejas se exhiben bailando los ritmos del *swing*, del *boggie-woogie* o de la *conga*, en España el baile se convierte en el blanco de una auténtica cruzada llevada a cabo desde los púlpitos, mediante pastorales, revistas y opúsculos, los cuales a veces incluyen una iconografía aterradoradora: por ejemplo, imágenes en las que aparece un demonio ocupando el lugar del bailarín o la bailarina, «La cuna, la cruz y la bandera». Primer franquismo y modelo de género», cit., p. 227. A partir de los años sesenta el panorama cambia con la movilización de las mujeres que empiezan a asociarse, jugando un importante papel el Movimiento Democrático de Mujeres que reivindicaba medidas para favorecer su incorporación al trabajo: guarderías, igual salario a igual trabajo, cantinas en las empresas; el acceso a la enseñanza que debía ser gratuita desde primaria a la universidad, coeducación, el derecho al atención sanitaria, al control de la natalidad y a la igualdad jurídica, Elena GRAU BOSCA, «De la emancipación a la liberación y la valoración de la diferencia. El movimiento de mujeres en el Estado español, 1965-1990», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs.), *Historia de las mujeres*, T. 5, *El Siglo XX*, cit., p. 739. En 1967 consiguieron 1.518 firmas para presentar al Vicepresidente del Gobierno un documento titulado «Por los derechos de la mujer española», en el que pedían igualdad de oportunidades para acceder al mundo laboral, guarderías, acceso total a la universidad, información y control de la natalidad divorcio y reforma del CC, Pilar DÍAZ SÁNCHEZ, «Participación social de las mujeres», Isabel Morant (dir.), *Historia de las mujeres en España y América Latina*, T. IV, cit., pp. 357 a 360. De la posición de muchos juristas que están en las instituciones es representativa la opinión de Castán que nos expone M.^a Olga SÁNCHEZ MARTÍNEZ: «Hasta tal punto la mujer resulta empequeñecida en sus trabajos que el feminismo tiene un referente masculino –se refiere siempre a las feministas–, desplegando toda su sutileza negadora de la inteligencia femenina, tanto cuando trata de la educación, el trabajo fuera de casa o el control de la natalidad, *La mujer en José Castán Tobeñas*, Santander, 2002, p. 79.

⁷² En Portugal, el grupo «las tres Marías» publicó escritos feministas en 1972 y sus integrantes fueron arrestadas por el gobierno de Salazar, solo se pudieron publicar en 1974, tras el triunfo de la Revolución.

⁷³ Una exposición de todos estos cambios desde la perspectiva constitucional y los Tratados Internacionales, en Alberto PALOMAR OLMEDA, «El principio de igualdad y la interdicción de la discriminación por razón de sexo desde una perspectiva constitucional»,

En todas estas transformaciones no se puede obviar la fuerza de los movimientos feministas, y de unos partidos políticos más sensibles con las reivindicaciones de las mujeres, que manifiestan su máxima expresión a partir de los años sesenta⁷⁴, en los que surgen con otra fuerza y con otras reivindicaciones. Como afirman, Bonny S. Anderson y Judith P. Zinsser, los movimientos de liberación de las mujeres a finales de los años sesenta y los setenta reclamaron más para ellas mismas que sus antecesoras, formando grupos de concienciación en los que cobra importancia la confianza que adquieren en su propia experiencia de mujeres, que le servía para que éstas se identificaran entre si; hay una cierta horizontalidad en estos grupos que se organizan al margen de los partidos. En concreto, reivindicaban el derecho a controlar su propio cuerpo, los anticonceptivos y el aborto, cuestionado las tradiciones sexuales básicas de la cultura, la doble moral para hombres y mujeres, el estatus marginal de las prostitutas, incluso la heterosexualidad humana «por naturaleza»⁷⁵. En este nuevo feminismo que surge al calor de los movimientos contestatarios de los años sesenta, la igualdad es una premisa indiscutible de la condición de mujer, pero añaden nuevas demandas a su lucha por la ciudadanía, consecuencias de la libertad que reclaman como elemento de su identidad femenina, y su denuncia es el patriarcado con el que explican una sociedad asimétrica e injusta⁷⁶. El conocido slogan «lo personal es

Alberto Palomar Olmeda (coord.), *El tratamiento del género en el ordenamiento español*, Valencia, 2005, pp. 23 ss.

⁷⁴ Las transformaciones que se producen en los ordenamientos jurídicos a partir de la Segunda Guerra Mundial se deben sin duda a los movimientos feministas de los años sesenta, sobre el tema Amelia VALCÁRCEL, *La política de las mujeres* cit., pp. 93 ss.

⁷⁵ *Historia de las mujeres: Una historia propia*, vol. II, cit., pp. 463 ss. El pensamiento feminista que se desarrollará a partir de los años setenta participará en muchos aspectos de las distintas corrientes: marxismo, psicoanálisis, crítica de la metafísica, estructuralismo, postmodernismo... Lo que lo caracteriza en su grandísima diversidad es el estilo político de plantear la cuestión. En efecto, parte de la comprobación según la cual la estructura de las relaciones entre hombres y mujeres es una estructura de poder que asegura la dominación de los primeros sobre las segundas. A partir de esta afirmación, se diversifica al infinito cuando se trata de saber cómo se abolirá esa estructura y con qué se la reemplazará, así como a la hora de establecer la diferencia sexual cuando escapa a su determinación socio-histórica, Françoise COLLIN, «Diferencia y diferendo: la cuestión de las mujeres en la filosofía», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs.), *Historia de las mujeres*, T. 5, *El Siglo xx*, cit., p. 350. Como se ha dicho, no existe una unidad en la acción de los movimientos de mujeres, algunos se separan de los tradicionales movimientos feministas y se identifican con el eslogan de la liberación de la mujer, rechazando incluso la denominación de feministas, son las liberacionistas. Ejemplo de lo dicho es el grupo francés de primeros de los años setenta *Psychanalyse et Politique*, que acusaba a las feministas de reformistas, asimilacionistas, que estaban condenada a aceptar las condiciones que les imponía la dominación masculina. En los ochenta, también se extienden en el Reino Unido los movimientos de liberación de la mujer diferenciados de los feministas. Finalmente, las liberacionistas terminaron por identificarse como feministas, Yasmine ERGAS, «El sujeto mujer: el feminismo de los años sesenta-ochenta», cit., p. 600.

⁷⁶ El movimiento feminista emerge en España inmediatamente tras la muerte del general Franco, con un retraso de cinco años respecto a otros países europeos y en medio

político» no solo sirvió para llamar la atención acerca de la voluntad de las feministas de no permitir que cuestiones tales como las relativas a las prerrogativas del marido en el matrimonio o a la violencia sexual quedaran confinadas en el ámbito de la moralidad individual, al margen de la discusión pública y, por tanto, política, sino que, además, «lo personal es político» señalaba la importancia que para las feministas revestía la reconstrucción de sí mismas⁷⁷. Son años de intensos movimientos en los que las mujeres escenifican los cambios de comportamientos desarrollando estrategias muy imaginativas⁷⁸ en una sociedad en transformación, y en las que la libertad sexual y el derecho a decidir sobre su propio cuerpo se convierten en bandera de muchas feministas, un pensamiento y una aptitud que llevará al feminismo radical que, diferenciándose de las tradicionales corrientes feministas liberal y socialista, toma a la sexualidad como una construcción política y categoría de análisis de la realidad⁷⁹.

de un fuerte clima de reivindicaciones sociales, sustentado por partidos de izquierda. Con una doble tendencia: grupos autónomos de mujeres radicados en Madrid, Barcelona, Bilbao y Valencia, y las secciones femeninas de los partidos de izquierda. Concha FAGOAGA, «La democracia», en Apéndice «Historia de las Mujeres en España», Bonny S. ANDERSON y Judith P. ZINSSER, *Historia de las mujeres: Una historia propia*, vol. II, cit., pp. 646 y 649. Una exposición de los movimientos feministas en España, en Elena GRAU BIOSCA, «De la emancipación a la liberación y la valoración de la diferencia. El movimiento de mujeres en el Estado español, 1965-1990», cit., pp. 736 ss. Sobre el tema también, Angélique JANSSENS, «Transformación económica, trabajo femenino y vida familiar», David I. KERTSER y Mario BARBAGLI (comps.), *La vida familiar en el siglo XX*, cit., p. 155.

⁷⁷ Yasmine ERGAS, «El sujeto mujer: el feminismo de los años sesenta-ochenta», cit., p. 608. El feminismo de los años 60 acuñó la frase de «lo personal es político» para señalar la necesidad de modificar los patrones de comportamiento en éste ámbito y su interés para los poderes públicos; sobre el tema Cristina SÁNCHEZ MUÑOZ, «Feminismo liberal, radical y socialista», *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos* cit., pp. 75 ss.

⁷⁸ En el año 1968 unas mujeres americanas representan el «entierro de la feminidad tradicional con un desfile de antorchas en el cementerio nacional de Arlington, otorgan la corona de miss América a una oveja viva o arrojan sostenes, fajas y pestañas postizas a un «basurero de la libertad»; dos años más tarde, las mujeres francesas depositan en el Arco del Triunfo de París una corona de flores en honor de la «esposa desconocida del soldado desconocido» y, junto a ella, otra que lleva la siguiente observación demográfica, aparentemente inocente, pero que encierra una sarcástica alusión didáctica: «De cada dos hombres, uno es mujer», Yasmine ERGAS, «El sujeto mujer: el feminismo de los años sesenta-ochenta», cit., p. 593.

⁷⁹ El feminismo radical, en sus diversos grupos, se origina en los movimientos contestatarios de los años sesenta en EEUU, en su teorización del sexo como categoría social y política, el modelo racial es clave para analizar las relaciones de poder entre hombres y mujeres. Si, como había demostrado la crítica del racismo, la relación entre razas es política, la conclusión será que también lo es la relación entre los sexos... En Europa, las teorías que circulan al calor de los movimientos de descolonización fueron muy influyentes, Alicia H. Puleo, «Lo personal es político: el surgimiento del feminismo radical», Celia AMORÓS y Ana DE MIGUEL, *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, T. 2. *Del feminismo liberal a la postmodernidad*, Madrid, 2005, pp. 38 y 39. También, Celia AMORÓS, «La dialéctica del sexo». De Shulamith FIRESTONE: «modulaciones feministas del freudo-marxismo», en la obra anterior, p. 72. En España, los setenta son años en los que las polémicas en el seno del feminismo marcan el proceso de división y profunda atomización. Los temas centrales de debate fueron: la doble militancia, la disyuntiva feminismo radical

Sus reivindicaciones son, no obstante, de amplio espectro, abarcan todos los ámbitos de relación, reclamando para sí una presencia acorde con su condición de ciudadanas, el trabajo, la profesión, la formación superior, la igualdad que se resiste, pero sobre todo cifran su señas de identidad en la libertad sexual y sus consecuencias: la legalización de los anticonceptivos⁸⁰ y del aborto⁸¹. En el plano de los comportamientos a nadie escapa la trascendencia que tuvo en las relaciones familiares⁸², y más en concreto en las relaciones de pareja, la extensión del uso de los anticonceptivos; una práctica que supuso para las mujeres poder ejercer la libertad de ser madre en un proceso que ya se había iniciado de conquista de sus derechos y de participación en la vida laboral, económica, cultural, social y política; a partir de entonces, las cosas empiezan a ser muy diferentes para ellas y, también, para la familia, pues se resquebraja uno de los pilares en los que se había asentado el ideal burgués: la separación de los roles en función del género. Además, no podemos dejar de considerar la importancia que la legalización del aborto, con muy distinto alcance en uno y otro ordenamiento, ha tenido para que la maternidad se fundamente cada vez más en una

y feminismo socialista, y feminismo de la igualdad y feminismo de la diferencia. Hizo crisis en las Jornadas de Granada de diciembre de 1979, organizada por la Coordinadora Estatal de Organizaciones Feministas. Enfrentamiento entre el Feminismo Socialista o lucha de clases, y el feminismo independiente que defendía la única militancia, Pilar FOLGUERA, «Voces del feminismo», Isabel MORANT (dir.), *Historia de las mujeres en España y América Latina*, T. IV, cit., p. 439.

⁸⁰ El proceso de la legalización de los anticonceptivos en Francia nos pone de manifiesto las dificultades a las que se tuvieron que enfrentar las mujeres, Gerard VINCENT, «Secretos de familia. Nacer o no nacer. La legalización de la anticoncepción», Philippe ARIÈS y Gerges DUBY, *Historia de la vida privada. 5. De la Primera Guerra Mundial hasta nuestros días (1987, 1999)*, Madrid, 2000, pp. 219 ss.

⁸¹ El 5 de abril de 1971 apareció en el *Nouvel Observateur* el «Manifiesto de las 343» cuyas firmantes, todas mujeres conocidas, afirmaban haber abortado. A partir de este y otros manifiestos se planteó el aborto en términos absolutamente nuevos: el hijo querido y el debate entre aborto clandestino y el aborto con asistencia médica y adquiere una dimensión política, Gerard VINCENT, «Secretos de familia. Nacer o no nacer. La legalización del aborto», cit., pp. 223 ss. También en 1971, 375 conocidísimas mujeres de Alemania occidental declararon –en un artículo publicado por la revista *Stern*– que habían interrumpido voluntariamente el embarazo. Este pronunciamiento catalizó una amplia movilización en contra de la legislación restrictiva del aborto, que culminó con una declaración de apoyo de 85.000 mujeres y autoinculpación de 3.000 que presentaron ante el Ministerio Federal de Justicia. Se logró que en 1974 se modificara la norma por una ley de plazos, pero fue declarada inconstitucional por el TC que obligó al Bundestag a aprobar una ley más restrictiva que limitara los supuestos en los cuales era posible abortar, Yasmine ERGAS, «El sujeto mujer: el feminismo de los años sesenta ochenta», cit., pp. 614 y 615.

⁸² Desde mediados de los años sesenta, y en el conjunto de los países desarrollados, la familia se ve afectada por turbulencias en las que es posible distinguir los primeros efectos de un mar de fondo provocado por las evoluciones demográficas que, en estos países, favorecen el surgimiento de un nuevo régimen de reproducción de las poblaciones y de su fuerza de trabajo, al tiempo que quiebran las bases materiales y sociales de las relaciones entre los sexos y devalúan la familia como lugar de «destino», Nadine LEFAUCHER, «Maternidad, familia y Estado», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs.), *Historia de las mujeres*, T. 5, *El Siglo xx*, cit., p. 479.

decisión libre de la mujer acerca de las relaciones sexuales, su propio cuerpo, y los hijos que desea tener. Los índices de natalidad caen y las mujeres dejan de considerar como única opción vital la familia y la maternidad⁸³.

Por otra parte, las mujeres se incorporan de manera muy significativa al mundo del trabajo, al calor del desarrollismo de los años sesenta, en una apuesta que le hace soñar con la quimera de que ese espacio definitivamente también es suyo⁸⁴; una mejor formación debido a su acceso a la enseñanza superior refuerza sus sueños⁸⁵.

4.5 Euforia por la igualdad conquistada

En el contexto expuesto de euforia por las conquistas, y de movilizaciones por las que quedan por conseguir, no es de extrañar que la cuestión de las mujeres salte al primer plano de las preocupaciones políticas; y así, el año 1975 se declara por Naciones Unidas el Año Internacional de la Mujer, y se celebra la Década de la Mujer, 1975-1985, con Conferencias en Ciudad de México, Copenhague y Nairobi⁸⁶.

Casi dos siglos después de que se proclama la igualdad y la libertad, las mujeres adquieren su ciudadanía, pero no saben aún que ésta en su plural genérico es masculina, su constatación llegará más tarde, cuando comprueben que la realidad social se resiste⁸⁷.

⁸³ Una amplia exposición acerca de los índices de natalidad durante el siglo xx, reparando en las consecuencias de las dos guerras mundiales y el efecto de los anticonceptivos, en Nadine LEFAUCHER, «Maternidad, familia y Estado», cit., p. 480. Por su parte, Angélique JANSSENS nos pone de manifiesto los cambios respecto a la maternidad de las europeas: en 1922 la gestación y cría de los hijos ocupaba la mayor parte de la vida de la mujer. La mujer media europea vivía unos 50 años, y dedicaba más de la mitad de su vida a criar los hijos... En 1970 las condiciones cambiaron radicalmente, la mujer media europea tenía una esperanza de vida de 75 años, de los cuales solo dedicaba 18 (entre los 22 y 40 años) a los hijos dependientes, «Transformación económica, trabajo femenino y vida familiar», cit., p. 155.

⁸⁴ La promoción de las mujeres a los ámbitos públicos del trabajo remunerado respondía a una «instrumentalización» de la política económica del momento y tenía poco que ver con el reconocimiento de una realidad que desde los presupuestos ideológicos del régimen se pretendía mantener inamovible: la necesidad de incrementar la población trabajadora, Susanna TAVERA GARCÍA, «Mujeres en el discurso franquista hasta los años sesenta», Isabel Morant (dir.), *Historia de las mujeres en España y América Latina*, T. IV, cit., pp. 259 y 260. Expone en una serie de cuadros la evolución del trabajo de las mujeres a lo largo del s. xx en Europa, Angélique JANSSENS, «Transformación económica, trabajo femenino y vida familiar», cit.

⁸⁵ Participación de las mujeres en la universidad española como estudiantes desde 1940 a 1987, María Antonia GARCÍA DE LEÓN, «A la sombra de la Universidad», cit., pp. 334 ss.

⁸⁶ En plano internacional se aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Nueva York, 19 de diciembre de 1979.

⁸⁷ La corriente igualitaria del feminismo es heredera del pensamiento de la Ilustración pasado a través del marxismo. Identifica diferencia y dominación para terminar con-

Y en efecto, con todos estos cambios podría parecer que se habían puestos las bases para una transformación definitiva de la sociedad en lo que respecta a la posición de las mujeres. Las modificaciones normativas que se habían producido a impulsos de los movimientos feministas, y de los partidos políticos que habían incorporado sus reivindicaciones, suprimieron los obstáculos legales que impedían el ejercicio de sus derechos. Pero el parámetro de todas estas reformas y transformaciones sociales es la igualdad formal. Una igualdad que se mide conforme al patrón de la masculinidad dominante, al que tienen que adaptarse las mujeres, pues siguen siendo aquellos los protagonistas indiscutibles de los ámbitos públicos.

Y así, las cosas no transcurrieron para las mujeres como auguraban los cambios sociales y jurídicos, pues muy diferente de la ciudadanía formal es la ciudadanía efectiva mediante el pleno ejercicio de los derechos que a ella se anudan.

5. LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIUDADANÍA DE LAS MUJERES

5.1 De bruces contra la realidad

A partir de los años ochenta, una vez que los diferentes ordenamientos se van adaptando a las exigencias de la igualdad formal, se comprueba, sin embargo, que la titularidad de los derechos adquiridos no se corresponde con un ejercicio efectivo de los mismos en iguales condiciones que los varones. Y en efecto, las mujeres han accedido a los ámbitos públicos, desarrollan una actividad laboral, participan en la cultura, en la economía e, incluso, en la política, pero en la realidad de los hechos siguen discriminadas⁸⁸. Se produce lo que se ha denominado el desencanto de los «treinta gloriosos (1945-1975): Las mujeres cada vez más integradas en el sistema educativo y en el mundo del trabajo, se ven al mismo tiempo relegadas a puestos cada vez más feminizados, esto es, devaluados, o a los niveles jerárquicos más bajos. Durante este periodo se asiste al

cibiendo tan solo individuos abstractos y equivalentes. Françoise COLLIN, «Diferencia y diferendo: la cuestión de las mujeres en la filosofía», cit., p. 352.

⁸⁸ Sobre el tema, Fátima ARRANZ, en la Introducción a *Las políticas públicas a favor de las mujeres*, Madrid, 2002, pp. 19 y 20. Paloma DE VILLOTA e Ignacio FERRARI HERRERO, «Sobre la desigual remuneración entre mujeres y hombres percibida a través de las estadísticas fiscales», en Paloma DE VILLOTA (ed.), *En torno al Mercado de Trabajo y las Políticas de Igualdad de Oportunidades*, Madrid, 2000, pp. 37 ss. En la misma obra, Laura DE PABLOS ESCOBAR, «Desigualdad laboral desde la perspectiva de género», pp. 73 ss.

patente proceso de naturalización de la división sexual del trabajo, proceso perceptible en el periodo anterior, pero que en este momento se intensifica al amparo de los nuevos datos económicos»⁸⁹. Como pone de manifiesto Susana Brunel, la situación de las mujeres en el mercado laboral se caracteriza por una serie de variables que constatan la discriminación por razón de sexo: baja tasa de actividad y alta tasa de desempleo en relación con la masculina, segregación ocupacional, desigual retribución por trabajos de igual valor, mayor precariedad en la contratación, menor protección social y adjudicación casi en exclusiva de las responsabilidades familiares⁹⁰. Tanto es así que las carencias del sistema se manifiestan con más intensidad en las mujeres en un fenómeno que se ha dado en llamar la feminización de la pobreza.

Pero el desencanto con la realidad también se produce en otros espacios, como ocurre en el empleo público, en el que éstas, de nuevo, constatan las dificultades de promoción a las altas instancias, o en el acceso a la judicatura, sin contar su reducida presencia en la actividad docente universitaria, que todavía mantiene patrones de comportamiento que recuerdan la vieja idea de que la ciencia es cosa de varones⁹¹; de otro lado, la política sigue siendo cosas de hombres, a las que solo acceden mujeres aisladas que se presentan como símbolo de un cambio que no acaba de llegar⁹². Y así podríamos seguir en otros espacios públicos en los que se decide el destino de la sociedad. Pero la cifra de mujeres adquiere unos tintes realmente dramáticos cuando se repara en las muertes que produce la violencia machista; mujeres, en su gran mayoría, que han perdido su vida buscando su libertad personal, cuando han querido huir de la dominación a la que estaban sometidas.

La realidad las pone frente a una situación que no era la esperada: la anhelada igualdad formal no se corresponde con una igual-

⁸⁹ Rose-Marie LAGRAVE, «Una emancipación bajo tutela. Educación y trabajo de las mujeres en el siglo XX.», Georges DUBY y Michelle PERROT (dirs.), *Historia de las mujeres*, T. 5, *El Siglo XX*, cit., pp. 523 y 524.

⁹⁰ «Las mujeres en el mercado laboral en España», Paloma DE VILLOTA (ed.) *En torno al Mercado de Trabajo y las Políticas de Igualdad de Oportunidades*, cit., p. 99. En la misma obra, Laura DE PABLOS ESCOBAR, «Desigualdad laboral desde la perspectiva de género», pp. 73 ss. Con datos del año 2002 para España, una completa exposición sobre la situación de la mujer, en M.^a Candelas SÁNCHEZ, Eva SIVÁN y Eva URBANO, «La mujer en el mercado laboral. Acceso, condiciones y remuneración», en Alberto PALOMAR OLMEDA (coord.), *El tratamiento del género en el ordenamiento español*, cit., pp. 197 ss.

⁹¹ Para España la obra colectiva: Teresa ORTIZ, Cándida MARTÍNEZ, Cristina SEGURA, Olga QUIÑONES, Pura DUART, Julia SEVILLA y Asunción VENTURA, *Universidad y Feminismo en España* (II), Granada, 1999.

⁹² Un panorama en España, en Ascensión Elvira Perales, «La participación política de la mujer», Alberto Palomar Olmeda (coord.), *El tratamiento del género en el ordenamiento español*, pp. 423 ss; también, María F. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *Liderazgo político de las mujeres. Desde la transición a la democracia paritaria*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2003.

dad sustancial. Resulta pues que, a pesar de los intentos de cambio de los comportamientos y de las mentalidades, a las mujeres se les sigue identificando de manera preferente con la familia, en la que aún asumen casi en solitario el cuidado y atención de los miembros que la integran, sin contar con el hecho evidente de la maternidad. Todo ello supone sin duda un lastre para su plena incorporación a la vida pública en todos sus ámbitos, pues se encuentran con que tienen que compatibilizar sus actividades laborales, sociales, políticas o económicas con la dedicación a la familia. Han de desempeñar lo que se conoce como la doble jornada, que dificulta el empleo y su promoción.

Pero también aflora una cuestión más profunda, la masculinidad de la vida pública a cuyas pautas de comportamiento tienen que adaptarse en clara desventaja con los varones. Así, tras un periodo en el que las aspiraciones de las mujeres se han cifrado en la identificación plena con los hombres mediante la conquista de una igualdad formal, aquella que uniforma al sujeto de derecho, en un proceso de masculinización que había impedido que afloraran al debate público todas aquellas cuestiones que las identifican y diferencian del patrón masculino dominante, se plantea la necesidad de reflexionar de otra manera, de otra forma, y una de las propuestas que se perfilan es la posibilidad de empezar a considerar a las mujeres como sujetos diferenciados del paradigma de la masculinidad.

5.2 La reivindicación de la diversidad

Frente a esta realidad y este debate las reacciones del pensamiento feminista, como ha ocurrido a lo largo de la historia, no son unánimes ni uniformes. Su formulación acusa la impronta ideológica de las distintas corrientes políticas, aflorando un asunto, también de larga tradición, cual es la capacidad de los partidos políticos y de la ideología que los sustenta para abordar en términos satisfactorios los problemas que aquejan a las mujeres; aunque en el fondo de la cuestión está el tema de la implicación de los movimientos feministas, que hasta ahora se habían desenvuelto al margen de la política formal, en las instituciones. Como se puede observar, muchos retos se plantean a este feminismo que debe iniciar una nueva andadura ante una realidad distinta.

En estos primeros años de los ochenta, los grupos feministas se alinean en torno a tres grandes opciones, la liberal, la socialista, y la radical que pronto derivará hacia el feminismo de la diferen-

cia⁹³. Y es que estas posiciones iniciales abocan pronto a una opción básica, que se convierte en el presupuesto ineludible de la construcción del pensamiento, nos referimos al feminismo de la igualdad y de la diferencia: «Estas dos perspectivas representan puntos de vista diametralmente opuestos en el debate “igualdad *versus* diferencia”...Sin limitarse a la etiología del feminismo, cada bando de esta disputa sostiene una comprensión particular de la naturaleza del feminismo; las “igualitarias”, tienden a desestructurar el género y mantienen un vínculo genético con su opresiva omnipresencia; para las «defensoras de la diferencia», el feminismo tiende a revalidar el género y tiene como causa originaria la negación de identidad que sufren las mujeres»⁹⁴. Hay pues una cuestión básica que las separa, las defensoras de la igualdad consideran al género una construcción social que ha de ser superada con la transformación de los comportamientos y mentalidades, las de la diferencia, por el contrario, estiman que éste es existencial poniendo el énfasis en la identidad y subjetividad femenina que marcan la posición desde la que se analiza la realidad exterior⁹⁵. Desde finales de los años setenta en el interior del movimiento feminista se empieza a consolidar un cambio profundo basado en el reconocimiento y la valoración de los caracteres femeninos, no solo los biológicos, sino también psicológicos, morales y culturales. La negación se sustituye por la afirmación de la diferencia, la reivindicación de la propia diversidad y la rebelión a la lógica que

⁹³ Yasmine ERGAS sintetiza las tres grandes posiciones del feminismo de los años ochenta en tres líneas de pensamiento: el radical, el socialista y el liberal, una clasificación, como nos dice la misma autora, que puede servir para situar los distintos movimientos y poner de relieve la influencia del discurso interno en un intento de establecer un diálogo con las tradiciones políticas dominantes y su capacidad de influencia en el discurso político. Desde esta perspectiva se puede considerar que mientras que las feministas radicales hablan de autonomía en términos que hacen pensar en los movimientos anticolonialistas de liberación nacional; el lenguaje de las feministas socialistas se destaca por sus resonancias simpáticas con los análisis que se centran en el conflicto y la contradicción de clases; las feministas liberales se distinguen por insistir en la importancia que tiene para las mujeres la conquista de la igualdad de derechos en un marco político y social pluralista. «El sujeto mujer: el feminismo de los años sesenta-ochenta», cit., p. 601.

⁹⁴ Yasmine ERGAS, «El sujeto mujer: el feminismo de los años sesenta-ochenta», cit., p. 604. Silvia ÁLVAREZ, «Diferencia y teorías feministas», *Feminismo. Debates teóricos contemporáneos*, cit., pp. 243 ss.

⁹⁵ Linda J. NICHOLSON, *Feminism/Postmodernism*, London, New York, 1990; Naomi Shor y Elizabeth, *The essential difference*, New York, 1994; Luce Irigaray, desde el feminismo de la diferencia, profundiza en la relación entre biología y cultura, *Yo, tu, nosotras*, Madrid, 1992, pp. 43 ss. En contra de la esencialidad de la diferencia, Raquel OSBORNE, *La construcción sexual de la realidad*, Madrid, 1993, pp. 95 ss. Interesantes reflexiones acerca del existencialismo de la identidad femenina defendido por el feminismo cultural y la posición al respecto de las feministas post estructuralistas, en Lunda Alcoff, «Feminismo cultural versus pos-estructuralismo: la crisis de identidad de la teoría feminista», *Debats*, 76, *Del post al ciborfeminismo*, primavera, 2002, pp. 18 ss.

quiere que la mujer rivalice sus modelos, valores y objetivos con aquellos creados por los hombres⁹⁶.

Este debate se sitúa en la bisagra de otro mucho más amplio, cual es el que se sostiene entre modernidad y postmodernidad, es decir, el que se desenvuelve en la órbita del sujeto universal y el que se afana en la deconstrucción de los paradigmas unificadores y aprioristas; todo ello enmarcado en la globalización y sus nefastas consecuencias, que ponen de manifiesto las injusticias del pensamiento dominante, y enfrenta la centralidad occidental a la periferia económica y cultural⁹⁷. Ambas líneas de pensamiento defienden la diversidad del sujeto femenino, resaltan la identidad genérica de lo femenino frente a la masculinidad del patrón dominante; y ambas defienden la necesidad de una deconstrucción, la noción de ciudadano a fin de tener en cuenta las señas de identidad de la subjetividad femenina. Las separa, por el contrario, el alcance de dicha deconstrucción, que en el caso de las seguidoras de la igualdad no debe llegar a anular una aspiración común de igualdad del sujeto, frente a las que defienden las posiciones de la diferencia, que propugnan la separación sin más de ambas posiciones genéricas: lo femenino y lo masculino.

A partir de ahí surge un diálogo intenso, a veces descarnado, de las dos líneas discursivas, entre las que se cuestiona todo, incluso la palabra género, y que se diversifican, ellas también, en una y mil manifestaciones, con un pensamiento vivo que abarca toda la realidad, aunque son las feministas de la diferencia las que muestran mayor vitalidad y agilidad para abordar materias más diversas, en una reinención de sí mismas que llega a nuestros días; nos referimos entonces al feminismo de la diferencia sexual, al feminismo cultural, al feminismo postmodernista del *ciborg*, a los diferentes ecofeminismos, también a las epistemólogas feministas, sin dejar de considerar a las pensadoras lesbianas, a las pensadoras negras y aquellas que está emergiendo en otras culturas como las islámicas⁹⁸. En este sentido, se ha afirmado que las dificultades del femi-

⁹⁶ Alezzandra FACHI, «El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove STAND DAHL», Ana RUBIO y Joaquín HERRERA (coord.), *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, cit., pp. 162 y 163.

⁹⁷ Una reflexión desde el feminismo sobre la globalización en María Xosé AGRA, «Ciudadanía, feminismo y globalización», *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, cit., pp. 69 ss. Una crítica a la corriente Género y Desarrollo y su influencia en los países emergentes, en Luis TEJADA, «Mujer y desarrollo», en Alberto PALOMAR OLMEDA (coord.), *El tratamiento del género en el ordenamiento español*, pp. 481 ss.

⁹⁸ Donna J. HARAWAY hace unas muy interesantes reflexiones acerca del feminismo desde la disciplinariedad de las ciencias, las tecnologías y las experiencias históricas, en cuyo tratamiento late de fondo la dialéctica de la modernidad y postmodernidad, cuyo influencia expresa con estas significativas palabras: «Yo, entre otras, inicié mi andadura deseando un poderoso utensilio que deconstruyese los aspavientos de verdad de la ciencia hostil y mostrase la especificidad histórica radical y, por lo tanto, la contestabilidad de

nismo de la diferencia empiezan precisamente por los problemas que plantean la decodificación y la reinención del sujeto. Cómo acometer la construcción de una mujer sujeto de derechos y cuales serían sus rasgos esenciales, diferenciados de los hombres y con los que las mujeres estarían identificadas⁹⁹. Algunas posiciones feministas de la diferencia se acercan entonces a la naturaleza, pretendiendo encontrar en ellas las fuentes de su diversidad, que identifican con la tierra, el medio ambiente o la maternidad. De ahí surge el ecofeminismo como reacción ante el patriarcado que se presenta como lo neutro¹⁰⁰.

5.3 Las transformaciones del feminismo

En los años ochenta se produce un fenómeno que está llamado a cambiar la tradicional veste del pensamiento feminista, más forjado en la acción política que en la elaboración de un pensamiento genuino, aunque no han faltado a la largo de la historia intentos, casi siempre contestados, de insistir en un discurso que le separara de las ideologías políticas dominantes. Nos referimos al feminismo académico, aquel que se nutre de la investigación que se empieza a desarrollar en las universidades, y que va a aportar datos y elementos para el conocimiento y la reflexión¹⁰¹. Y así se ha dicho: El feminismo trajo aparejada una explosión del saber que afectaría prácticamente a todas las disciplinas y se extendería, con mayor o

todas las construcciones científicas y tecnológicas. Al final, todas hemos terminado con una especie de terapia de electrochoque que, lejos de acomodarnos en los lugares preferentes del juego de contestar verdades públicas, nos expulsa de ese juego con múltiples trastornos de personalidad que, para colmo, nos hemos autoinfligido», *Ciencia, cyborgs y mujeres* (1991), Madrid, 1995, p. 319. Sobre las distintas líneas del pensamiento feminista en la misma obra, Alison M. JAGGAR, «Ética feminista: algunos temas para los años noventa», pp. 166 ss. Y Susan MOLLER OKIN, «Desigualdad de género y diferencias culturales», cit., pp. 185 ss. Una propuesta de superación de la dicotomía igualdad diferencia la hace M.^a José Fariñas, afirmando que «tenemos derecho a ser diferentes siempre que la implementación del principio de igualdad formal descaracteriza y atenta contra nuestra identidad. Es decir, *igualdad y diferencia* son las dos caras de una misma moneda», «Las asimetrías de género en el contexto de la globalización», *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, cit., p. 104.

⁹⁹ Como dice Rosi BRIADOTTI, Estoy muy contenta de ser una feminista postmoderna, es decir, alguien que cree en la decadencia histórica de la clásica visión de los sujetos, una creencia normal y erróneamente atribuida a Descartes. Me siento aún más contenta por haber aceptado, en cambio, una visión de mi misma y de la subjetividad humana entendida como un fenómeno completo, multiestratificado, más próximo a un proceso que a una entidad sustancial y más parecido a un acontecimiento que a una esencia, *Feminismo, diferencia sexual y subjetividad nómada*, edición a cargo de Amalia FISCHER PFEIFFER, Barcelona, 2004, p. 55.

¹⁰⁰ M.^a Luisa BALAGUER, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*. Madrid, 2005, pp. 47 y 48.

¹⁰¹ Pilar FOLGUERA, «Voces del feminismo», cit., pp. 441 ss. Fenómeno que califica Ángeles DURÁN de Renacimiento, en su obra que recoge una serie de artículos de la autora, *Si Aristóteles levantara la cabeza*, Madrid, 2000, pp. 115 ss.

menor apoyo de las instituciones formales de enseñanza académica, en prácticamente todos los países occidentales. El trabajo de los primeros años del feminismo académico presenta tres aspectos: el interés por la reconstrucción de la historia de las mujeres, la atención que se dedicó a la identificación de las coordenadas unificadoras de la condición de las mujeres en diversos contextos, y la intensidad del debate sobre los orígenes y las implicaciones de las diferenciación en las funciones y las identidades sexuales¹⁰². Como se ha dicho, reivindicar el trabajo conceptual es, desde luego, apostar sobre seguro, cuando lo que se trata es de guiar y acompañar un proceso o un conjunto de procesos en los cuales están implicados seres humanos y formas de vida: sin este trabajo, éstas pueden caer en el anquilosamiento y aquellos convertirse en objeto de malentendidos. Una paciente tarea de deconstrucción de creencias recibidas o «creadas», y específicamente en autorreflexión sobre las propias teorías feministas son trabajos insoslayables¹⁰³.

En el plano social también se operan otros cambios importantes para el tratamiento de las cuestiones que afectaban a las mujeres en su conjunto, y así se puede comprobar como en los años ochenta se produce una mayor aceptación por éstas de los movimientos feministas, aunque se mantuvieran posiciones diferenciadas respecto a los mismos. Hasta entonces la acción política de estos colectivos se había desarrollado con una cierta dosis de marginalidad, debido en gran medida a la incompreensión de los «compañeros» que poralizaban la toma de decisiones, pero también de las mujeres, que en su gran mayoría se desenvolvían ajenas a las reclamaciones de unos colectivos a los que algunas, incluso, con cierto desdén tildaban de feministas, cuando no con otros calificativos, en una visión muy peyorativa de su presencia en espacios que no eran el hogar. Pero esta situación cambia cuando aquellas empiezan a tomar conciencia de su realidad y se identifican con las reivindicaciones que plantean los grupos activos, si bien no militen en los mismos o no se identifiquen plenamente con ellos. Esta realidad se ha percibido

¹⁰² Yasmine ERGAS, «El sujeto mujer: el feminismo de los años sesenta-ochenta», cit., p. 611. La influencia de estos estudios no se limitó a la materia de género, sino que tuvo repercusiones metodológicas más amplias, respecto de la historia: «Desde mediados de los años ochenta se pusieron en marcha tentativas para descifrar las sociedades de otro modo, a través de un acontecimiento, significativo o anodino, o del relato de una vida, sustituyendo en cierta forma la búsqueda de las regularidades y el inventario por el análisis de lo particular y la ejemplaridad de una norma basada en la excepción y no en la suma de particularidades», y en este viraje la historia de las mujeres tuvo mucho que decir, Victoria LÓPEZ CORDÓN y Monserrat CARBONELL ESTELLER, «Mujer, familia y matrimonio», en la obra de la que son editoras, *Historia de la mujer e historia del matrimonio. Historia de la familia, una nueva perspectiva sobre la sociedad europea*, cit., p. 17

¹⁰³ Carmen GONZÁLEZ MARÍN, «¿Qué (Cuando) es feminismo?», cit., p. 121.

como de un feminismo difuso¹⁰⁴. Y así, desde esta identificación, las mujeres orientan su voto a los partidos u opciones ideológicas que empiezan a asumir en su agenda política sus reivindicaciones, mostrando pues una mayor sensibilidad con su causa. Es entonces cuando las mujeres feminizan su voto que dirigen a las opciones políticas que pueden aportar soluciones a sus problemas, y son los partidos de izquierda los que se benefician de este cambio de actitud, siendo así que se quiebra una línea de comportamiento de este cuerpo electoral que hasta entonces no condicionaba su voto a estas cuestiones¹⁰⁵.

Lo anterior lleva igualmente a que en el plano político se produzca la incorporación del feminismo al ejercicio institucional del poder con la presencia de las activistas de estos movimientos en el ejercicio formal de la política¹⁰⁶. Cambian pues sus pautas de comportamientos y las estrategias a seguir¹⁰⁷, al mismo tiempo que surgen otras cuestiones en el debate interno de estos movimientos. Una de ellas es la doble militancia, planteándose la compatibilidad de la participación activa en sus propias asociaciones y en los partidos políticos. Otra es la conveniencia de colaborar con las instituciones, retomando un discurso que ya se había tenido en otros momentos, que refleja cómo está aún presente en estos colectivos una cierta conciencia de su marginalidad política, es decir, de haber actuado extramuros de las instituciones para la conquista de sus derechos.

Se puede hablar entonces de una cierta feminización de la política al diseñarse desde los respectivos gobiernos acciones específi-

¹⁰⁴ Como explicita Elena GRAU BIOSCA responde a la recepción y asunción por parte de la población femenina de algunas de las ideas y comportamientos propugnados por el feminismo, «De la emancipación a la liberación y la valoración de la diferencia. El movimiento de mujeres en el Estado español, 1965-1990», cit., p. 745.

¹⁰⁵ Las mujeres pasaron de apoyar mayoritariamente a los partidos conservadores a inclinarse por los de izquierda, en Alemania Federal en las elecciones de 1981 y 1983 por el partido socialdemócrata, al mismo tiempo que se observa una mayor participación política, así, también en Alemania federal entre 1971 y 1981 la representación femenina en los partidos políticos llegó a duplicarse, Yasmine ERGAS, «El sujeto mujer: el feminismo de los años sesenta-ochenta», cit., p. 595.

¹⁰⁶ Mariette SINEAU, «Las mujeres en la ciudad: derechos de las mujeres y democracia.», cit., pp. 590 ss. Elena GRAU BIOSCA, «De la emancipación a la liberación y la valoración de la diferencia. El movimiento de mujeres en el Estado español, 1965-1990», cit., p. 745.

¹⁰⁷ El movimiento feminista de los años sesenta y setenta compartió con los grupos radicales una visión de una democracia más activa y participativa; a partir de ello se identificó con los valores de la democracia local y descentralizada: con la idea de que la democracia debe estar presente siempre que existan relaciones de poder. Sin embargo hay una segunda fase de ese movimiento en el que empieza a preocuparse del macronivel de la pertenencia de las mujeres a la comunidad política, a explorar cuestiones de inclusión y exclusión y a amortiguar las pretensiones universalistas del pensamiento político moderno, Anne PHILLIPS, «¿Deben las feministas abandonar la democracia liberal?», Carme CASTELLS (comp.), *Perspectivas feministas en la teoría política* cit., pp. 79 y 80.

cas dirigidas a las mujeres, con la creación, incluso, de una aparato institucional con esta misión¹⁰⁸.

En el plano de las realizaciones, parece claro que urge adoptar otro tipo de medidas que hagan realidad lo que se proclama en los Textos Constitucionales y los Tratados Internacionales, que las mujeres y los hombres han de ser iguales.

5.4 La búsqueda de la igualdad real

El cambio tiene que venir necesariamente de la mano de la Constitución del Estado Social, pues es ésta la que impone como objetivo el paso de la igualdad formal a la igualdad real; un cometido que le corresponde a los poderes públicos, a los que se les encarga «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; (así como) remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural», artículo 9 de la Constitución española¹⁰⁹.

Nos sitúa pues este artículo en un plano diferente al que hasta ahora nos estamos desarrollando, pues ya no se trata de que se eliminen las barreras legales que impiden la equiparación de la mujer al hombre, aunque a decir verdad aún en los ochenta había que allanar el camino a esa igualdad, suprimiendo discriminaciones que todavía existían. Se trata ahora de que se emprendan acciones por parte de los poderes públicos que promuevan la igualdad real de las mujeres y de los hombres. Hay que proceder, en consecuencia, a la construcción efectiva de la ciudadanía que le se ha sido reconocida, y que supone el ejercicio real de los derechos que como personas y ciudadanas le corresponde¹¹⁰. Se trata pues de incidir en las relaciones sociales con otro tipo de medidas, que la mera declaración formal de su igualdad.

¹⁰⁸ Como ejemplos, podemos resaltar que en Alemania, en 1979, se creó una Dirección para Asuntos de la Mujer, y en 1986 se implantó el Ministerio Federal para las Mujeres dependiente del Ministerio de la Juventud, la Familia, las Mujeres y la Salud, siendo así que a finales de los ochenta todos los *länder* tenían oficina para la mujer. Y en España se crea el Instituto de la Mujer en 1983.

¹⁰⁹ Como dice María Luisa BALAGUER: A diferencia del liberarismo, el Estado Social para realizar los fines que le son propios ha de integrar la diferencia dentro de los derechos fundamentales, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, cit., p. 107.

¹¹⁰ Define G. PROCACCI la ciudadanía como un proceso de creación de sujetos, «Ciudadanos pobres, la ciudadanía social y la crisis de los estados del bienestar, en S.GARCÍA y S LUCKES (comp.), *Ciudadanía, justicia social, identidad y participación*, Siglo XXI, Madrid, 1999, p. 22.

De entrada, esta exigencia y los valores que representa suponen colocarnos en una perspectiva distinta respecto a las mujeres. En efecto, en la exposición que hemos hecho hasta este momento, se ha considerado a las mujeres exclusivamente por su sexo, entendiendo que éste no puede ser en ningún supuesto causa de discriminación; pues repugna a los valores democráticos que se puedan establecer diferencias en función de un dato biológico, del que no se deriva una distinta capacidad y raciocinio, como en otras épocas se ha afirmando. Por el contrario, la búsqueda de la igualdad real exige que partamos del dato cierto de la desigualdad social para que se adopten las medidas necesarias que permitan superar esa situación. Ello requiere que se observe a las mujeres como pertenecientes a un género, el femenino, que está en una clara situación de desventaja; no a la mujer por sí misma en cuanto mujer, sino a las mujeres como grupo que padece una discriminación en el seno de la sociedad, y se repare en ellas para dispensarles un tratamiento diferenciado que les permita superar la situación en la que se encuentran¹¹¹. Preocupa ahora la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pero esta preocupación tiene en el tema que nos interesa matices diferentes.

Hasta ese momento la intervención de los poderes públicos en las relaciones sociales para corregir las situaciones de desigualdad había recaído sobre colectivos a los que el juego de las fuerzas económicas los colocaba en una posición de debilidad. Y en este punto, existe ya una larga tradición en el tratamiento diferenciado de los trabajadores para hacerlos destinatarios de unas normas específicas que tienden a paliar su situación de desventaja. En su momento, el acceso de los mismos al escenario político y social supuso el cuestionamiento del orden burgués y el paso al Estado Democrático y Social como la opción de «occidente» a la URSS; un cambio que sin duda propició el acceso de las mujeres a la ciudadanía formal. También, la intervención pública en los términos expuestos alcanzó a los campesinos y a los arrendatarios, que se encarnaron en nuevos sujetos de derecho. Más recientemente, los consumidores aparecen como un colectivo con un cierto protagonismo en la acción del Estado por la igualdad sustancial. Ahora bien, las medidas que en todos estos supuestos se han adoptado han tenido que respetar los límites constitucionales que impone el modelo económico consagrado, es decir, la economía de mercado que se sustenta en dos derechos fundamentales:

¹¹¹ Como es sabido, el término género tiene su origen en los escritos de los años sesenta de Money y Sotller y se aplica al feminismo por G. RUBIN, en su conocido artículo *The Traffic of Women: Notes on the Political Economy of Sex*, Reiter, *Toward an Antropology of Women*, New Cort, Monthly Revió Press, 1978.

la propiedad y la libre iniciativa económica, cuyo contenido esencial en todo caso se ha de respetar. Además, no olvidemos que dicho modelo necesita para poder funcionar de una cierta desigualdad estructural que coloca a los colectivos antes reseñados como sujetos menores frente a los actores económicos, protagonistas indiscutibles de las relaciones económicas y titulares de los mencionados derechos. Siendo así que las normas protectoras que en estos ámbitos se han dictado acusan la debilidad de la posición de estos otros sujetos, no llegando en ningún caso a proclamar una igualdad sustancial de las partes en conflictos, pues ello daría al traste con el modelo económico consagrado constitucionalmente. Pero no ocurre así con las mujeres, cuya discriminación o desventaja social no se justifica en ningún caso por razones que aporte el sistema, antes al contrario, la discriminación que padecen tiene su raíz en la diferencia sexual y la construcción social de género a partir de la misma, incompatible con todas las declaraciones sobre los derechos humanos y vetada en todos los Textos Constitucionales. Por ello, éstas no pertenecen a un colectivo que está en desventaja o desprotección social por razones que tiene su origen en el sistema.

En otro plano, tampoco se pueden identificar a las mujeres en su conjunto con grupos de personas que por sus condiciones intrínsecas deban ser objeto de protección, como ocurre con los menores, las personas con un tipo de minusvalía, o los enfermos, por lo que tampoco pueden recibir el mismo tratamiento que se le dispensa a aquéllas.

Las mujeres no representan un colectivo socialmente frágil ni intrínsecamente débil, sino integran la mitad de la población que aún sigue excluida de la plena ciudadanía por una causa que el propio sistema repele por imperativo constitucional. Por ello la respuesta jurídica no debe ser la misma –ello no impide que algunas mujeres puedan ser parte de estos grupos; entonces el diálogo que se establece es entre la trabajadora y el trabajador, la consumidora o el consumidor, o el menor o la menor, por poner algunos ejemplos. Aunque, a bien decir, en estas situaciones también las mujeres padecen la discriminación de género.

Pero la novedad de la materia no se percibe en toda su dimensión por los juristas, demasiado acostumbrados a desenvolverse con un Derecho de clara inspiración liberal, que todo lo más hace concesiones sociales a los colectivos más desfavorecidos por el sistema, sin poner en ningún caso en tela de juicio las bases ideológicas del mismo, asentada en la declaración formal de los derechos,

esencialmente la igualdad. Por ello, las primeras reacciones siguen la senda trazada para estos colectivos.

Y así, la solución a la situación de las mujeres se buscó en los recursos que tradicionalmente se habían manejado para los grupos más desfavorecidos, a los que hemos hecho referencia; y en este sentido se recurrió a las prestaciones sociales, que en ningún caso cuestionan el modelo, con el despliegue de políticas públicas tendentes a aliviarlas de las cargas familiares que asumían casi en solitario, implantando una serie de servicios como las guarderías infantiles, la escolarización temprana o las ayudas económicas por maternidad...¹¹² Pero pronto se comprobó que este tipo de medidas, en última instancia, abocan al fortalecimiento de su dependencia de lo poderes públicos: Las emancipa del marido pero las liga inexorablemente al Estado. Como acertadamente precisa Françoise Thebaud: Ocurre, sin embargo, que la mujer empieza a depender del Estado y de las políticas públicas, hasta el punto de que su conquistada presencia en la sociedad sólo se asegura mediante la continua implicación de los poderes públicos, pues las bases en las que se asienta la organización social están lejos de cambiar; por ello se ha hablado, con acierto, de su maridaje con el Estado Social¹¹³.

5.5 Las acciones positivas: De las cuotas a la democracia paritaria

Hacía falta dar un giro importante, un cambio de rumbo, que se inicia ya en los años noventa, dirigido a remover la misma estructura de la sociedad, asentada en la ideología de la desigualdad mediante un reparto de roles diferentes para las mujeres y los hom-

¹¹² Expone muy pormenorizadamente las distintas leyes de protección de maternidad, subsidios por maternidad, y a los hijos, señalando el debate que en torno al tema se ha ido generando en los distintos países, por parte de los partidos políticos y de las distintas corrientes del feminismo, Gisela BOCK, «Pobreza femenina, derechos de las madres y Estados del bienestar (1890-1950)», cit., pp. 443 ss.

¹¹³ Desde esta teoría se ha llegado a afirmar que las mujeres son el Welfare State, pues al mismo tiempo que son proveedoras de servicios son beneficiarias de los mismos, de tal manera que el Estado se convierte en una especie de «marido», «Maternidad, familia y Estado», Françoise THEBAUD, *Historia de las mujeres. El siglo xx* (Roma 1992), Madrid 1993, p. 455. La intimidad de los vínculos que unen el empleo femenino y el sector de la reproducción –tanto público como privado– ha llevado a algunos autores a considerar a las mujeres como «casadas con el Welfare State. Los creadores de esta fórmula creen incluso que «las mujeres son el Welfare State, a la vez como proveedoras de servicios y como beneficiarias de las ayudas sociales.», Nadine LEFAUCHER, «Maternidad, familia y Estado», cit., p. 497. Una interesante exposición de las diferentes teorías feministas sobre el papel del Estado en la construcción de la ciudadanía de las mujeres, en Fátima ARRANZ, Introducción a *Las políticas públicas a favor de las mujeres*, cit., pp. 26 ss.

bres. La maternidad y el cuidado y atención de los hijos y familiares dependientes deben ser asumidos por toda la sociedad¹¹⁴, y sin lugar a dudas, también por los varones, que deben implicarse en estas tareas, para desbaratar la idea, todavía muy extendida, que lo que ocurre en la familia afecta de forma preferente a las mujeres, con la definida intención de implicar también a los hombres en las funciones derivadas de la paternidad y en las obligaciones respecto de la familia¹¹⁵.

Puede parecer, sin embargo, que la especificidad femenina y su problemas acababan ahí, en su vinculación a la familia, que se pretende resolver con este nuevo planteamiento; en las demás actividades se le han de aplicar las disposiciones generales en la materia, aquéllas que disciplinan las relaciones laborales, las que regulan la participación social, cultural o política, habida cuenta que no presentan diferencias con los hombres. Pero la realidad impenitente viene a demostrar lo contrario, que las mujeres no son iguales a los hombres, con lo que urge reflexionar acerca de la misma y encontrar soluciones. Una reflexión que, de entrada, ha de insistir en la aplicación del principio de igualdad, identificando los comportamientos que lo vulneran y descifrando las claves que los pretenden ocultar, para sacar a la luz las prácticas veladas de discriminación que disimulan la apariencia de normalidad que quieren transmitir aquellos que piensan que todo está conseguido. Se incorpora pues

¹¹⁴ Carole PATEMAN, desde una posición que se puede inscribir en el feminismo socialista, identifica el liberalismo con la división de los espacios públicos y privados, calificándolo de patriarcal. Sobre el punto que planteamos en el texto afirma: Las feministas están intentado desarrollar una teoría de la práctica social que, por primera vez en el mundo occidental, sería una teoría verdaderamente general –que incluiría a hombres y mujeres por igual– basada en la interrelación, y no en la separación –de la vida individual y colectiva, o en la vida personal y la política–. A un nivel inmediatamente práctico, esta necesidad se expresa en la que quizá sea la conclusión más clara de las críticas feministas, los hombres han de compartir por igual la crianza de los hijos/as y otras tareas domésticas, «Críticas feministas a la dicotomía público/privado, cit., p. 51. En este línea, la Ley española 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, introdujo un nuevo párrafo art. 68 del CC, referido a los derechos y obligaciones de los cónyuges, con el siguiente tenor: «Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo», sobre tal reforma el interesante trabajo de Laura LÓPEZ DE LA CRUZ, «La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares» *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, 2007, pp. 4 ss. Este es uno de los objetivos de la LO 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, de la que se debe resaltar el permiso de paternidad, Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 1/2007, pp. 265 ss.

¹¹⁵ Propone Ana RUBIO CASTRO un nuevo contrato social sin exclusión de sujetos y contextos para abordar las funciones de cuidado, que supere las instancias actuales de socialización, «Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política», *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, cit., p. 60. En la misma obra, Juana María Gil, «Nuevos modelos para la conciliación de la vida laboral y familiar. La necesidad de un cambio institucional», pp. 225 ss.

un nuevo concepto, el de discriminación indirecta, con el que se quiere desvelar estas prácticas¹¹⁶. Su aplicación requiere del método estadístico que se incorpora así al elenco de recursos probatorios, ampliándose con ello las posibilidades de defensa de las que se sienten discriminadas. Lo anterior ha propiciado también que se imponga en determinados casos la inversión de la carga de la prueba¹¹⁷, facilitando con ello la demostración de comportamientos claramente discriminatorios que hasta hace poco no accedían al conocimiento de los tribunales. El principio de igualdad de trato de mujeres y hombres adquiere pues otra dimensión, otra eficacia, que traspassa la mera declaración formal. Una exigencia necesaria, habida cuenta del incumplimiento generalizado del mandato constitucional que impide establecer diferencias por razón de sexo cuando éstas no estén justificadas.

Con esta filosofía se actúa en uno de los ámbitos en los que tradicionalmente se ha cebado la discriminación a las mujeres, nos referimos a aquél en el que se desarrolla la actividad laboral y profesional, por ser éste su puerta de entrada a los espacios públicos de relación, y sustento de su independencia económica, imprescindible para poder actuar con libertad y autonomía¹¹⁸. Pero también

¹¹⁶ En España esta figura adquiere rango normativo con el art. 6 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, aunque la misma tenía ya una larga tradición en el Derecho de la UE y había sido asumida por el TC, entendiéndose que la misma «incluye tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan... consecuencias perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno u otro sexo», STC 145/91. Sobre el tema, R SERRA CRISTÓBAL, «La discriminación indirecta por razón de sexo», M. J. RIDAURA MARTÍNEZ y M. J. AZNAR GÓMEZ (coord.), *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Valencia, 2004, pp. 40 ss.

¹¹⁷ Art. 13 de la Ley de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres: «Prueba. 1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes. 2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales».

¹¹⁸ En el seno de la UE existe una larga tradición en la aplicación del principio de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales, que se remonta al año 1975, y que ha culminado con la aprobación de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio, relativa a *aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*, que viene a refundir disposiciones anteriores. Entretanto la Comisión Europea a mediados de los años setenta, a través de los Programas de Acción Social y después de los Programas de Igualdad, impulsó la adopción de medidas tendentes a la equiparación de la mujer y el hombre en el ámbito de las relaciones de trabajo, lo que ha provocado la adopción de 12 Directivas y otros actos comunitarios. Así, se pueden destacar, la Directiva 75/117/CE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, *relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos*; la importante Directiva 76/207/CE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, *relativa a la aplicación del principio*

se extiende a otra categoría de relaciones, hasta entonces inmunes a este tipo de exigencias, las que se dan en el tráfico jurídico de bienes y servicios, que se ven ahora limitadas por el respeto del principio de igualdad de trato al que nos referimos anteriormente¹¹⁹. Con esta medida se asume que la igualdad está por encima de la libre iniciativa económica, y que la economía de mercado no es un pretexto convincente para obviar lo que es una exigencia constitucional: el sexo no puede ser en ningún supuesto causa de discriminación. Se da un vuelco importante en la jerarquía de valores y se asume la eficacia vinculante de la igualdad¹²⁰.

Pero la situación de las mujeres amerita otro tipo de reflexión, requiere de otro tipo de medidas que remuevan los obstáculos que impiden su incorporación definitiva a los espacios en los que se decide el destino de la sociedad, aquellos en los que es patente su reducida presencia, a pesar de haber demostrado la misma disponibilidad y preparación que los hombres¹²¹. Se habla entonces de

de igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo, modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, finalmente, la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio, *relativa a aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*. En las mismas se consagra la igualdad formal de ambos sexos en las relaciones de trabajo; en su art. 1. apartado 1, se declara la igualdad entre hombres y mujeres, lo que supone «*la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente*». Sin embargo, se abre la posibilidad de que los Estados puedan adoptar medidas de acción positiva que favorezcan la inserción y promoción laboral de las mujeres cuando estén discriminadas en la realidad de los hechos; así, en el apartado 4 del art. 2 de la mencionada Directiva, se afirma que ésta «*no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en materias contempladas en el apartado 1 del art. 1*», es decir, en el ámbito laboral.

¹¹⁹ Un estudio en profundidad de esta materia y sus implicaciones constitucionales en M.^a Paz GARCÍA RUBIO, «Discriminación por razón de sexo y Derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Derecho privado y Constitución*, n.º 21, 2007, pp. 131 ss; también, Susana NAVAS NAVARRO, «Negativa a contratar y prohibición de discriminación», ADC, vol. 60, t. 4, 2007, pp. 1616 ss.

¹²⁰ Esta exigencia viene impuesta por la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, *por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y suministro*, que ha sido traspuesta al Derecho español en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

¹²¹ Hablamos del caso Kalanke, en el que se dilucidaba el acceso a puesto de jefe de sección del servicio de parques y jardines de una mujer y un hombre con iguales méritos; la plaza se le concedió a aquella en aplicación de los criterios contenidos en la disposición que fue objeto de la cuestión de prejudicialidad ante el Tribunal de Justicia. La STJC 1995/172, de 17 de octubre, declaró la incompatibilidad de la norma alemana con la Directiva, al entender que la preferencia absoluta a favor de las mujeres implicaba una discriminación por razón de sexo. Sin embargo, este criterio jurisprudencial cambia en otra sentencia posterior, en la que se dilucida de nuevo una cuestión prejudicial presentada por Alemania en un caso similar; nos referimos a la STJC 1997/236, de 11 de noviembre. Los hechos que la provocan son muy parecidos: en este supuesto se trata de la promoción a profesor de un hombre y una mujer que tienen los mismos méritos, y en igualdad de condiciones se opta por la última, pero en este caso la norma sometida a valoración matiza la preferencia por la mujer: «Cuando en el sector del organismo competente en el

adoptar políticas de acción positiva que suponen una quiebra de la igualdad formal para beneficiar a los que están en clara desventaja social; unas acciones que se justifican para la consecución de la igualdad real y que tienen su fundamento en la diferente situación de partida en la que se encuentran personas y colectivos, entre las que están sin duda las mujeres. A partir de ahí, se diseñan políticas dirigidas específicamente al género femenino, para propiciar su plena integración en la sociedad en condiciones de paridad con el varón.

Las acciones positivas están el centro del debate acerca de las medidas que se deben de adoptar respecto al tema que nos ocupa, un debate que tiene un trasfondo político y una dimensión jurídica. Desde la defensa a ultranza de la igualdad formal, que mantienen las ideologías liberales o conservadoras, se rechaza este tipo de acciones por entender que la situación de las mujeres no justifica su quiebra; aunque en el fondo de estas manifestaciones late la idea de muchas burguesas de que las acciones promocionales deslegitiman una posición que consideran adquiridas con su esfuerzo personal, sin tener en cuenta a aquéllas que no han podido acceder. Desde las posiciones de izquierdas, una vez superada la visión masculina de la realidad social y sus soluciones, la defensa de estas acciones se sustenta en la consecución de la igualdad sustancial, objetivo de su acción política¹²². A este planteamiento han contri-

que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencias y prestaciones profesionales, *salvo que concurren en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor...*» Esta excepción, llamada cláusula de apertura, es la que inclina al Tribunal a estimar compatible la norma alemana con la Directiva. En su opinión se mitiga el rigor de la preferencia absoluta por la mujer en los términos antes expuestos, con la posibilidad de considerar en el candidato masculino motivos que puedan favorecerles en el acceso y promoción al trabajo. Con posterioridad el TJC confirma su tendencia a admitir las medidas de acción positiva a favor de la mujer trabajadora, como hace en la STJC 2000/56, de 28 de marzo, que resuelve de nuevo una cuestión prejudicial respecto a una normativa alemana relativa a un plan de promoción de las mujeres en el ámbito científico o para auxiliares científicos en las que estaban infrarrepresentadas. Sin embargo, cuando la preferencia por la mujer se impone sobre los méritos de los candidatos, se ha entendido que se viola el principio de no discriminación, como se ha afirmado en la STJC 2000/166, de 6 de julio, referida a disposiciones suecas.

Una crítica general a la actuación del Tribunal, en Jo Shaw que afirma: Parece que el Tribunal recurre a argumentos legales, incluyendo la invocación de la igualdad y otros principios relacionados, para mostrar una mayor sensibilidad hacia la demanda de los gobiernos más que para mostrar una gran simpatía hacia una agenda progresista o feminista que promueva la relevancia del empleo del género como herramienta de análisis. Igualmente pone de manifiesto el grado de inconsistencia del Tribunal al invocar principios extensos y flexibles para reforzar argumentos sobre la igualdad, hasta el punto de preguntarse: ¿Cuándo estos principios son invocados se hacen con la intención de traer el género al centro del análisis?, «Gender and the Court of Justice», en Gráinne de Búrca and J. H. H. WEILER (ed.) *The European Court of Justice*, Oxford, 2001, p. 132.

¹²² M.^a A. MARTÍN VIDA, *Fundamentos y límites de las medidas de acción positiva*, Madrid, 2002.

buido sin duda los escritos feministas, que han descifrado la sociedad desde otras claves y han puesto de manifiesto la insuficiencia de las formulaciones dominantes que en su masculinidad ofrecen una explicación necesariamente sesgada de la realidad exterior y su evolución futura. Estas reflexiones sitúan el tema que se trata en el ojo del huracán en torno al cual circulan las posiciones feministas de la igualdad y de la diferencia, que tantos debates han suscitado, que no es otro que la naturaleza y alcance de la subjetividad e identidad femenina. En contra de lo que defienden las seguidoras de la diferencia, ésta no es existencial, sino resultado de una construcción social impuesta por las relaciones de sumisión y dependencia en las que se ha ubicado a las mujeres. Por ello las acciones positivas deben adoptarse desde la perspectiva histórica de una discriminación que debe ser superada, con fecha de caducidad, y no como un elemento estructural de las políticas de género¹²³. Y en este sentido el acierto de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres está en que pone el acento en la aplicación del principio de igualdad de trato, recurriendo solo a este tipo de acciones cuando la inversión de las circunstancias adversas sin fundamento constitucional, así lo exige¹²⁴.

En el plano jurídico, ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional, admitiendo la constitucionalidad de estas medidas siempre que concurren determinados requisitos y supere el juicio de racionalidad¹²⁵. En consecuencia,

¹²³ La Estrategia Marco Comunitaria de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres (2001-2005) recomienda las acciones positivas. Sobre el tema, M.^a Ángeles BARRÈRE UNZUETA, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, 1997.

¹²⁴ La Ley de Igualdad parte del reconocimiento implícito de una realidad, que en la sociedad española las mujeres no ejercitan sus derechos en las mismas condiciones que los hombres. Se asume pues por el legislador la situación de discriminación que en todos los ámbitos de relación se encuentran aquellas, y esto es importante por cuanto este reconocimiento será el que legitime el conjunto de medidas que en la misma se contienen, innecesarias si la situación no fuera la descrita anteriormente. Aunque no se puede afirmar que ésta sea una Ley solo para las mujeres, pues sus normas se refieren en la generalidad de los casos a los dos géneros, para imponer lo que la sociedad no ha sabido hacer, que ambos son iguales y merecen el mismo tratamiento. Sólo repara en las mujeres cuando su protección y promoción requieran de actuaciones específicas, bien porque se refieran a circunstancias que le afectan más directamente, como la maternidad, o porque contemple situaciones en las que aquéllas se encuentran en desventaja, sobre la misma ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres», cit., pp. 265 ss.

¹²⁵ El artículo 11.1 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres recoge las exigencias constitucionales, «Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso». Sobre el tema, RUTH RUBIO MARÍN, «Mujer e igualdad: el ordenamiento constitucional; logros y posibilidades», RUTH RUBIO MARÍN (coordinadora), *Mujer e igualdad: la norma y su aplicación*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999, p. 11.

las acciones positivas para mejorar la situación de las mujeres tienen un encaje constitucional, pues es una exigencia del Estado Social alcanzar la igualdad sustancial como presupuesto para la democracia¹²⁶.

El debate sobre este tipo de acciones se ha suscitado más en concreto respecto de la participación política, aunque algunas de las disposiciones adoptadas sobre la violencia machista con este signo no han estado exenta de polémica¹²⁷. Abordaremos el primero de ellos, conscientes de que los argumentos que se esgriman explican también el segundo.

Las acciones positivas se han relacionado con la imposición de cuotas de participación referidas a las mujeres a fin de garantizar una mínima presencia en los poderes y órganos de representación, y corregir con ello el tradicional déficit que las aqueja¹²⁸. Con las mismas solo se pretende que aquéllas no queden excluidas de la participación política fijando un mínimo que se considera indispensable, pero no impide que su presencia pueda ser mayor, incluso superior a la de los hombres. No atiende al resultado sino al punto de partida. Por ello, las cuotas que se fijan no se corresponden con la presencia efectiva de las mujeres en la sociedad, ya que suelen ser menores, aunque son muchas las fórmulas que se han adoptado con distinto alcance y, también, con diferente nivel de vinculación¹²⁹. Además, la filosofía que la anima es la de superar una situación que desea transitoria, por lo que tienen un alcance temporal¹³⁰.

Distinta es la presencia equilibrada de ambos géneros en los ámbitos de decisión, que nos acerca a la democracia paritaria, aspiración de las feministas desde la Cumbre de Mujeres en el Poder celebrada en Atenas el año 1992 pues su filosofía es dife-

¹²⁶ «El principio de Estado social es congenial con una nueva concepción del principio democrático que viene a superar el mito de la voluntad uniforme del pueblo como colectivo homogéneo, acuñado por el constitucionalismo oligárquico para defender los intereses espurios de un determinado grupo social», Francisco Balaguer, «El Estado social y democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social», MORENO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y MORENO VIDA, editores, *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, 2002, p. 91.

¹²⁷ El recurso de inconstitucionalidad contra esta Ley fue desestimado por STC 59/2008, de 14 de mayo.

¹²⁸ «La traducción del principio de igualdad al principio de discriminación positiva aboca a la exigencia de un sistema de cuota de participación en un poder dado», Amelia VALCÁRCEL, *La política de las mujeres*, cit., p. 110.

¹²⁹ Una exposición en Derecho comparado europeo, en María Luisa BALAGUER, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, cit., pp. 105 ss; Jane FREEDMAN, *Feminismo. ¿Unidad o conflicto?*, Madrid, 2004, pp. 57 ss.

¹³⁰ Celia AMORÓS se pronuncia en contra de la democracia paritaria, sin embargo se muestra favorable a la existencia de cuotas para las mujeres en los partidos políticos, *Tiempo de feminismo*, cit., pp. 287 ss.

rente. Tiene como finalidad la de asegurar que ambos géneros tengan una representación adecuada en las instituciones, de tal manera que la acción política sea cosa de dos, conforme a una sociedad que se integra de hombres y mujeres; a ella se refiere en España la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres¹³¹, que maneja las cifras de 40% y 60% para poner un límite mínimo y otro máximo a la representación de uno y otro género. Como es sabido, la composición equilibrada de las candidaturas electorales fue objeto de recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular, y desestimado por el TC en la Sentencia 12/2008¹³², con fundamento en el mencionado art. 9.2 CE, cuya realización exige, a juicio del Tribunal, la participación de todos los ciudadanos y la igualdad sustantiva como elemento definidor de la noción de ciudadanía. Es decir, esta disposición se inscribe en las medidas de acción positiva considerando a las mujeres como un grupo que debe ser objeto de atención de los poderes públicos para asimilarlas al patrón de ciudadanía dominante, en el marco de lo que se conoce como Derecho antidiscriminatorio, al que haremos referencia más adelante.

Sin embargo, no es éste su alcance o, al menos, no es ésta su única consecuencia, pues la misma implica un reconocimiento de la diferencia, es decir, de que las mujeres y los hombres proyectan en la acción política o de gobierno una visión distinta del mundo exterior, sus prioridades y soluciones¹³³. Como se ha dicho: «La teleología que persigue es la representación genérica, es decir, que las mujeres genéricamente tengan representación de poder y tal representación de poder incida sobre el sistema completo de captar el poder genéricamente, de ser captado, de ser visto o percibido»¹³⁴. En el convencimiento de que,

¹³¹ Se define en la DA 1.ª de la Ley: «A los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento». Un estudio en María NIEVES SALDAÑA, «El alcance del “principio de presencia equilibrada” en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», Rosa GILES CARNERO y Manuela MORA RUIZ (coord.), *El derecho antidiscriminatorio de género*, Badajoz, 2008, pp. 37 ss.

¹³² Argumentos a favor de la constitucionalidad de tal acción, en María Luisa BALAGUER, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, cit., pp. 125 ss.

¹³³ Iris MARION YOUNG propone el siguiente principio: «un sistema de gobierno republicano y democrático, independientemente de cómo se constituya, debería de proporcionar mecanismos para la representación y reconocimiento efectivo de las distintas voces y perspectivas de aquellos de sus grupos constituyentes que se encuentren en situación de desventaja u opresión», «Vida pública y diferencia de grupo. Una crítica del ideal de ciudadanía universal», Carme CASTELLS, (comp.) *Perspectivas feministas en teoría de género* cit., p. 111.

¹³⁴ Amelia VALCÁRCEL, que también señala las dificultades que tiene esta propuesta, como es la pérdida de individualidad de la mujer hasta el punto de ser irrelevante la presen-

como expresa Marion Young, la representación de grupo es la mejor forma de promover resultados justos en los procesos democráticos de toma de decisiones¹³⁵. Sin embargo, su aplicación acusa de nuevo las distintas posiciones en las que se desenvuelven las feministas de la diferencia, esta última, y las de la igualdad, una discrepancia que se centra en su alcance temporal, cuestión que tiene, sin embargo, un hondo calado. Las últimas no renuncian a la aspiración de una ciudadanía universal, si bien ésta no se puede ya formular en los mismos términos que sirvieron para la democracia burguesa, pues la ciudadanía que se defiende se tiene que impregnar de la diversidad de las posiciones genéricas que están presentes en la sociedad. Las seguidoras de la ideología de la diferencia apuestan, por el contrario, por la permanencia de esta división de la representación que consideran imprescindible para la construcción de la democracia, dada la esencialidad del género¹³⁶. Desde esta perspectiva se entiende la crítica de Ana Rubio, al afirmar que quienes defienden la participación equilibrada, o por cuotas, lo hacen porque este modelo de participación política impone actuaciones políticas temporales y puntuales, fácilmente controlables por el poder, mientras la democracia paritaria no deja margen a la discrecionalidad, sino que impone el igual reconocimiento y valor de mujeres y hombres para representar con autoridad los intereses colectivos y formar parte de la política¹³⁷. Esta última opción desconoce la importancia que la ideología, la clase social, la cultura, la etnia o la raza tienen en las opciones políticas de las personas, al convertir el género en el único factor que explica realmente la sociedad, posición que no compartimos¹³⁸.

En última instancia, el debate nos enfrenta a la cuestión planteada al inicio de este trabajo: ciudadanía y diversidad y, más en concreto por lo que aquí interesa, a dilucidar si las exigencias por parte de las mujeres de la igualdad sustancial y la libertad efecti-

cia de una u otra, *La política de las mujeres*, cit., p. 126.

¹³⁵ «Vida política y diferencia de grupo», Carme CASTELLS (comp.), *Perspectivas feministas en teoría de género*, cit., p. 113.

¹³⁶ Marcela LAGARDE, desarrolla la idea de la democracia genérica, *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*, Madrid, 1996, pp. 189 ss.

¹³⁷ Ana RUBIO CASTRO, «Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política», Ana RUBIO y Joaquín HERRERA (coord.), *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, cit., p. 43.

¹³⁸ Como dice Arantza CAMPOS: El género como categoría de análisis es relacional; es una construcción histórica-social que impregna instituciones como la religión, la ciencia, o el derecho; resulta problemático cuando se le considera con carácter total pues invisibiliza elementos igualmente estructurales de la identidad como la raza, la clase o la orientación sexual, «Familia, género y filiación», en Ruth M. MESTRE I MESTRE, *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Valencia, 2008, p. 200.

va se pueden solucionar desde una concepción uniforme de la ciudadanía o, por el contrario, es necesario abordar ésta desde la diversidad.

6. CIUDADANÍA Y DIVERSIDAD

6.1 La dimensión de la diversidad

Como se ha dicho, la igualdad que se consagra en las Constituciones liberales es una igualdad formal, una igualdad que unifica o uniforma en torno a un solo ciudadano: el hombre burgués primero y después el hombre blanco, por lo que la extensión de este principio a las mujeres se hizo como ciudadano, y no como ciudadana, porque entonces esa era la aspiración a conseguir¹³⁹. Estamos pues ante una igualdad, como hemos dicho anteriormente, histórica, relativa, diseñada para un Derecho que a fuerza de uniformar desdibuja los perfiles diversos de la sociedad a la que se dirige¹⁴⁰. Ahora bien, cuando del plano constitucional emergen otros sujetos, otras realidades que requieren la atención de los poderes públicos, nos tenemos que situar necesariamente en un Derecho diferente, en el Derecho de la diversidad, en un Derecho que distinga y diferencie, precisamente para alcanzar la igualdad: una igualdad desde la diversidad¹⁴¹.

Esta argumentación aboca necesariamente, al menos, a un cierto discurso de la diferencia, que repara en la identidad y subjetividad femenina como presupuesto de una teoría crítica de la realidad exterior. Ahora bien, esta diversidad no puede asentarse exclusivamente en un dato biológico, sino en la construcción social de la desigualdad, que ha colocado a la mitad de la población en clara

¹³⁹ Como dice Iris MARION YOUNG, el ideal de la asimilación niega «una verdadera política de emancipación, que afirme como valores la diferencia de grupo, implicando una revisión radical del mismo significado de la igualdad. El ideal asimilacionista presupone que la igualdad social supone tratar a todos sobre la base de los mismos principios, reglas y criterios», *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, 200, p. 84.

¹⁴⁰ Al respecto se ha afirmado: «Se trata, por tanto de un sujeto histórico y por consiguiente su historicidad forma parte de su conocimiento», DE CABO MARTÍN, Carlos, «El sujeto y sus derechos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 1.º semestre 2001, p. 118. Se ha constatado como la política inspirada en la noción tradicional de la igualdad, se puede traducir en modelos de asimilación, esto es en modelos que permitan a algunos individuos alcanzar objetivos y estilos de vida de la cultura dominante, pero al precio de la renuncia, al menos parcial, de la propia identidad personal y de grupo, Alezzandra FACHI, «El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stand Dahl», Ana RUBIO y Joaquín HERRERA (coord.), *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, cit., p. 163.

¹⁴¹ Idea ya expuesta, ROSARIO VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Reflexiones de una jurista en crisis», *Revista de la Academia Sevillana del Notariado*, 2005, pp. 217 ss.

situación de desventaja, que se ha formado en una experiencia histórica propia y distinta, y conformado en un espacio, el privado, en el que se ha forjado una identidad diferente, que puede tener otra visión del mundo que le rodea, sus problemas y estrategias para solucionarlos, pero que en todo caso no se ha tenido en cuenta en el diseño de la sociedad¹⁴². Estamos pues con Françoise Collin, cuando afirma: La constitución de un espacio verdaderamente común a hombres y mujeres que fue, y sigue siendo objetivo primordial del feminismo, recurre inevitablemente a las teorías de la igualdad. Pero esta igualdad debe entenderse como igualdad de derechos, no como igualdad de identidades, que, por lo demás, se hará en provecho de la identidad masculina ya existente. Debe dejar lugar al juego de las diferencias individuales y colectivas sin por ello predefinirlas. El espacio democrático es heterogéneo y generador. El siglo xx viene así a modificar el concepto de igualdad del siglo xviii, cuyo fundamento es la noción de ciudadanos como individuos abstractos. Lo problemático de los sexos, como la de las razas, las culturas e incluso las religiones, obliga a una redefinición de la democracia y de la ciudadanía¹⁴³. Y efecto, como afirma Carlos de Cabo, los derechos constitucionales se han mantenido en el ámbito inicial, en el de la «persona», en el de la «igualdad», sin que su «fuerza expansiva» haya sido capaz de extenderlos al ámbito de la desigualdad, al otro elemento de la subjetividad¹⁴⁴. Desde otra perspectiva, se ha precisado que el Derecho no nos instituye sujetos de una vez por todas y por siempre y de una única manera. Las mujeres son interpeladas por el discurso jurídico, adquieren una identidad y se convierten en *sujetos* según y en la medida en que estas interpelaciones de las diferentes formas en que el Derecho se nos dirige tomen fuerza o/y sentido en momentos concretos¹⁴⁵.

En esta línea, algunas de las medidas que se han tomado pueden tener eficacia para la erradicación de la discriminación que aún padecen las mujeres: la asunción de la discriminación indirecta o la

¹⁴² Un tratamiento de la virtualidad del principio de igualdad desde una perspectiva de género lo podemos encontrar en Ruth RUBIO MARÍN, que propone como criterio de aplicación la contextualización y la dimensión colectiva del fenómeno discriminatorio en la aplicación de la discriminación, «Mujer e igualdad: El ordenamiento constitucional, logros y posibilidades.», en *Mujer e Igualdad: La norma y su aplicación*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999, pp. 18 ss.

¹⁴³ «Diferencia y diferendo: la cuestión de las mujeres en la filosofía», cit., p. 354. Sobre el tema también, Elena BELTRÁN PEDREIRA, «Justicia, democracia y ciudadanía: las vías hacia la igualdad», *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, pp. 191 ss.; Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, «El contrato social entre mujeres y hombres», *Revista Triestral de Direito civil*, año 7, vol. 28, 2006, Río de Janeiro, pp. 119 ss.

¹⁴⁴ DE CABO MARTÍN, Carlos, «El sujeto y sus derechos» cit., p. 130.

¹⁴⁵ Ruth M. MESTRE I MESTRE, «El paisaje actual y nuestra conciencia sobre el camino», en Ruth M. MESTRE I MESTRE, *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Valencia, 2008, p. 19.

inversión de la carga de la prueba, a las que se ha hecho referencia. En otro plano, las acciones positivas también han contribuido a erradicar su exclusión de los ámbitos públicos, también referidas. Medidas éstas que se enmarcan en lo que se ha identificado como Derecho antidiscriminatorio, que supone una apuesta decidida por erradicar toda conducta o comportamiento que dé un trato diferenciado y vejatorio por las razones muy diversas¹⁴⁶. A ello responden la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas con independencia de su origen racial o étnico, y la Directiva 2004/113/CE, por la que se aplica el principio de igualdad de trato de hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y suministros¹⁴⁷.

Sin embargo, parece claro que la situación en la que se encuentran las mujeres no se puede abordar en términos exclusivos con medidas que contemplen específicamente circunstancias que a ellas afectan, pues el problema al que nos enfrentamos es estructural de la organización social y política, que acusa todavía la ideología de la desigualdad de género sobre el que construyó. A tal fin resulta imprescindible identificar a los destinatarios de las normas en su diversidad.

Lo anterior aboca necesariamente a que se evidencie el protagonismo de las mujeres en aquellas cuestiones que le afectan más directamente, como el aborto, la violencia machista, la prostitución o la aplicación de técnicas de reproducción asistida¹⁴⁸, para reivindicar la prevalencia de la perspectiva femenina en su solución. Una solución que necesariamente requiere del concurso de las ramas del Derecho implicadas en la materia que se trate, a fin de superar la tradicional división de las disciplinas jurídicas que contribuye a desdibujar al sujeto protagonista¹⁴⁹. A este planteamiento responde

¹⁴⁶ M.^a Ángeles BARRÈRE UNZUETA, «Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación», en Ruth M. MESTRE I MESTRE, *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Valencia, 2008, pp. 45 ss. Por su parte, Rosa GILES CARNERO y Manuela MORA RUIZ en la obra de la que son coordinadoras hacen una aproximación a los instrumentos jurídicos contra la discriminación a la luz de la L.O. 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, *Derecho antidiscriminatorio*, Badajoz, 2008.

¹⁴⁷ Sobre esta última y su trasposición en España, M.^a Paz GARCÍA RUBIO, «La igualdad de trato entre hombre y mujeres y su repercusión en el Derecho de los contratos. Análisis del proyecto de Ley Orgánica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE», *La Ley*, n.º 6602, pp. 1 ss. Y Ariadna AGUILERA RULL, «Prohibición de discriminación y libertad de contratar», *InDret*, 13/02/2009.

¹⁴⁸ Fleur van Leeuwen, «¿El derecho a decidir de una mujer?», *El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Derechos Humanos de las mujeres y cuestiones de reproducción humana*, en Ruth M. MESTRE I MESTRE, *Mujeres, derechos y ciudadanías*, cit., pp. 136 ss.

¹⁴⁹ Refiriéndose a la relación de mujeres y Derecho, afirma Teresa PIZARRO BELEZA: Es una investigación que implica transgresiones metodológicas y la quiebra de las barreras disciplinares. Analizar el estatuto jurídico de las mujeres implica atravesar las diferentes ramas del Derecho. La confinación del estudio jurídico a las barreras tradiciona-

la Ley Integral contra la Violencia de Género o la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, siendo así que uno de los rasgos de los estudios jurídicos feministas será su interdisciplinariedad, como tendremos ocasión de comprobar.

Sin embargo, se ha de superar la tendencia de ubicar a las mujeres en el ámbito privado o circunscribir su protagonismo a los problemas que más directamente les concierne, cuando, por el contrario, éstas como ciudadanas han de disfrutar de todos los derechos que el ordenamiento reconoce o concede en los mismos términos que los hombres. Una buena respuesta a lo anterior es, sin duda, el *Gender Mainstreaming*, una exigencia de las feministas, que «viene a significar la introducción de una perspectiva de género en la actividad política que revise, tanto en las medidas propiamente políticas como en las legislativas o administrativas, el impacto que producen respecto de la igualdad de mujeres y hombres»¹⁵⁰.

6.2 La feminización del Derecho

Lo anterior permite abordar lo que consideramos la raíz del problema, nos referimos a la masculinidad de la noción de ciudadanía y del Derecho que la construye¹⁵¹. Es necesario pues, una aproximación diferente al ordenamiento jurídico, una aproximación que feminice el Derecho, que supere el pensamiento dominante pretendidamente igualitario, que responde a una visión masculina del mundo, pues bajo el paraguas del discurso de la racionalidad, que pivota en torno al sujeto genérico e indeterminado que se nos presenta como la expresión de la igualdad formal de hombres y mujeres, se escamotea la diferencia marcada por la construcción social de un rol diverso de ambos géneros, siendo así que la diferencia se supera con la identificación de lo masculino¹⁵². Se ha

les que dividen las ramas del Derecho impide en gran medida la toma de conciencia de la totalidad de ese estatuto, «*Género e Directo: Da igualdade ao Direito das Mulheres*», Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano I- n.º 2- 2000, p. 39.

¹⁵⁰ María Luisa BALAGUER, que continúa: la transversalidad no es una medida de acción positiva más, sino la medida definitiva para la erradicación de la desigualdad de género, en cuanto que de su aplicación no se espera que la desigualdad disminuya, sino que definitivamente se erradique, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, cit., pp. 91 y 92. A ello contribuye sin duda la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno; una exposición muy completa sobre su aplicación en Europa, Pilar LÓPEZ MOLINA, «El tratamiento del género en el ámbito normativo», Alberto PALOMAR OLMEDA (coord.), *El tratamiento del género en el ordenamiento español*, pp. 135 ss.

¹⁵¹ Un planteamiento acerca de la masculinidad del conocimiento, en Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Una reflexión sobre el conocimiento», *Abarrotés. La construcción social de las identidades colectivas en América Latina*, Murcia, 2005, pp. 417 ss.

¹⁵² Las reivindicaciones de las mujeres conducen a una etapa del desarrollo de la igualdad constitucional, en la que desaparece la pretensión de una identidad o asimilación

legalizado un patrón de comportamiento que solo tiene un sujeto, el hombre y su cosmovisión, que está presente no solo en menciones evidentes como la del buen padre de familia o el buen comerciante, por poner algunos ejemplos, sino en toda la ordenación de las relaciones humanas, aunque este sesgo masculino se haya enmascarado en un edificio conceptual impecable que en su generalidad obvia la diversidad, en el que se pretende representar a todas y a todos¹⁵³.

Y en este punto, las teorías feministas sobre el Derecho tienen ya un importante recorrido, en el que es patente la influencia de las juristas anglosajonas, aunque no se puede dejar de resaltar la vitalidad de las investigaciones que se están realizando en casi todos los países¹⁵⁴.

Un recorrido que le llevado a desenmascarar las categorías asentadas y aceptadas como neutrales en la ciencia jurídica¹⁵⁵, aunque también ha construido valores, elaborado nociones, diseñado estra-

sin matices entre los sexos cuando se trata de la búsqueda de la igualdad Elena BELTRÁN, «La construcción de la igualdad constitucional: Nuevos desafíos», en Ruth M. MESTRE I MESTRE, *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Valencia, 2008, p. 225.

¹⁵³ Como dice Alezzandra FACHI, «La crítica feminista al derecho como producto e instrumento de la cultura masculina se atiene no solamente a sus contenidos, sino a su propia naturaleza, ésta pone de manifiesto cómo las normas jurídicas son construidas sobre la base de modelos, categorías, intereses y valores prevalentemente masculinos, cómo son interpretados y aplicados prevalentemente por hombres y reflejan el punto de vista de éstos, que, en la mayor parte de los casos, excluye de ellos a las mujeres», en el mismo artículo reflexiona acerca del pensamiento feminista sobre el Derecho, reparando en el mundo anglosajón y la escuela escandinava, «El pensamiento feminista sobre el Derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl», *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, cit., p. 173.

¹⁵⁴ El feminismo jurídico en EEUU ha tenido un gran impulso y se ha centrado en los derechos de las mujeres y en la desigualdad sexual dentro de cada ámbito: trabajo, contracepción, aborto, acoso sexual, pornografía... En Italia, solo algunas estudiosas han dado voz a este campo de estudio, ya que la mayor parte del empeño del feminismo jurídico ha obtenido mayor éxito en los tribunales de justicia que en las aulas universitarias. Cecilia CORTESI VENTURINI, «Des-igualdad: Derecho, género y política en Italia», en Ruth M. MESTRE I MESTRE, *Mujeres, derechos y ciudadanías*, cit., p. 165. Una buena representación del impulso que en su momento supuso los estudios jurídicos de las feministas se puede comprobar en la obra colectiva dirigida por D. Kelly WEISBER, *Feminist Legal Theory. Foundations*, Philadelphia, 1993. Una exposición más sucinta en Nicola LACEY, «Feminist Legal Theory and the Rights of Women», Karen KNOP, *Gender and Human Rights*, Oxford, 2004, pp. 13 ss.

¹⁵⁵ La teoría feminista como teoría crítica y reconstructiva ha girado hacia una obra de deconstrucción y de desmitificación de la perspectiva masculina escondida en el Derecho positivo. Sus seguidoras se han acercado a la *Critical Legal Studies*, corriente en la cual se reconocen varias juristas norteamericanas: Frances OLSEN: la ciencia jurídica tiene un deber de análisis, de desenmascaramiento de coberturas ideológicas, ya sean éstas internas a las categorías existentes o reformuladas según nuevas categorías, sin embargo, no se puede negar que en el plano de la práctica el uso del derecho pueda dar todavía beneficios a las mujeres. Propone superar la tendencia dominante de confinar a las mujeres en los sectores del Derecho de familia, y excluirlas de otros ámbitos como el derecho del comercio. Hay que «disolver los guetos del derecho», Alezzandra FACHI, «El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stand Dahl», Ana RUBIO y Joaquín HERRERA (coord.), *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, cit., p. 187.

tegas o aportado soluciones nuevas¹⁵⁶. Todo ello se ha desarrollado desde una perspectiva axiológica que ha revalidado la importancia de los principios frente a una investigación jurídica excesivamente formal apegada al dato normativo. En este contexto el recurso a los Convenios Internacionales, a las Resoluciones de organismos comunitarios y otros instrumentos jurídicos-políticos, considerados muy limitadamente por la jurisprudencia convencional, se integran en la investigación jurídica¹⁵⁷.

En líneas generales se puede afirmar que sus reflexiones se han centrado de manera preferente en el plano de las ideas y de los conceptos con la clara intención de reparar en los fundamentos filosóficos y dogmáticos en los que se asienta una disciplina claramente masculina¹⁵⁸. Pues, como han dicho, lo neutral, universal y objetivo es masculino¹⁵⁹. Había que deshacer la convicción fuertemente extendida de que estos atributos del sujeto de derechos no hacen más que enmascarar una realidad diversa, con el recurso a una pretendida objetividad que se presenta como imbatible e incuestionable¹⁶⁰. Y ello se ha hecho desde la interdisciplinariedad, siendo así

¹⁵⁶ La teoría jurídica feminista ha revisado las categorías y los conceptos, los paradigmas, los discursos y las disciplinas, las presunciones, los presupuestos y los procedimientos jurídicos hegemónicos; pero también han elaborado conceptos, estrategias, prácticas y categorías alternativas, Ruth M. MESTRE I MESTRE, «El paisaje actual y nuestra conciencia sobre el camino», en Ruth M. MESTRE I MESTRE, *Mujeres, derechos y ciudadanías*, cit., p. 17.

¹⁵⁷ Los principios tienen una especial importancia en el Derecho de las Mujeres. Están muy ligados a los valores: la justicia, libertad en cuanto principios fundamentales de la Teoría del Derecho, también, la igualdad y la dignidad, la integridad, la autodeterminación y la autorrealización, Tove Stang Dahl, *O Direito das mulheres. Uma introdução à teoria do Direito das Mulheres*, cit., p. 108.

¹⁵⁸ Nadine TAUB y Elizabeth SCHNEIDER reflexionan acerca de la dicotomía público-privado consagrada por el Derecho, que ha supuesto la exclusión de las mujeres de los espacios políticos y económicos. Desde esta perspectiva ponen de manifiesto cómo se legitima la discriminación sexual con un distinto tratamiento a mujeres y hombres, «Women's Subordination and the Role of Law», D. Kelly Weisberg (ed.), *Feminist Legal Theory. Foundations*, Philadelphia, 1984, pp. 9 ss. Define el feminismo jurídico como un proceso de búsqueda, descripción y análisis de los males del derecho patriarcal, Heather Wishik, «To Question Everything: The Inquiries of Feminist Jurisprudence», D. Kelly WEISBERG (ed.), *Feminist Legal Theory. Foundations*, Philadelphia, 1984, pp. 22 ss.

¹⁵⁹ Es muy reveladora de la realidad la afirmación de Elena Beltrán de que la situación real de discriminación en la que se encuentran las mujeres podría hacernos pensar que son más las demandas interpuestas por éstas ante los Tribunales Constitucionales exigiendo la aplicación del principio de igualdad, sin embargo, las demandas por discriminación sexual son en la mayor parte de las ocasiones interpuestas por los varones al sentirse discriminados, «La construcción de la igualdad constitucional: Nuevos desafíos», en Ruth M. MESTRE I MESTRE, *Mujeres, derechos y ciudadanías*, cit., p. 228. Por su parte, Tove Stang Dahl nos revela como en el TS de Noruega, que crea el precedente, hay una gran desproporción entre hombres y mujeres en las partes en litigios, solo en un área las mujeres y los hombres tienen posiciones iguales en los litigios, en las cuestiones relacionadas con la paternidad, el divorcio, *O Direito das mulheres. Uma introdução à teoria do Direito das Mulheres*, cit., Lisboa, 1993, pp. 86 y 87.

¹⁶⁰ Para Naffine Ngairé la teoría jurídica feminista ha logrado crear un discurso jurídico alternativo, una práctica sociolingüística propia, feminista, que compite con el resto de prácticas discursivas jurídicas por la capacidad de decir en derecho. Así, el proyecto

que un rasgo muy extendido de estas juristas es la utilización de metodologías y herramientas conceptuales de diversas ramas del saber, a fin de comprender mejor la realidad que estudian y arbitrar soluciones más complejas y completas: La economía¹⁶¹, la sociología¹⁶², la antropología o la teoría política¹⁶³ se mezclan con el Derecho¹⁶⁴. Se supera así una visión excesivamente reduccionista del fenómeno jurídico y se le ubica en un contexto más amplio, en el que se evidencian la influencia de las fuerzas sociales y económicas en la elaboración del Derecho, al mismo tiempo que afloran los comportamientos individuales y colectivos como criterios para medir la eficiencia de la norma y sus consecuencias en la realidad de los hechos. Este enfoque interdisciplinar también ha permitido conocer y poner en valor las cuestiones referidas a la identidad, con el recurso a la historia o la psicología¹⁶⁵. Se contamina así la abstracción de la norma para dar a conocer la complejidad de la sociedad y mostrar la insuficiencia de la regla jurídica para dar respuesta a realidad diversa.

Claro está que ello ha sido posible por la utilización del método empírico¹⁶⁶, de amplia tradición en el Derecho anglosajón, con su implicación decidida con la realidad, a la que se analiza y estudia como presupuesto indispensable para la construcción de solucio-

feminista de reconstrucción teórica y social exige y ha supuesto que, desde el derecho, reconceptualicemos el derecho, «In praise of legal feminism», *Legal Studies*, vol. 22,1, p. 86. Sin embargo, ello no debe suponer cambiar una serie de valores jurídicos por otros, sino deconstruir una serie de conceptos jurídicos y reconstruirlos o construirlos de nuevo,

¹⁶¹ Una buena muestra de ello es la colaboración de la filósofa Martha C. NUSSBAUM –que también se ha preocupado por el Derecho– con el economista Amartya SEN durante la década de los ochenta en temas relacionados con el desarrollo y la ética, abordando el problema del desarrollo desde las capacidades, *Las mujeres y el desarrollo humano: el enfoque de las capacidades*, traducción de Roberto Bernet, Barcelona, 2002.

¹⁶² Como nos dice Carol SMART, la Feminist socio-legal theory se ha desarrollado por emocionantes y (felizmente) controvertidos caminos en estos veinte últimos años. Este desenvolvimiento es casi paralelo a los del pensamiento feminista en otras áreas, «The Woman of Legal Discourse (1992)», Ngaire Naffine, *Gender and Justice*, Second Series, Burlington, 2002, p. 29.

¹⁶³ Una de las autoras más influyente en el feminismo jurídico, Iris Marion Young es profesora de ciencias políticas.

¹⁶⁴ La australiana Ngaire Naffine es buen ejemplo de la investigación interdisciplinar.

¹⁶⁵ En este sentido es conocida la obra de la psicóloga Carol Gilligan que identifica la ética del derecho como masculina frente a la ética la responsabilidad como femenina. Creadora de lo que se ha denominado el feminismo cultural, su influencia en la creación de la corriente del feminismo de la diferencia es innegable, *In a different voice: Psychological theory and women's development*. Harvard University Press, 1982.

¹⁶⁶ Un buen ejemplo de ello es el trabajo de Radha Jhappan en el que examina las estrategias de demandas de los abogados y las activistas feministas en asuntos enjuiciados por la Corte canadiense de derechos y libertades de la persona, poniendo el acento sobre el discurso y el objetivo que son el corazón del proyecto feminista en Derecho. La autora pone en evidencia el hecho de que es imposible servirse de la igualdad para hacer valer sus derechos, por lo que propone que se examine el potencial estratégico de otra aproximación, la de la Justicia, «The Equality Pit or the Rehabilitation of Justice», Ngaire NAFFINE, *Gender and Justice*, Second Series, cit., pp. 169 ss.

nes jurídicas¹⁶⁷; y así, se ha puesto de manifiesto cómo la aplicación judicial del Derecho viene propiciada en su gran mayoría por los hombres, que son los que con más frecuencia litigan ante los tribunales, de tal manera que son sus problemas los que están contribuyendo a la creación jurídica, siendo así que las cuestiones que afectan más directamente a las mujeres apenas llegan al conocimiento judicial¹⁶⁸.

Ahora bien, como se ha insistido en más de una ocasión, el discurso feminista sobre el Derecho está trufado por las dos posiciones dominantes, la que se inscribe en el feminismo de la igualdad y la que responde a los postulados de la diferencia. Impulsora de esta última es sin duda Iris Marion Young con su obra *Justicia y política de la diferencia*¹⁶⁹, que ha tenido una gran influencia en las generaciones posteriores y en juristas de casi todos los países. Incluso, desde posiciones más avanzadas se ha defendido un Derecho de las mujeres¹⁷⁰, como disciplina autónoma que gira en torno a éstas y su realidad. Esta propuesta, que debemos inscribir en el feminismo de la diferencia¹⁷¹, responde sin embargo a una preocupación muy

¹⁶⁷ Las teóricas feministas del Derecho han optado: 1. Combatir las lecturas de sentido común (Bourdieu, 1994) sobre las relaciones sociales entre los sexos, lecturas –que asumiendo un naturalismo esencialista– legitiman el orden sexual dominante puesto que se entiende que éste «siempre ha sido así al ser naturalmente diferente hombres y mujeres». 2. Por ser deudoras de la teoría de la práctica, por situar en el centro de sus preocupaciones a los sujetos y sus prácticas, Arantza CAMPOS, «Familia, género y filiación», en Ruth M. MESTRE I MESTRE, *Mujeres, derechos y ciudadanías*, cit., p. 196. Comprender las formas como las mujeres son diferenciadas en el mundo jurídico implica el conocimiento de procesos de operación que son normalmente ignorados en el estudio de las fuentes formales del Derecho y en análisis dogmático de los conceptos y técnicas jurídicas.... Esto significa una necesidad de atención a los trabajos empíricos poco habituales en los estudios jurídicos, Teresa Pizarro Beleza, «Género e Directo: Da igualdade ao Direito das Mulheres», Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano I- n.º 2- 2000, p. 39.

¹⁶⁸ Sobre el sujeto de la justicia reflexionan varias autoras en la obra que dirige Nagaire NAFFINE: Iris MARION YOUNG, «Gender as Seriality. Thinking about Women as a Social Collective», Carol SMART, «The Woman of Legal Discourse», Tricia Dearbon, «Proof», Mari J, MATSUDA, «Liberal Jurisprudence and Abstracted Visions of Human Nature: A Feminist Critique of Rawls' «Theory of Justice», Torrel CAVER, «Public Man and the Critique of Masculinities» *Gender and Justice*, Burlington, 2002, pp. 3 ss.

¹⁶⁹ Iris MARION YOUNG, «Gender as Seriality: Thinkin about Women as a Social Collective» (1994), Nagaire NAFFINE, *Gender and Justice*, Second Series, Burlington, 2002, pp. 3 ss. *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University, 1990; *Intersecting Voices: Dilemmas of Gender, Political Philosophy and Policy*, Princeton University, 1997; *Inclusion and Democracy*, Oxford University, 2000; *On Female Body Experience*, Oxford University, 2004.

¹⁷⁰ Existen tres áreas en las que las mujeres padecen una distribución injusta: dinero, tiempo y trabajo, que da lugar a la sistematización de tres áreas dentro del Derecho de las Mujeres: Derecho del dinero, Derecho del ama de casa y Derecho del trabajo remunerado, Tove STANG DAHL, *O Direito das mulheres. Uma introdução à teoria do Direito das Mulheres*, cit., p. 117.

¹⁷¹ Muy expresiva de esta corriente es la obra de Stella TARRANT, que señala como aportación vital más reciente del feminismo su contribución a la conceptualización y la construcción de la relación sexo-género como el principio fundamental de organización social (1990), «Something is Pushing them to the Side of Their Own Lives: A geminst Critique of Lw and Laws, Nagaire NAFFINE, *Gender and Justice*, cit., pp. 82-114.

extendida entre muchas juristas de descifrar el Derecho en claves más femeninas, identificando los rasgos de tal feminidad para incorporarlo a la construcción jurídica¹⁷².

Queda aún una gran tarea pendiente, la de descender a la ciudadanía real, aquella que se manifiesta en el ejercicio efectivo de los derechos, una ciudadanía que modela el Derecho positivo. Como se ha dicho: La vinculación entre el Derecho, los derechos y la ciudadanía es esencial: cuando las mujeres exigen nuevos derechos o nuevas garantías para los derechos ya reconocidos; o cuando denuncian o exigen la superación de situaciones o de discriminaciones intolerables participan en el proceso de ampliación de la ciudadanía y su concreción¹⁷³.

En este sentido se debe proceder a la definición de los derechos desde una perspectiva femenina que incorpore a su contenido y aplicación respuestas diferenciadas para las mujeres; nos referimos al derecho a la salud, a la educación, a la vivienda... Pero también es necesario que se aborde otras materias como la que corresponde al Derecho patrimonial, al Derecho de sucesiones, a la que regula las relaciones comerciales, el que disciplina a los poderes públicos..., y se estudie y analice con perspectiva de género, primero para valorar su capacidad de dar respuestas a los problemas que plantean las mujeres, y después para arbitrar soluciones que incorporen a éstas¹⁷⁴.

¹⁷² Ruth M. MESTRE I MESTRE identifica tres etapas del pensamiento feminista acerca del derecho, aunque no corresponden a etapas estrictas, cronológicamente bien definidas y separadas entre sí; ni siquiera son «superaciones» o rechazos absolutos de la etapa anterior: Análisis del derecho sexista, el análisis del derecho masculino, y el análisis del derecho creador del género o el derecho con género; o bien del feminismo liberal (y empiricista), feminismo del *empowerment* (standpoint), y feminismo crítico, «El paisaje actual y nuestra conciencia sobre el camino», en Ruth M. MESTRE I MESTRE, *Mujeres, derechos y ciudadanías*, cit., p. 20. Una exposición de los diferentes feminismos y sus retos en EEUU en la actualidad, en Janet HALLEY, «Take a Breat from Feminism?», Karen KNOP, *Gender and Human Rights*, Oxford, 2004, pp. 57 ss.

¹⁷³ Ruth M. MESTRE I MESTRE, «El paisaje actual y nuestra conciencia sobre el camino», en Ruth M. MESTRE I MESTRE, *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Valencia, 2008, p. 18. Por su parte, M.^a Xosé AGRA, puntualiza que desde el debate general sobre la ciudadanía se desprende que ésta se articula en torno a los derechos, la participación y la pertenencia. Aunque este último elemento no siempre se explicita o simplemente se refiere, sin más, a la pertenencia al Estado-nación, Marfa Xosé AGRA, «Ciudadanía, feminismo y globalización», Ana RUBIO y Joaquín HERRERA (coord.), *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, cit., p. 79.

¹⁷⁴ Recientemente se ha celebrado un Congreso los días 7, 8 y 9 de mayo de 2009, sobre *La feminización del Derecho privado. Una propuesta para el s. XXI*. En el mismo se presentaron las siguientes ponencias: Diversidad, *Feminismo y principio de Igualdad*, Dr. Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ. *El impulso de los movimientos de mujeres en las transformaciones del Derecho de familia*, Dra. Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ. *El Derecho del consumo desde una perspectiva de género*, Dra. Ana CAÑIZARES LASO. *La discriminación por razón de sexo en la contratación privada*, Dra. M.^a Paz GARCÍA RUBIO. *Uso y tenencia de los bienes por las mujeres (Aproximación a las acciones positivas en el Derecho antidiscriminatorio español)*, Dra. Susana Navas Navarro. Asimismo, se defendieron más de cuarenta comunicaciones y las Actas de dicho Congreso están pendientes de publicación.

Los derechos voluntarios de adquisición en el Código civil de Cataluña: clases y funcionamiento

ANTONIO MONSERRAT VALERO
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Barcelona

RESUMEN

El Código civil catalán regula dentro del título dedicado a los derechos reales limitados los derechos voluntarios de adquisición opción, tanteo y retracto. El presente trabajo se centra sólo en algunos aspectos de su regulación, en concreto trata de explicar el funcionamiento de los derechos de adquisición una vez se han ejercido, es decir, qué efectos jurídicos obligacionales resultan de su ejercicio y cómo adquiere su titular la propiedad del bien sobre el que recaen tales derechos. Asimismo estudia la solución dada por el legislador catalán al problema del momento del ejercicio del tanteo y del retracto. Finalmente trata de encontrar una justificación a la doctrina del Tribunal Supremo que, en el caso de que se ejercite la acción de retracto cuando hay subadquirentes posteriores al primer comprador, exige que se demande no sólo al último adquirente, sino también a todos los anteriores.

PALABRAS CLAVE

Derechos reales limitados. Derechos de adquisición. Opción. Tanteo. Retracto. Subrogación. Adquisición de la propiedad. Legitimación pasiva. Litisconsorcio pasivo necesario.

ABSTRACT

The Catalan Civil Code includes the regulation of options to buy, rights of first refusal and repurchase options within the book dedicated to property rights. This paper focuses on certain aspects of this regulation. It aims to explain how these rights operate once they have been exercised, i.e. what obligations derive from them and how conveyance takes place. The paper also analyses the solution that the Catalan legislator provides regarding the timeframe of exercise. Finally, it endeavours to justify the Supreme Court's

doctrine according to which, when there are subsequent title holders, the claim must be filed not only against the last purchaser, but also against all the previous ones.

KEYWORDS

Property rights. Options to buy. Rights of first refusal. Repurchase options. Subrogation. Acquisition of property rights. Standing to be sued. Compulsory joinder of parties.

1. INTRODUCCIÓN

El libro V del Código civil de Cataluña (CCC), relativo a los derechos reales, regula dentro del título VI, de los derechos reales limitados, en el capítulo VIII, los derechos de adquisición. Dentro de este capítulo regula los derechos voluntarios de adquisición y dos derechos legales de adquisición: el retracto de colindantes y el retracto gentilicio del Valle de Arán, denominado derecho de tornería, desligados de tanteo previo. El legislador catalán, pues, ante la cuestión polémica de si los derechos de adquisición son verdaderos derechos reales, opta por la respuesta afirmativa.

El CCC no da una definición genérica de los derechos de adquisición, pero sí define cada uno de los tipos de derecho de adquisición, opción, tanteo y retracto (art. 568-1) y la nota común a las tres definiciones es que facultan a su titular a adquirir un bien, definición que coincide con la que la doctrina ya había adoptado¹.

En el presente trabajo, para no hacerlo demasiado extenso, nos limitaremos a exponer las clases de derechos de adquisición, haremos una breve referencia a los derechos de adquisición personales y nos ocuparemos, principalmente, de lo que denominamos funcionamiento de los derechos reales de adquisición. En este apartado se explica en qué momento el titular del derecho de adquisición puede ejercer su derecho, qué es lo que exactamente está facultado a exigir según el tipo de derecho, los efectos del ejercicio del derecho, cómo se adquiere la propiedad. Hemos tratado con detenimiento el supuesto de que antes del ejercicio del retracto el comprador haya enajenado el bien a un tercero, motivados por encontrar justificación a la doctrina del TS según al cual, en estos casos, el

¹ ALBALADEJO (*Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, Madrid, 2004, p. 799): *son aquellos que facultan a su titular para, concurriendo ciertos requisitos, convertirse en propietario de la cosa sobre que recaen*. SANCHO REBULLIDA (*Elementos de Derecho Civil de LACRUZ III-2. Derechos Reales*, Barcelona, 1991, p. 431): *su eficacia radica en conferir a su titular la facultad de convertirse en propietario del bien objeto de su derecho*.

retrayente ha de demandar a todos los adquirentes sucesivos. No tratamos otras cuestiones como la constitución de los derechos, los plazos de duración y de ejercicio, las clases de negocios que ponen en acto el tanteo y el retracto, el ejercicio judicial y extrajudicial del derecho, si es necesario para ejercer el derecho el pago del precio.

2. CLASIFICACIÓN

2.1 Clasificación por su contenido

El 568-1.1 CCC enumera tres clases o tipos de derechos de adquisición voluntaria: la opción, el tanteo y el retracto. Podemos distinguir entre derechos de adquisición preferente (tanteo y retracto) y de adquisición directa (opción). Los primeros facultan a su titular, en caso de que el propietario del bien desee enajenarlo, a adquirirlo con preferencia a otros posibles adquirentes, en las mismas condiciones que el propietario del bien pactó con estos². Es decir, el titular del derecho de adquisición, sólo podrá ejercerlo si el propietario del bien sobre el que recae quiere enajenarlo. El derecho de adquisición directa, que recibe el nombre de opción, en cambio, faculta a su titular a adquirir el bien objeto del derecho aunque el propietario no quiera enajenarlo. Por supuesto el propietario del bien habrá tenido antes que consentir en la constitución del derecho de opción (a no ser que se trate de un derecho de opción legal, lo cual es excepcional), pero, una vez constituido, el propietario del bien no puede evitar que el titular del derecho de opción, si lo desea, adquiera el bien sobre el que recae.

Dentro de los derechos de adquisición preferente se distingue entre el tanteo y el retracto. Según el art. 568-1.1 b) CCC, el tanteo faculta a su titular para adquirir a título oneroso un bien en las mis-

² En este sentido se pronuncia SANCHO REBULLIDA (*Elementos...*, p. 431, nota 1): *Algunos autores los denominan derechos de adquisición preferente; mas el uso genérico de tal calificativo me parece inadecuado: conviene, sí, al tanteo y al retracto, pero no a la opción que ocasiona una adquisición, más que preferente (término que parece predicar concurso y elección) determinada y excluyente.* También DEL POZO-VAQUER-BOSCH (*Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 384): *los derechos de tanteo y retracto, más que como derechos de adquisición, deben calificarse como derechos de preferente adquisición. No son derechos de adquisición hasta que el concedente tiene la intención de vender...* DIEZ-PICAZO Y GULLON (*Sistema de Derecho Civil III. Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, Madrid, 2005, p. 511) aunque titulan el tema 49 los derechos de adquisición preferente, tratan en dos epígrafes distintos el derecho de tanteo y retracto, por un lado, y el derecho de opción, por otro. Y titulan el epígrafe I, en que tratan del tanteo y retracto, *concepto y naturaleza de los derechos de adquisición preferente*, mientras que tratan en epígrafe aparte, el II, la opción, y el título de tal epígrafe es simplemente *la opción: concepto y características*.

mas condiciones pactadas con otro adquirente. Es decir, el tanteo faculta a su titular a adquirir una cosa antes que otro y por el tanto –de ahí su nombre– que ofrece éste. Para que el titular del tanteo pueda adquirir antes que otro es necesario que el propietario del bien le notifique la futura adquisición del tercero antes de que ésta se lleve a cabo. Esta notificación pertenece a la esencia del tanteo. Lo que presenta problemas –lo veremos más adelante– es si para que actúe el tanteo basta que haya un mero proyecto de negocio de enajenación del bien a un tercero o es necesario que el negocio de enajenación con el tercero ya se haya celebrado, pero no se haya consumado mediante la entrega del bien, es decir, no se haya transmitido la propiedad al tercero. Según el art. 568-1.1 c) CCC, el retracto faculta a su titular para subrogarse en el lugar del adquirente en las mismas condiciones convenidas en un negocio jurídico oneroso una vez haya tenido lugar la transmisión. El retracto actúa, pues, una vez que el propietario del bien lo transmite a un tercero. La cuestión está en si por transmisión hemos de entender el mero contrato de enajenación o la transmisión de la propiedad, es decir, el contrato de enajenación seguido de la tradición. En el primer caso, el tanteo operará cuando haya un mero proyecto de contrato de enajenación y el retracto cuando el contrato de enajenación con el tercero ya se haya celebrado, contrato que ha podido o no ir seguido de la tradición. En el segundo caso, el tanteo operará cuando haya un contrato ya perfeccionado de enajenación, pero sin que se haya producido la tradición y, por tanto, sin que se haya producido la transmisión de la propiedad al tercero, y el retracto cuando ya se haya producido la tradición a favor del tercero. No es de esencia del derecho de retracto que una vez realizada la adquisición que lo pone en acto se notifique ésta al titular del retracto. En los retractos legales de colindantes y gentilicio del Valle de Arán, regulados en el CCC en sede de los derechos de adquisición, no se prevé dicha notificación. Sí se prevé para el retracto arrendaticio urbano (art. 25. 3, al final, LAU 1994).

El 568-1.2 CCC prevé que los derechos de tanteo y retracto también pueden ser legales, pero no dice nada respecto del derecho de opción, como si tal derecho sólo pudiese constituirse por voluntad de los interesados. El CCC no concede ningún derecho de opción legal. En principio no parece haber motivos suficientes para que la ley obligue al propietario de un bien a venderlo si no quiere hacerlo. Puede haber razones de utilidad pública, pero entonces nos encontramos ante una expropiación forzosa³.

³ Alguno podría pensar que en la regulación de la accesión se contiene un derecho de opción legal. En efecto, el propietario del suelo en el que un tercero planta cultiva o

Sin embargo, en leyes especiales sí podemos encontrar derechos de opción de compra legales. Así la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 (arts. 98, 99 y disposición transitoria primera 3^a) concedía unos derechos de adquisición forzosa, en determinados arrendamientos, a favor del arrendatario. No se trataba de un derecho de tanteo o retracto de adquirir la finca arrendada con preferencia a otros si el propietario la quería vender, sino de adquirir la finca aunque el propietario no la quisiera vender. En la actualidad ya no tiene aplicación, pues la Ley fijó un plazo, que ya se ha extinguido, para el ejercicio de tal derecho⁴. Roca i Trias⁵ ponía como ejemplo de opción de compra legal el derecho de adquisición, denominado opción en el texto legal, que la Ley catalana 24/1991 de 29 de noviembre sobre la vivienda (art. 50) concedía a la Generalitat en los casos de viviendas de protección oficial de promoción privada, pero, a pesar del nombre, más bien se asemejaba a un derecho de tanteo⁶. La anterior ley fue derogada por la Ley 18/2007 de 28 de diciembre sobre el derecho a la vivienda que igualmente regula un derecho de opción legal de la Administración, pero que, a pesar del nombre, es un verdadero derecho de tanteo, como se desprende de la regulación legal con más claridad aún que de la regulación de la ley de 1991⁷.

edifica puede hacer suya la plantación (542-5 CCC), la cosecha (542-6) o la edificación (542-7) u obligar al que plantó a dejar la finca en el estado anterior o a quien sembró a pagarle el equivalente a la renta hasta que acabe la cosecha o al que construyó a adquirir la parte del suelo invadida. Esta alternativa que concede la ley al propietario del suelo reviste el ejercicio de su decisión de adquirir la propiedad de un aspecto externo de ejercicio de un derecho de opción legal. Mas contra esto se puede argumentar que la adquisición de la propiedad se produce no en virtud de un derecho de opción legal, sino en virtud de la accesión y que el propietario del suelo opta no por adquirir la propiedad, sino por que opere la accesión.

⁴ La Ley 1/1987 de 12 febrero prorrogó los plazos y, posteriormente, la Ley 1/1992 de 10 febrero volvió a prorrogarlos hasta el 31 diciembre 1997.

⁵ *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. IV. *Drets reals* (PUIG I FERRIOL-ROCA I TRIAS), Valencia, 2007, p. 702.

⁶ En efecto, según el art. 51 el promotor, antes de iniciar la promoción, había de presentar, al solicitar la calificación provisional, la oferta económica a la Generalitat para que en el plazo de un mes a contar desde la concesión de la calificación provisional, la Generalitat pudiera ejercer el derecho de opción de compra. Transcurrido este plazo sin ejercerlo, el promotor podía iniciar libremente la promoción de venta. Es decir, el promotor había de ofrecer las viviendas, en primer lugar, a la Generalitat y si ésta no las compraba, las podía vender libremente. Esto es más bien un derecho de tanteo.

⁷ Varios artículos inducen a pensar que no estamos ante un derecho de opción, sino ante uno de tanteo. El art. 88, titulado derecho de opción de la Administración, establece en el núm.1 que en los procesos de transmisión de viviendas de protección oficial la Administración de la Generalitat se reserva un derecho de opción legal. Obsérvese que tal derecho tiene lugar sólo en los procesos de transmisión de viviendas, es decir, si el propietario las quiere vender, mientras que la opción opera aunque el propietario del bien no lo quiera vender. El art. 89 impone el deber de notificar a la Administración la decisión de transmitir, ya se trate de la primera transmisión efectuada por el promotor, ya se trate de segundas transmisiones. Y el art. 90, titulado ejercicio del derecho de opción, en su núm. 1 nos dice que una vez recibida la notificación de la decisión de transmitir la administración debe

El CCC establece y regula varios derechos de adquisición preferente legales (recordemos que hemos denominado derechos de adquisición preferente el tanteo y el retracto) en sede de las situaciones jurídicas que les sirven de fundamento: derechos de adquisición entre comuneros (art. 552-4); a favor del nudo propietario, si el usufructuario quiere enajenar su derecho (art. 561-10); a favor del propietario si el titular de un derecho de aprovechamiento quiere enajenar su derecho (art. 563-4); a favor del censatario, en el censo enfiteútico, cuando el censalista quiere vender su derecho de censo o a favor del censalista, si así se ha pactado, cuando el censatario quiera enajenar la finca gravada (art. 565-24). En sede de derechos de adquisición el CCC sólo regula el retracto de colindantes y la tornería. Aparte de los regulados en el CCC son importantes los derechos de adquisición que las leyes arrendaticias especiales conceden al arrendatario en caso de que el arrendador enajene la finca arrendada (arts. 47 y 48 LAU de 1964 y 25 LAU 1994 y art. 84 y ss. LAR 1980 y 22 LAR 2003).

2.2 Clasificación por su naturaleza

Los derechos voluntarios de adquisición pueden ser reales o personales. Que el CCC califique de reales los derechos de adquisición voluntaria no obsta a que las partes constituyan derechos de adquisición personales, en lugar de reales. El art. 568-2.2 CCC presupone que el derecho de adquisición se constituya con carácter personal cuando establece que el ejercicio de los derechos de adquisición voluntaria comporta la extinción de los derechos constituidos con posterioridad sobre el bien si el derecho se había constituido con carácter real.

No hay inconveniente en constituir una opción personal o un tanteo personal, pero un retracto personal parece imposible en sí mismo. La opción personal será una promesa de venta del art. 1451 CC a las que las partes habrán puesto un plazo para su ejercicio⁸. El tanteo personal obliga al concedente a notificar la venta (proyectada o celebrada)

pronunciarse sobre el ejercicio del derecho. Lo anterior es un derecho de tanteo. Por fin, la ley de 2007 no regula el derecho de tanteo de la Administración, sino sólo el derecho de opción y el de retracto, a diferencia de la ley de 1991 que regulaba tanto la opción como el tanteo como el retracto. Si no regula el derecho de tanteo es porque tal derecho es lo que la ley llama derecho de opción.

⁸ Si no lo han fijado, entendiendo que nos hallamos ante un precontrato, el optante podrá ejercer su derecho dentro del plazo de prescripción de las acciones. RIVERO (*Elementos de Derecho Civil* de LACRUZ, II-2.º, Barcelona, 1987, p. 277) entiende que en el caso de precontrato, el derecho a pedir el otorgamiento del contrato definitivo prescribe en el plazo genérico de las acciones personales. Pero el TS, en algunas sentencias, cuando no se ha fijado plazo de ejercicio a la opción, ha dicho que se puede ejercer dentro de un plazo razonable.

con un tercero al tanteante y concede a éste la facultad de adquirir la cosa si se encuentra en el patrimonio del concedente⁹. Sería como una promesa de venta, pero condicionada a que el promitente desee enajenar la cosa y en la que el precio no estaría ya determinado, sino que sería el acordado entre el promitente y un tercero. Si el retracto faculta al titular a adquirir la cosa después de que el concedente del derecho la haya enajenado a un tercero es imposible constituirlo como derecho personal, entendido éste como derecho exigible al concedente del retracto. El retracto se ejerce, necesariamente, frente al tercero¹⁰.

Del Pozo-Vaquero-Bosch¹¹ opinan que el derecho de tanteo aislado es siempre personal. Esto es así porque, siguiendo al legislador catalán (art. 568-15), consideran que, cuando el propietario lesiona el tanteo enajenando la cosa a un tercero, el tanteo se convierte en retracto, en lugar de entender que también es el tanteo el derecho que se ejercita para adquirir la cosa después de la enajenación al tercero. Si entendemos, como Albaladejo¹², que el derecho de tanteo, cuando se impide su forma normal de ejercicio (adquirir antes de que la cosa se enajene a otro) porque la cosa se ha enajenado a un tercero, no es que se convierta en retracto, sino que se permite utilizarlo en otra forma (adquirir después de la enajenación), que es la adecuada para que tenga efectividad el poder de adquirir la cosa, no hay dificultad en admitir un derecho de tanteo aislado de eficacia real.

3. LOS DERECHOS VOLUNTARIOS DE ADQUISICIÓN PERSONALES

3.1 Eficacia

Si los derechos de adquisición se configuran como reales, el titular del derecho podrá hacerlo valer no sólo frente a quien constituyó el

⁹ ARECHEDERRA (*Los derechos de tanteo y retracto convencionales configurados con carácter personal*, RDP 1980, p. 131) opina que el propietario de la cosa, en virtud del tanteo personal, sólo tiene la obligación de notificar la enajenación futura, pero no la de transmitir al tanteante, porque si fuera esto último no estamos ante un derecho de tanteo, sino ante una opción personal atípica. En mi opinión si se pacta un derecho de tanteo personal y no se expresa nada más me parece más correcto entender que el propietario no sólo tiene obligación de notificar la enajenación con el tercero, sino también la de transmitir al tanteante. FELIU (*El tanteo convencional*, Madrid 1997, p. 49) configura el tanteo convencional como una mera obligación del concedente a preferir mediante oportuna notificación y, en su caso, transmitir... al titular del derecho, frente a todo tercero....

¹⁰ ARECHEDERRA (*Los derechos...*, p. 128): *Un derecho de retracto convencional puede o trascender al ámbito sustantivo... porque se configure como derecho personal... no tiene eficacia real y no perjudica a terceros. Y siendo esencia... en el retracto la eficacia frente a terceros... llegamos a la conclusión que dicha hipótesis es absolutamente inverificable.* DEL POZO-VAQUER-BOSCH (*Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2008, p. 401): *El derecho de retracto es siempre real. Presupone la transmisión del bien a un tercero, y se ejercita directamente por el retrayente ante este tercero.*

¹¹ *Derecho Civil de Cataluña...*, pp. 401 y 402.

¹² *Derecho Civil...*, p. 803.

derecho, sino también frente a los terceros que, posteriormente, hayan adquirido la cosa¹³, salvo que se apliquen las normas de protección de los terceros adquirentes de buena fe¹⁴. Por tanto, tendrán eficacia frente a terceros que conozcan su existencia aunque no se inscriban en el Registro¹⁵. En cambio, si los derechos de adquisición se configuran como personales, en puridad de principios, y salvo que hayan accedido al Registro de la Propiedad (enseguida examinaremos su posibilidad de acceso al Registro), sólo podrán hacerse valer contra el concedente y, en consecuencia, no serán oponibles al tercer adquirente, aunque fuera de mala fe, y el titular del derecho sólo podrá pedir una indemnización de daños y perjuicios al concedente del mismo¹⁶. Sin embargo, esta conclusión es contradicha por la jurisprudencia¹⁷ y por

¹³ Para el derecho de opción real si el concedente de la opción transmite los bienes objeto de la opción a terceros, el art. 568-9.1 CCC prevé que los adquirentes se subrogan en las obligaciones que corresponden a los concedentes del derecho, o sea, que el titular del derecho de opción lo podrá hacer valer frente al adquirente.

¹⁴ Cuando el derecho de adquisición se constituye sobre un inmueble, si no se inscribe en el Registro no se puede hacer valer frente a terceros adquirentes a título oneroso de buena fe (art. 34 LH). Pero como el CCC exige para el nacimiento del derecho de adquisición sobre un bien inmueble la inscripción Registral, si no está inscrito, no se podrá hacer valer frente a terceros por la sencilla razón de que no ha nacido, por tanto no se podrá hacer valer frente a terceros aunque hayan adquirido a título gratuito y aunque conocieran el convenio de constitución del derecho. Si el derecho recae sobre un bien mueble sí que pueden jugar en favor del tercer adquirente las normas de protección de los terceros adquirentes de buena fe (art. 522-8).

¹⁵ Para el régimen del CC ARECHEDERRA (*Los derechos de tanteo y retracto...*, p. 127) opina lo contrario: *Entonces en virtud del carácter abierto de la disciplina hipotecaria es la inscripción lo que dota de eficacia real a lo configurado –no constituido– como real... ¿Podría tener eficacia real un derecho real atípico al margen del Registro, a nivel puramente sustantivo? No... ¿Pueden las partes configurar una preferencia adquisitiva –esencialmente eficaz frente a terceros– en virtud de un acuerdo? No. ¿Pueden las partes configurar como derecho real un derecho para que tenga acceso al Registro de la Propiedad y alcanzar así eficacia real? Sí.* Para el CCC este argumento no vale, pues los derechos reales de adquisición de origen voluntario son típicos, pero como la ley exige para su nacimiento la inscripción en el Registro, llegamos a las mismas conclusiones.

¹⁶ ALBALADEJO (*Derecho Civil...*, p. 801): *constituidos como derechos de crédito, el tanteo, retracto y opción...facultan a exigir la transmisión o preferencia sólo del obligado a ella... y si incumple, cabe pedir que se le condene a cumplir o pedirle daños y perjuicios... mientras que constituidos como derechos reales permiten obtener la transmisión de cualquiera que tenga la cosa, sea el antiguo dueño (que concedió el derecho) o cualquier otro adquirente de la misma.* FELIU (*El tanteo convencional...*, pp. 101, al final, y 102): *El tanteo convencional... se trata fundamentalmente de un derecho de crédito al comportamiento del sujeto obligado a preferir al titular de la preferencia, de concluir cierto contrato, sin transcendencia real alguna, por lo que esta obligación sólo vincula al contratante y a sus herederos, pero sin afectar a terceros de forma que el incumplimiento de dicha obligación no puede dar lugar más que a una acción indemnizatoria, en aplicación a la eficacia relativa de los contratos.* ARECHEDERRA (*Los derechos de tanteo...*, p. 131): *Si el propietario incumple habrá de responder frente al titular del tanteo pero con absoluta independencia de la enajenación realizada que seguirá su curso normal.*

¹⁷ Las SSTS 13 febrero 1997 (Aranzadi 944) y 24 octubre 1990 (Aranzadi 8045), ante sendos supuestos de opción de compra personal –en la de 1990, aunque las partes denominan al derecho concedido opción más bien es un tanteo– deciden que la opción es oponible al tercer adquirente de mala fe. La primera condena al tercer adquirente a que otorgue escritura de compraventa a favor del optante y la segunda declara nulo el contrato celebrado con tercero y obliga al concedente de la opción a vender al titular del derecho de

cierta doctrina¹⁸ que estiman que el derecho personal, aun no inscrito, perjudica al tercero de mala fe.

3.2 Inscripción en el Registro de la Propiedad

¿Son inscribibles los derechos de adquisición personales en el Registro de Propiedad? En cuanto al derecho de opción, lo permite el art. 14 RH, pero es más dudoso que se pueda inscribir un derecho de tanteo. Los derechos personales no tienen acceso al Registro de la Propiedad (art. 8 RH) salvo que la ley lo permita, como hace en el caso de la opción o del arrendamiento. El preámbulo de la LSSAD¹⁹ consideraba que sí eran inscribibles, sin distinguir entre opción y tanteo, en virtud del art. 14 RH, pero la doctrina ha puesto de relieve que en el tanteo personal no se da el requisito que exige el art. 14.2.^a RH para la inscripción: precio estipulado para la adquisición de la finca²⁰. Para la LSSAD,

opción al precio al que la vendió al tercero. Ambas argumentan que, a pesar del principio de la relatividad de los contratos, estos también obligan a los causahabientes a título particular de uno de los contratantes: *Es de observar –afirma la de 1990– que la fuerza obligatoria de los contratos, relatividad de lo acordado en ellos, afecta generalmente sólo a los contratantes y sus herederos; pero ya de antiguo (Sentencia de 14 de mayo de 1928) se declaró que también obliga el contrato al sucesor a título particular de los contratantes y en general a los adquirentes de los derechos de éstos... es de tener en cuenta que siendo admitido que tal entidad adquirió derechos de quienes allí intervinieron en concepto de propietarios del inmueble cuya opción de compra se concedió... es claro que le afecta el contrato y sus efectos, pues, como declararon las sentencias de 17 de diciembre de 1959, 9 de febrero y 5 de octubre de 1965 (Aranzadi 533 y 4263), el contratante a título particular, como lógica consecuencia de la relatividad de los contratos, ha de soportar los efectos de los que celebró con anterioridad quien le transmitió el derecho adquirido, sin que sea obstáculo dicha relatividad para que en otro aspecto pueda producir determinados efectos para los causahabientes a título singular.* La de 1997 pone de relieve que la ejecución efectiva del referido derecho mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa, que vincula y se impone a «Aridcal, S.A.» (el tercero que compró al concedente de la opción), por su actuación carente de buena fe. Hay que tener en cuenta que el TS también aplicó la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, pues quedó probado que entre DECSA (la sociedad concedente de la opción) y «Aridcal» se da coincidencia de intereses y actuación que hacen que esta última no se la repute como tercero totalmente ajeno.

¹⁸ DIEZ SOTO (Notas sobre la nueva regulación de los derechos de adquisición preferente de origen voluntario en la ley catalana 22/2001, de 31 diciembre, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-PICAZO*, t. II, Madrid, 2003, p. 1711), comentando el art. 20, al final, de la LSSAD (Ley catalana de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente), que establecía que la oponibilidad a terceros de los derechos de adquisición (hay que entender personales) tiene lugar mediante la inscripción registral, advierte que *parece claro que la previsión legal no debe excluir la posible oponibilidad del derecho no inscrito frente al tercero que sea conecedor de la existencia anterior de un derecho de adquisición preferente.*

¹⁹ *Cualquier modalidad del derecho de adquisición puede tener dos naturalezas* (la ley sólo regula la opción y el tanteo no el retracto, por lo que dentro de cualquier modalidad no incluye el retracto): *la real... y la personal, que, a su vez, puede ser inscrita de acuerdo con el artículo 14 del Reglamento hipotecario... y, por tanto, oponible a tercero o no inscrita* (Ley catalana 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente).

²⁰ ARECHEDERRA (Los derechos..., p. 131); FELIU (El tanteo..., p. 56).

BOSCH²¹ entendía que *tratándose de derechos personales, esta inscripción... únicamente es posible en el derecho de opción*. Las RRDGRN 6 marzo 2001²² y 19 septiembre 1974²³, en sendos casos en que el problema se plantea frontalmente, niegan que un tanteo personal pueda tener acceso al Registro²⁴ y la de 20 septiembre 1996²⁵, aunque no de forma tan contundente, da pie a entender lo mismo²⁶.

Si afirmamos que sí, desde el momento de su inscripción, en la práctica será como si se hubieran convertido en reales. Lo más coherente con el planteamiento que hemos hecho hasta ahora sería concluir negativamente. Si las partes han querido constituir un derecho de adquisición como personal lo han querido así con todas sus consecuencias y como el derecho es personal no será inscribible en el Registro, pues así lo establece la normativa hipotecaria (art. 8 RH). Sin embargo, el art. 14 RH complica las cosas al permitir la inscripción del derecho de opción y entender la jurisprudencia que el derecho de opción, aun personal, es inscribible en el Registro. Probablemente, el legislador introdujo esta norma sin entrar a dilucidar si estábamos ante un derecho personal o real, sino en aras a la protección del tráfico jurídico, en el sentido de que la eficacia del derecho del optante no quedara debilitada. Aunque se constituya un derecho personal de opción con arreglo al CCC, pienso que los Registradores aceptarán su inscripción en el Registro.

²¹ *Opción, tanteo y retracto. La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición*, Madrid 2004, p. 78.

²² ADGRN pp. 208 y ss.

²³ Aranzadi 5051.

²⁴ En el supuesto considerado por la R de 2001 en un contrato denominado «Contrato de derecho de adquisición preferente» la sociedad propietaria de parte de un edificio concedía a la sociedad propietaria del resto del edificio un derecho de adquisición preferente siempre que la primera adoptase la decisión de vender. La DGRN, confirmando el auto del Presidente de la Audiencia y la calificación del Registrador deniega la inscripción del contrato argumentando que *estableciéndose un derecho de tanteo convencional o análogo al mismo, para que el derecho pactado sea inscribible es de todo punto necesario que no quepa duda sobre su carácter real. Este requisito no concurre en el presente supuesto, pues ni se establece el carácter real del derecho, ni tal carácter real se induce de ninguno de los pactos del contrato*. En el supuesto considerado por la R de 1974 se había inscrito un tanteo voluntario. El propietario había vendido el bien a un tercero y el Registrador suspende la inscripción de esta transmisión por no acreditarse haber realizado la notificación preceptiva al titular del tanteo. La DGRN consideró que *todo el problema se centra en la naturaleza obligacional o real del pacto y que en el presente supuesto... no parecen claramente delimitados los perfiles de una figura de naturaleza real... por lo que de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la Ley y 355 de su Reglamento habría de ser cancelado a instancia de parte interesada...* Sin embargo, la DG confirmó la nota del Registrador, pues, como la cuestión de la cancelación no se había planteado, hasta que no se cancele existe un *obstáculo para la inscripción derivado de los libros del Registro al producir todos sus efectos el asiento practicado, de acuerdo con el art. 1 de la Ley Hipotecaria*.

²⁵ Aranzadi 4020.

²⁶ Esta R, que fue la primera que admitió la inscripción de un derecho de tanteo voluntario, parte de que *aparecen claramente delimitados los contornos de una figura de naturaleza real*, lo que sugiere que, quizás, no lo habría inscrito de no tener la naturaleza de real.

3.3 Constitución de un derecho de adquisición sin que conste la voluntad de constituirlo como real o personal

Cuando las partes constituyen un derecho de adquisición sin precisar si lo constituyen con carácter personal o real y sin poderse inferir cuál ha sido su voluntad al respecto, surge el problema de determinar si es real o personal. Si aplicamos el principio de libertad de cargas del dominio que aplica el TS para concluir que *en cualquier contrato en que se establezcan servidumbres u otros gravámenes que limiten el derecho de propiedad quede bien expresada la voluntad de las partes, favoreciendo en caso de duda la interpretación del propietario*²⁷, tendríamos que concluir que se trata de un derecho personal. Sin embargo, Cumella²⁸ observa que el art. 20 LSSAD disponía que los derechos de adquisición eran reales sólo cuando se les constituía como tales y el art. 24.b) exigía que el título de constitución ha de expresar la voluntad de los constituyentes de configurar el derecho con carácter real, extremos que no contiene la regulación actual, de lo cual concluye que ya no es preciso que concorra una voluntad expresa de los contratantes para atribuirle al derecho la condición de real. Argumenta, además, que de igual modo que los contratos son lo que son, y no lo que las partes manifiestan, los derechos patrimoniales deben integrarse en el subgénero de los derechos reales o en el de los derechos personales en base a su configuración objetiva, sin consideración a la voluntad declarada de los sujetos. Pero, en este caso, en que la ley, como hemos visto, permite configurar los derechos de adquisición personales, la configuración objetiva depende de lo que hayan querido las partes. Es cierto que el derecho será real o personal no porque las partes lo califiquen de una manera o de otra, pero sí según el contenido que hayan querido darle. Si han querido que el optante no tenga la facultad de adquirir el bien, en caso de que el concedente de la opción enajene el bien a un tercero o que el tanteante no tenga la facultad de adquirir el bien si el propietario del mismo lo enajena a un tercero sin antes habérselo ofrecido a él, es que han querido un derecho personal. Lo que también es cierto que en el tráfico jurídico si se concede un derecho de opción parece que la intención del optante es poder ejercerlo aunque el concedente transmita el bien a un tercero. Lo mismo cabría decir del derecho de tanteo. Estas consideraciones me llevan a entender que es más equitativo que el derecho de opción y el de tanteo sean, en principio, reales a no ser que conste la voluntad de que sean personales. Y se

²⁷ STS 18 noviembre 2003 (Aranzadi 8329).

²⁸ *Derechos Reales. Comentario al libro V del Código civil de Cataluña*, t. 3, «Comentario al art. 568-22», Barcelona, 2008, p. 1667.

puede argumentar, como hace CUMELLA, el cambio de redacción del CCC en relación con la LSSAD. Y también, para el CCC, que, al existir como típicos los derechos reales voluntarios de adquisición, las partes, cuando expresan simplemente constituir un derecho de opción o tanteo, han querido referirse al derecho regulado por la ley, que es el real.

3.4 Aplicación a los derechos de adquisición personales de la regulación legal de los reales

Si las partes deciden constituir un derecho de adquisición personal, en lugar de real, que es el regulado por la ley, se podría inferir la voluntad de las partes de que no se les aplique la regulación del CCC, sino la que establezcan ellos en sus pactos. Mas, por otro lado, la aplicación del CCC puede ser útil para suplir las lagunas que han dejado en sus pactos (por ejemplo, no pactan el plazo de ejercicio del derecho).

4. FUNCIONAMIENTO DEL DERECHO DE OPCIÓN

4.1 Teoría tradicional

4.1.1 PRECONTRATO DE VENTA ENTRE CONCEDENTE Y OPTANTE QUE MEDIANTE EL EJERCICIO DE LA OPCIÓN COBRA PLENO VIGOR

Según la tesis tradicional, la adquisición de la propiedad por parte del optante se produce a través del título y modo, contrato más tradición. Entre el optante y el concedente se ha celebrado un precontrato de venta²⁹ y el optante, al ejercer la opción, habrá dado plena eficacia al contrato de venta. En el mismo sentido, el TS³⁰

²⁹ Entendiendo el precontrato como lo entiende DE CASTRO: *Convenio por el que las partes crean en favor de una de ellas... o de cada una de ellas, la facultad de exigir la eficacia inmediata de un contrato por ellas proyectado* (ADC 1950, p. 1170). Cuando habla de contrato proyectado se refiere a un contrato en que ya han quedado determinados todos los elementos necesarios para su validez:... *han de haberse convenido todos los requisitos necesarios para la posible validez del contrato... por ejemplo, en una promesa de venta será precisa la determinación de la cosa y del precio o su determinabilidad* (p. 1174).

³⁰ STS 14 noviembre 2002 (Aranzadi 9919): *Ejercitada la opción... en tiempo y forma, su efecto es el de la perfección del contrato de compraventa; así la sentencia de 22 de diciembre de 1992 (A 10642) afirma que «una vez ejercitada la opción..., dentro del plazo señalado, y comunicada al concedente... nace y se perfecciona automáticamente el contrato de compraventa, al producirse con relación a éste, el concurso del consentimiento exigido por la Ley, sin que el... concedente pueda hacer nada para frustrar su efectividad, pues como acaba de decirse, y se repite, basta para la perfección de la compraventa con que el optante le haya comunicado su voluntad de ejercer su derecho de opción» y, en el mismo sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 1993 (A, 9179) dice que «una vez*

entiende que cuando el optante ejercita la opción, notificando al propietario de la cosa la declaración de voluntad de ejercerlo, desde ese momento se entiende perfeccionado (quizás hubiera sido más preciso decir cobra plena eficacia) el contrato de compraventa sin necesidad de que el concedente de la opción emita ninguna declaración de voluntad.

El derecho de opción no sería otra cosa que la facultad de poner en vigor el precontrato de venta. Sería un derecho personal cuando la facultad sólo se pudiera exigir frente al concedente de la opción y real cuando se pudiera ejercer frente a los terceros a quienes el concedente de la opción hubiera transmitido el bien. Cuando el concedente ha transmitido el bien a un tercero surge un problema, pues si el bien ha salido del patrimonio del concedente, no parece que la adquisición del optante se puede explicar como consecuencia de haber puesto en vigor el precontrato celebrado con el concedente. Trataremos esta cuestión más adelante.

El optante no pide al concedente que celebre con él un contrato de venta³¹, sino que, una vez ejercida la opción, nos encontraremos ante un contrato de venta plenamente eficaz al que se aplicará su régimen propio y, en consecuencia, el concedente tendrá la obligación de entregar la cosa –y cuando se haya producido la *traditio* el optante adquirirá la propiedad–³² y el optante tendrá la obligación

que el optante ejercita la opción de compra... nace y se perfecciona automáticamente el correspondiente contrato de compraventa (sentencias de 6 de abril de 1987, A 2494, 23 de diciembre de 1991, A 9482, 22 de diciembre de 1992, A 10642, y 17 de marzo, A 3801, y 21 de julio de 1993, A 6105) (Aranzadi 9919).

³¹ Según la STS 14 febrero 1995 (Aranzadi 837) *la opción de compra obliga al concedente a realizar la venta en favor del optante si éste usa dentro del plazo pactado, su derecho de opción (Sentencias 21 octubre 1974, Aranzadi 3898, y 4 julio 1980, Aranzadi 3083)*. Pensamos que esto no es exacto, pues, como veremos, el TS nos dice que la venta queda perfeccionada con el ejercicio del derecho de opción. Posiblemente lo que el TS quiere decir es que el concedente queda obligado a otorgar escritura pública (que propiamente no podrá calificarse de compraventa) para que el optante pueda inscribir su adquisición en el Registro.

³² STS 18 julio 2006 (Aranzadi 4949): Se había arrendado un local comercial con opción de compra. El arrendatario optante ejerció la acción de compra, pero como el arrendador concedente le discutió si había procedido según lo acordado, el primero interpuso demanda judicial que le fue estimada en primera instancia condenando al concedente a otorgar escritura pública de compraventa y al optante a pagar el precio de la opción. La sentencia fue confirmada por la Audiencia y por el TS. Durante este procedimiento el arrendador concedente de la opción enajenó la finca a unos terceros que inscribieron su adquisición en el Registro de la Propiedad. El optante interpuso demanda solicitando, entre otras cosas, la nulidad de la venta. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda basando su fallo en que nos encontrábamos ante un supuesto de doble venta: la primera, la realizada por el arrendador concedente de la opción al optante y la segunda la realizada por el arrendador a los terceros. Y, con base en el art. 1473, es preferido el comprador que primero inscriba su adquisición en el Registro, que fueron los terceros. El optante alegó que no se trataba de un supuesto de doble venta, sino de venta de cosa ajena, pues en el momento de realizarse la segunda venta él ya había adquirido la propiedad por *traditio brevi manu*. El TS rechaza que esta tuviera lugar, pues para que opere la *traditio brevi manu* es necesario un acuerdo, lo que no sucedió y como no se otorgó la escritura pública de compraventa

de entregar el precio³³. Por eso, el TS entiende que, salvo que se haya pactado otra cosa, no es requisito para el derecho de opción el pago del precio³⁴. Es cierto que el CCC (art. 568-12.1) establece que los optantes, para ejercer el derecho de opción, han de pagar el precio, pero esto no es obstáculo para configurar la opción como facultad de exigir la puesta en vigor de un precontrato de venta. Al legislador le ha parecido oportuno establecer esta exigencia para garantizar la seriedad de la intención del optante, pero el mismo legislador prevé que se pacte lo contrario, de la misma manera que el TS, partiendo de la norma general contraria, no necesidad del pago del precio para el ejercicio de la opción, admite que se pacte lo contrario.

4.1.2 INSCRIPCIÓN DEL DOMINIO A NOMBRE DEL OPTANTE

Tratándose de un bien inmueble, para que el optante inscriba el dominio a su favor en el Registro de la Propiedad, si el concedente de la opción se aviene, en la práctica, éste y optante otorgan una escritura de compraventa³⁵. Si no se aviene a ello, vemos cómo en

a favor del optante, pues éste no pagó el precio de venta —alegaba que tenía derecho a la restitución de las rentas que pagó desde el momento que ejerció la opción y que dicho derecho se compensaba con su obligación de pago del precio—, tampoco se dio la *traditio* instrumental ni ninguna otra clase de *traditio*. Parece que en el TS también influyó el hecho de que el optante no pagó el precio de la cosa, pues afirma: Entender la *traditio brevi manu* como el recurrente lleva a la consecuencia absurda de que el concesionario de la opción pierde la propiedad por el solo ejercicio de aquella por el optante, es decir, que se hace automático para él el cumplimiento de unas obligaciones que de la compraventa nacen (entrega de la cosa) si aquél tiene la posesión de la cosa, siendo así que no ha cumplido su obligación de pago del precio.

³³ STS 6 julio 2001 (Aranzadi 4996): *Dentro de los efectos de la opción, que se perfecciona una vez debidamente ejercitado el contrato de compraventa, éste queda sometido a su propia regulación (arts. 1445 y ss. del CC), en la que figura el 1450, que mantiene desde luego la perfección del contrato, aunque ni la cosa ni el precio se hayan entregado, como así lo corrobora en caso de opción la doctrina de esta Sala (SS. entre otras, de 3 febrero 1922, Aranzadi 815), al poner de relieve que si bien el contrato de opción puede funcionar como preliminar de la compraventa, una vez consumado por su ejercicio en tiempo y forma (y no otra es la hipótesis ahora contemplada), la enajenación ha de cumplirse en la forma pactada».*

³⁴ STS 6 julio 2001 (Aranzadi 4996): *Y esta misma sentencia (22 diciembre 1992, Aranzadi 10642), al examinar en concreto el requisito del pago o consignación del precio, se remite a la de 2 de febrero de 1992 para declarar que se trata de una condición no exigida «salvo que ésa sea la intención contractual de las partes, manifestada en una cláusula clara y terminante», doctrina que igualmente se expresó en las sentencias de 17 de mayo y 24 de junio de 1993 (Aranzadi 3801 y 5382).*

³⁵ La DGRN 27 octubre 1999 (Aranzadi 7773) denegó la inscripción del acta notarial que certificaba el requerimiento mediante el que los optantes ejercieron la opción. Estima que *el acta calificada, aun acompañada de la escritura... del contrato de opción, en modo alguno acredita... la... verificación del desplazamiento dominical... pues, con independencia de su posible virtualidad perfeccionadora del contrato definitivo... ni es instrumento adecuado para documentar la voluntad afirmativa del optante... ni goza de la virtualidad traditoria*. Entonces, nos podríamos plantear si en vez de presentar en el Registro el acta notarial de la notificación del ejercicio de opción, hubieran presentado una escri-

la práctica el optante pide al tribunal que condene al concedente a otorgar escritura de compraventa y si el tribunal estima la demanda, emite tal condena³⁶. En teoría no sería una escritura de venta, pues el contrato de venta ya está perfeccionado con el ejercicio de la opción. Tampoco sería la elevación a escritura pública de un contrato de venta celebrado en documento privado, pues la opción pudo constituirse en escritura pública y la declaración de voluntad del optante de ejercer la opción pudo hacerse en escritura pública. Sería la reproducción de las declaraciones de voluntad de vender y comprar, ya emitidas anteriormente, con objeto de facilitar la inscripción del dominio del optante en el Registro de la Propiedad.

Si la opción se constituye en escritura pública y el optante emite su declaración de voluntad en escritura pública (no bastaría un acta notarial de requerimiento por la que se ejerciera el derecho de opción³⁷), notificada notarialmente, cabe plantearse si el Registrador, con base en dichos documentos, puede inscribir el dominio a favor del optante. El Registrador puede comprobar que la opción se ha ejercido dentro de plazo y si es requisito para el ejercicio de la opción el pago del precio y el optante acredita que ha pagado el precio, por ejemplo, lo ha consignado judicial o notarialmente, no parece que habría obstáculo para la inscripción del dominio a favor del optante. La escritura pública que contiene la declaración de voluntad del optante de ejercer la opción, unida a la escritura pública de constitución de la opción, tendría eficacia traditoria.

Sin embargo, lo anterior no lo admite la DGRN a no ser que las partes pacten el denominado ejercicio unilateral de la opción, sin

tura pública en que el optante manifiesta su voluntad del ejercicio de opción, acompañada del acta notarial de notificación de tal ejercicio al concedente de la opción, el Registrado hubiera inscrito. La DGRN lo admite, pero sólo en caso de pacto específico entre concedente de la opción y optante. Añade la anterior RDGRN: *virtualidad traditoria... que, en caso de pacto específico al respecto, podría tener la escritura comprensiva de tal declaración afirmativa en conjunción con la originaria del contrato de opción* (cfr. Resolución 19 julio 1991).

³⁶ SSTS 3 febrero 1998 (Aranzadi 400), 23 mayo 1994 (Aranzadi 3734), 13 noviembre 1992 (Aranzadi 9398), 15 febrero 1980 (Aranzadi 935), otra de la misma fecha 15 febrero 1980 (Aranzadi 517), 2 noviembre 1979 (Aranzadi 3821).

³⁷ La DGRN 27 octubre 1999 (Aranzadi 7773) denegó la inscripción del acta notarial que certificaba el requerimiento mediante el que los optantes ejercieron la opción. Estima que *el acta calificada, aun acompañada de la escritura... del contrato de opción, en modo alguno acredita... la... verificación del desplazamiento dominical... pues, con independencia de su posible virtualidad perfeccionadora del contrato definitivo... ni es instrumento adecuado para documentar la voluntad afirmativa del optante... ni goza de la virtualidad traditoria*. Entonces, nos podríamos plantear si en vez de presentar en el Registro el acta notarial de la notificación del ejercicio de opción, hubieran presentado una escritura pública en que el optante manifiesta su voluntad del ejercicio de opción, acompañada del acta notarial de notificación de tal ejercicio al concedente de la opción, el Registrado hubiera inscrito. La DGRN lo admite, pero sólo en caso de pacto específico entre concedente de la opción y optante. Añade la anterior RDGRN.

intervención del concedente de la opción³⁸. Solución que es la que adopta el CCC (art. 568-6 b) que prevé la posibilidad de incluir en la escritura de constitución del derecho de opción el pacto de ejercicio unilateral. Por tanto, si no se incluye el pacto, el optante necesitará, para poder inscribir el dominio a su nombre, que el concedente o el propietario actual del bien otorgue escritura pública.

4.1.3 PROBLEMA QUE SE PRESENTA CUANDO EL CONCEDENTE DE LA OPCIÓN ENAJENA EL BIEN A UN TERCERO

Cuando el concedente de la opción ha enajenado la cosa a un tercero, el optante ejerce su derecho frente al tercero³⁹, pues, como propietario actual de la cosa, será quien tenga que transmitírsela al optante y será el tercero quien otorgue, de no haberse pactado el ejercicio unilateral, la correspondiente escritura. Según el 568-12.4 CCC los optantes deben notificar a los concedentes o propietarios el ejercicio del derecho, es decir, nos dice que la opción se ejerce frente a los propietarios actuales, que pueden ser personas distintas de los concedentes.

En estos casos, aparece una dificultad para explicar el funcionamiento de la opción según lo expuesto. Si con el ejercicio de la opción cobra plena eficacia el precontrato de compraventa celebrado entre concedente y optante, resulta que el vendedor sería el concedente de la opción y el comprador el optante, sin embargo quien otorga la escritura y quien transmite la propiedad no es el concedente de la opción, sino el tercero que compró al concedente. Nos encontraríamos con dos contratos de venta, uno entre concedente y

³⁸ RDGRN 19 julio 1991 (Aranzadi 5445): *Por tanto, y si no existen obstáculos de otra índole, puede afirmarse que desde un punto de vista instrumental, y siempre que el dueño o dueños lo hayan consentido al pactarse el contrato preliminar –como sucede en este recurso– ... ya que una vez autorizadas ambas, el valor traditorio de la escritura y lo convenido por las partes produce la tradición adecuada para investir de dominio al adquirente.* RDGRN de 27 octubre 1999 (citada en la nota anterior): *virtualidad traditoria...que, en caso de pacto específico al respecto, podría tener la escritura comprensiva de tal declaración afirmativa en conjunción con la originaria del contrato de opción (cfr. Resolución 19 julio 1991).* RDGRN 20 mayo 2005 (Aranzadi 5378): *La jurisprudencia, la doctrina científica y la de este Centro Directivo han admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente del derecho...*

³⁹ La RDGRN de 23 julio 2005 (Aranzadi 6923) considera un caso en que tras la constitución de la opción, el concedente de la opción enajenó la finca. El optante interpuso demanda contra el concedente de la opción solicitando se le condenase al otorgamiento de la escritura pública de venta. Se estimó la demanda tanto en primera como en segunda instancia y, ante la negativa del demandado de otorgar escritura pública, dicha escritura fue otorgada en su nombre por el Juez de Primera Instancia. Al ir a inscribirla al Registro, el Registrador denegó la inscripción, lo cual fue confirmado por la DGRN que afirma: *el optante ha de demandar la entrega de los bienes y el otorgamiento de la escritura al actual titular de aquéllos (algo que no ha tenido lugar en el caso que nos ocupa); sencillamente para que se pueda operar la transmisión dominical y ésta acceder al Registro.*

optante y otro entre tercero y optante. Para salvar esta dificultad habría que entender que el tercero se subroga en la posición del concedente en el precontrato que celebró con el optante.

Así, las acciones derivadas del contrato de compraventa que corresponden al comprador (saneamiento vicios ocultos o evicción, gravámenes ocultos, diferencias de cabida) las interpondrá el optante frente al tercer adquirente, pues es el vendedor propietario de la cosa. Es cierto que el concedente de la opción fue el que desencadenó la venta, al conceder la opción, pero también es cierto que el tercero compró el bien sujeto a opción, por lo que no resulta infundado que sea él quien responda ante el optante.

En el caso de que el concedente de la opción, después de celebrar una venta, seguida de tradición, con un tercero, conserve el bien en su poder⁴⁰ y no lo quiera entregar voluntariamente al optante que ha ejercido su derecho, la construcción expuesta del funcionamiento del derecho de opción puede resultar insatisfactoria para resolver este problema. Según lo expuesto, el optante tendrá que dirigirse contra su vendedor, el tercero, pidiéndole la entrega de la cosa, pero, como éste no la tiene, no se la podrá entregar. Entonces, el tercero tendrá que accionar contra el concedente pidiéndole la entrega del bien para así poderlo entregar, a su vez, al optante. Pero el tercero no tendrá ningún interés en demandar al concedente. Si no lo hace, no hay ninguna norma que legitime al optante a accionar en sustitución del tercero. ¿Se podría condenar al tercero a que interponga una acción pidiendo al concedente de la opción la entrega de la cosa? Ciertamente que el art. 708 LEC admite que se condene a emitir una declaración de voluntad y se podría entender que interponer una acción es una declaración de voluntad, pero las declaraciones de voluntad a las que se refiere dicha norma son las declaraciones de voluntad dirigidas a celebrar un negocio jurídico, como se deriva de la distinción que hace entre que estén o no predeterminados los elementos esenciales del negocio o contrato. Si el optante hubiera adquirido la propiedad del bien a través de la tradición instrumental operada entre él y el tercero, el problema se solucionaría, pues podría interponer la reivindicatoria contra el concedente de la opción que aún conserva el bien en su poder. La dificultad está en que el TS⁴¹ no admite la tradición instrumental cuando el *tradens* no tiene ningún tipo de posesión (ni la inmediata ni la mediata), ya que no se puede transmitir una posesión que no se tiene. La única solución que veo es acudir a la doctrina del TS según la cual el principio de relatividad de los contratos

⁴⁰ Este supuesto es posible, pues la tradición ha podido ser instrumental y el concedente de la opción ha podido conservar la cosa en su poder.

⁴¹ STS 9 octubre 1997 (Aranzadi 7065).

(art. 1257, párr. 1.º CC) no es tan absoluto, como para que no pueda producir determinados efectos para los causahabientes a título particular, de forma que el optante podrá exigir al concedente de la opción la entrega de la cosa aunque finalmente el contrato de compraventa no cobró plena eficacia frente a él, sino frente al tercero, ya que es causahabiente a título singular del tercero y es como si éste le hubiera transmitido su derecho a exigir la entrega de la cosa que le corresponde como comprador del concedente⁴².

⁴² Tiene especial interés para el caso que nos ocupa la STS 31 diciembre 2001 (Aranzadi 2002/3098), pues en este caso, como en el que nos planteamos, para que el derecho del comprador devenga eficaz se ha de dirigir contra el vendedor de su vendedor. En esta sentencia el segundo comprador demanda al que vendió a su comprador en documento privado (también demanda a su vendedor) solicitando que otorgue escritura pública de la primera compraventa con el fin de reanudar el tracto sucesivo y poder inscribir su adquisición. El TS considera que se ha de estimar la demanda y argumenta: *en aras de la protección de los derechos de los adquirentes... la regla de la eficacia relativa de los contratos... no impiden que estos reclamen al vendedor, en su condición de causahabientes a título singular y por actos «inter vivos» del mismo, así como de otro litigante conectado contractualmente con aquél en la calidad de vendedor del después vendedor, la elevación a escritura pública de un ... documento privado de compraventa suscrito por los últimos, de cuya omisión formal... deriva un daño a los recurrentes....* La STS 2 noviembre 1981 (Aranzadi 4412) estima que los subadquirentes de unas viviendas de protección oficial se pueden dirigir contra el promotor pidiéndole indemnización de daños y perjuicios por el no funcionamiento del ascensor a través del que se accedía a los garajes. Ante la argumentación del recurrente de falta de legitimación activa en virtud de la aplicación del art. 1257, párr. 1.º CC) contesta: *habiendo de mantenerse... que como ya expresó la sentencia de... 5 octubre 1975 (Aranzadi 4263), la doctrina del carácter relativo y personal de los contratos...» no es obstáculo para que en otro aspecto el contrato pueda producir determinados efectos para los causahabientes a título singular, cuando se adquiere por uno de los contratantes por un acto inter vivos, cual la venta.*

El TS también aplica esta doctrina, como hemos visto al tratar de los derechos de adquisición personales, para justificar que el tercero de mala fe, que adquiere el bien objeto del derecho de adquisición, queda afectado por el contrato que realizó su transmitente constituyendo el derecho.

Otro campo en que el TS aplica esta doctrina es en la responsabilidad del art. 1591 CC en el contrato de ejecución de obra. La STS 1 abril 1977 (Aranzadi 1510), con base en este principio, admite que aunque quien adquiere una vivienda del promotor no es parte en el contrato de ejecución de obra entre promotor y constructor, puede pedir al constructor la responsabilidad del art. 1591: *Que el principio de la relatividad de los contratos... es mucho más complicado de lo que su formulación aparenta, puesto que la palabra tercero adolece de gran imprecisión, ya que no sólo excluye a los contratantes mismos y a las personas representadas por ellos, sino... también a los herederos..., es decir, a los causahabientes, bien a título universal, bien a título singular –legado, compraventa, donación– por lo que... el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido. Que esta Sala tuvo que enfrentarse... con el sugestivo problema que hoy se plantea... consistente en determinar si tiene o no acción contra el constructor... el comprador que adquiere un piso cuando ya la construcción se había terminado, y que, por tanto no fue parte en el contrato de ejecución de obra, resolviéndolo en sentido afirmativo, entre otras... la de 5 mayo 1961 en la que declaró que «el comprador... recibe todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, resultando, por tanto, evidente, que está revestido de la acción que está revestido de la acción que le concede el art. 1101 del CC, con carácter general, y específicamente el 1591, al señalar la responsabilidad del Arquitecto y del contratista en caso de ruina...*

Pienso que la subrogación del tercero que adquiere del concedente de la opción en el lugar de éste no encuentra apoyo en el art. 568-9.1 CCC, según el cual los adquirentes se subrogan en las obligaciones que, si procede, corresponden a los concedentes del derecho, pues habla de subrogación en las obligaciones, no en los derechos, y precisa que la subrogación no es siempre, sino si procede. Aunque no nos interesa entrar a ver a qué se refiere dicha norma, quizás se refiera al supuesto en que el concedente, antes de transmitir el bien al tercero, quede obligado frente al optante por haber causado con culpa o dolo un deterioro en el bien objeto de la opción. En este caso, si el concedente no ha hecho efectiva la indemnización correspondiente, el tercer adquirente se subroga en dicha obligación. No creo que se refiera a las obligaciones de conservar la cosa o de permitir inspeccionar el bien que tiene el optante (568-10), pues dichas obligaciones las impone el CCC al propietario del bien.

4.2 Teoría de la adquisición automática de la propiedad

El ejercicio de los derechos de adquisición voluntaria comporta la adquisición del bien en la misma situación jurídica en que se hallaban en el momento de la constitución, así como la extinción de los derechos incompatibles constituidos con posterioridad sobre el bien si el derecho se había constituido con carácter real, sin perjuicio de lo establecido por la legislación hipotecaria (art. 568-2.2 CCC). En la primera frase de esta norma, *el ejercicio de los derechos de adquisición voluntaria comporta la adquisición del bien*, se apoyan Del Pozo-Vaquero-Bosch para mantener que el ejercicio de la opción⁴³ conlleva la adquisición inmediata de la propiedad, sin la colaboración del propietario. El propietario –continúan los autores anteriores– habrá de entregar la posesión de la cosa, pero esta entrega no tendrá el significado de la tradición que se requiere para transmitir la propiedad. También habrá de formalizar la transmisión (salvo en el caso de opción en que se haya pactado el ejercicio unilateral) que consistirá en el otorgamiento de escritura pública en el caso de que se trate un bien inmueble para que pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Aunque el CCC sigue el sistema tradicional de adquisición de los derechos reales mediante el título y la tradición, es cierto que el legislador podría haber excepcionado de este sistema a la adquisición en virtud de un derecho real de adquisición. Pero no es seguro que lo haya hecho, pues no se puede aislar el inciso *el ejercicio de los derechos de adquisición voluntaria comporta la adquisición del bien* de la frase de la que forma parte. Considerando la frase en su

⁴³ *La consecuencia esencial del ejercicio de la opción de naturaleza real es la adquisición inmediata de la propiedad de la cosa por el optante (Derecho Civil..., p. 395).*

conjunto no parece que el propósito del legislador sea establecer que el ejercicio de los derechos de adquisición conlleva la adquisición automática de la propiedad, sino establecer que el ejercicio supone la adquisición del bien en la misma situación jurídica en que se hallaba en el momento de la constitución del derecho de adquisición, sin que le afecten los actos posteriores realizados por el titular del bien.

Para la LSSAD, Bosch⁴⁴ consideraba que el art. 29.1, similar al 568-2.2 CCC, y el párrafo 26 del preámbulo de la ley (*la naturaleza real o personal... no es un criterio tipificador. La naturaleza determina la eficacia adquisitiva*) establecían la adquisición automática de la propiedad, aunque reconocía que lo hacía de manera no muy clara. También se podía aducir otro argumento: según el art. 29.3, el titular del derecho de adquisición podía requerir judicialmente al propietario actual de la cosa en caso de negarse a formalizar la transmisión. No se decía que le podía requerir para exigirle la transmisión, como lo establecía el art. 30.2 para los derechos de adquisición personales. Luego se podía deducir que la transmisión ya se había efectuado y por eso el titular sólo exige la formalización de la misma, no su realización. Añadía BOSCH que si en el CCC existiese un precepto equivalente al 609 CC en la enumeración de los modos de adquirir deberían incluirse el ejercicio de un derecho real de adquisición y en los artículos posteriores regularse el mismo⁴⁵. Cuando BOSCH escribía esto todavía no se había promulgado el libro V del CCC relativo a los derechos reales. Una vez publicado es verdad que no existe un artículo como el 609 del CCC, pero sí existe el capítulo I del título III que regula la adquisición y transmisión de los derechos reales y en él no se hace ninguna referencia a los derechos de adquisición y si mediante el ejercicio del derecho de adquisición se adquiere automáticamente el derecho real quizás el legislador lo hubiera mencionado en dicho capítulo, aunque regulase los derechos de adquisición donde los regula ahora, ya que no por ello dejan de ser derechos reales limitados. Pero también hay que admitir que la falta de mención tampoco es argumento definitivo para negar el efecto de la adquisición automática de la propiedad. El 531-1 establece, como disposición general del capítulo, que para transmitir y adquirir bienes es preciso siempre el título de adquisición y, si procede, la tradición o actos o formalidades establecidos por las leyes. Y posteriormente regula, en sendas secciones, la tradición, la donación y la usucapión. La tradición no es título según el 531-1. Sí lo son la donación (no se plantea problema) y la usucapión, pues según el 531-23 la usucapión es el título adquisitivo de la propiedad o de un derecho real posesorio

⁴⁴ *Opción...*, p. 210.

⁴⁵ *Opción...*, p. 212.

basado en la posesión del bien. El derecho real, según la tesis de la adquisición automática, sería título de adquisición. Y como título de adquisición ya estaría comprendido en el título del que nos habla el 531-1 y no haría falta una mención especial. Mas si el legislador catalán hubiera añadido una sección quinta titulada los derechos de adquisición, aunque se hubiera remitido a la regulación de los derechos de adquisición en sede de los derechos reales limitados, nos hubiera hecho salir de dudas. Por otro lado ha desaparecido del CCC la norma del 29.3 de la LSSAD que, según hemos visto, también podría fundamentar la adquisición automática de la propiedad.

La tesis de la adquisición automática parece una construcción formal. El concedente y el optante lo que quieren es vender y comprar, respectivamente, pero no lo quieren hacer ya, sino en el caso de que el optante desee hacerlo dentro del plazo pactado de ejercicio de la opción. Decir que se concede un derecho real de adquisición en virtud del cual el optante adquirirá automáticamente la propiedad si lo ejerce, sin necesidad de tradición, pues la adquisición de la propiedad no se fundamenta en un contrato, cuando sí ha habido un acuerdo de voluntades previo cuyo contenido es la compraventa de un bien, parece una construcción formal. Roca i Trias⁴⁶, en contra de la opinión de Del Pozo-Vaquero-Bosch, mantiene la tesis tradicional.

En coherencia con su tesis, Del Pozo-Vaquero-Bosch⁴⁷ opinan que mientras que la opción de naturaleza personal debe enmarcarse en la figura del precontrato, no sucede lo mismo con la de naturaleza real. En ésta una vez el negocio jurídico constitutivo crea el derecho de opción, este derecho adquiere autonomía y vida propia y relega al negocio originario creador. Mas tanto la opción personal como la real faculta al optante a poner en vigor un precontrato, lo único que sucede es que en la opción personal esa facultad sólo se puede hacer valer frente al optante y en la opción real también se puede hacer valer frente a los terceros a quienes el optante transmita el bien.

Para esta tesis, aunque la adquisición del optante no sea vía contractual, Bosch explica que el concedente estará obligado al saneamiento por evicción o defectos o gravámenes ocultos, pues estamos ante una adquisición onerosa y es ésta la que determina la obligación de saneamiento. En el caso de que se haya pactado el ejercicio de la opción sin necesidad de pagar el precio Bosch también opina que, aunque el supuesto no encaje estrictamente en el art. 1124 debe permitirse la resolución de la transmisión, pues esta se permite en virtud del cumplimiento de la obligación de pagar el precio⁴⁸.

⁴⁶ *Instituciones...*, p. 709.

⁴⁷ *Derecho civil...*, p. 386.

⁴⁸ *Opción...*, p. 213.

5. FUNCIONAMIENTO DEL DERECHO DE RETRACTO

5.1 Momento del ejercicio del retracto

5.1.1 LA CUESTIÓN EN EL RÉGIMEN DEL CC

Para unos⁴⁹ el retracto actúa ya cuando el propietario del bien ha vendido la cosa a un tercero, aunque no haya tenido lugar la tradición⁵⁰. Para otros⁵¹, el retracto sólo actúa cuando la venta se

⁴⁹ SANCHO REBULLIDA (*Elementos...*, p. 441): *El momento que separa al tanteo del retracto es la perfección del contrato adquisitivo...El tanteo supone un acuerdo de voluntades en potencia... En cambio, el retracto requiere perfección contractual... a la que puede haber seguido tradición.* Obsérvese que dice a la que puede haber seguido tradición, es decir, también puede no haber seguido. DIEZ SOTO (*Ejercicios y efectos de los tanteos y retractos legales*, Madrid, 2000): *Celebrado el contrato de finalidad transmisiva, por tanto, queda abierta la puerta al ejercicio del retracto* (p. 72). *El tanteo... responde al designio de hacer posible que el impulso transmisivo encarnado en la decisión del propietario actual del bien de enajenarlo en determinadas condiciones tenga por destinatario, en primer término, al titular de la preferencia adquisitiva, de tal manera que, si éste, tras recibir la correspondiente oferta-notificación, opta por aceptarla, se habrá obtenido la posibilidad perseguida por el legislador...mientras que, en caso contrario, el propietario quedará en libertad para enajenar a un tercero en las mismas condiciones que... fueron ofrecidas a aquél* (p. 205). FELIU (*El tanteo voluntario...*, p. 19): *Este último (tanteo) opera antes de la enajenación proyectada, mientras el retracto faculta para adquirir la cosa después de enajenada de manos del tercer adquirente (independientemente de la discusión doctrinal sobre el mecanismo resolutorio o subrogatorio), es decir, una vez celebrado el contrato traslativo, haya mediado o no traditio.* LETE DEL RIO (*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. O'CALLAGHAN, Madrid, 1995, p.319): *El supuesto que da lugar al posible ejercicio del derecho de tanteo es el proyecto de venta de la vivienda o, como dice el precepto legal, «la decisión (del arrendador) de vender la finca arrendada».* *Por consiguiente, deberá existir una oferta, precontrato u opción de compra... entre el arrendador y un tercero, o un convenio condicionado a la potestad del inquilino de anteponerse a su perfección... (sentencia de 23 de enero de 1957), o simplemente el mero proyecto (propósito o intención) o decisión de vender, aunque de momento no exista posible comprador (así lo revela el dato de que entre las menciones de la notificación no se incluya la del nombre, domicilio y circunstancias del comprador), pero no un contrato perfecto y definitivo, pues en tal caso procedería el derecho de retracto y no el de tanteo.*

⁵⁰ Lógicamente también actuará después de haber tenido lugar la tradición.

⁵¹ ALBALADEJO (*Derecho Civil...*, p. 805): *En el tercero (retracto) el derecho de adquisición funciona después del contrato de compraventa y después también de la transmisión –mediante su entrega– de la cosa al comprador...;* DÍEZ PICAZO-GULLÓN (*Sistema...*, p. 512): *Mientras que el tanteo opera antes de la enajenación proyectada, el retracto faculta para adquirir la cosa después de enajenada, y de manos del adquirente.* Aunque, al hablar de enajenación proyectada, podría pensarse que se refieren al contrato de enajenación como dicen que el retracto faculta a adquirir la cosa de manos del adquirente es que presuponen que ya ha habido tradición. GARCÍA CANTERO (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. ALBALADEJO, t. XIX, Madrid, 1980, p. 492): *En el retracto se da una preferencia condicionada a la venta y transmisión efectiva de la cosa a un tercero...;* ARECHEDERRA (*Los derechos de tanteo y retracto...*, p. 129): *la perfección del negocio jurídico sustentador de la enajenación no impide el ejercicio del tanteo* (por tanto si ante un negocio perfeccionado se ejercita el tanteo, el retracto se ejercerá ante un negocio no sólo perfeccionado, sino consumado por la tradición). *Por el momento en el cual opera el tanteo –en contraste con el retracto que se enfrenta a un tercero ya adquirente...;* COCA (*Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, 1988, pp. 37 y 38) en un epígrafe que titula «*La perfecta delimitación entre el tanteo y el retracto, en el Proyecto de Código civil de 1836*», al comentar su art. 1153 (*También podrá usar el trayente del derecho de tanteo al tiempo de celebrarse la venta con otro...*), dice:

ha consumado mediante la tradición. Antes de la tradición, una vez perfeccionado el contrato, se ejerce el tanteo. Actualmente parece que la última opinión es la mayoritaria.

Como expone DÍEZ SOTO, de la regulación del retracto en el CC no se puede extraer un argumento legal en favor de la tesis mayoritaria⁵² (tampoco en favor de la otra, en mi opinión). Pero el mismo autor⁵³ pone de relieve que el legislador, al regular el derecho de tanteo y retracto en la enfiteusis y en las leyes especiales, dice que el propietario ha de notificar al tanteante la decisión de vender, o su propósito de enajenar, o que trata de enajenar⁵⁴, no la venta ya celebrada (parece forzado entender el propósito de enajenar o tratar de enajenar como propósito o tratar de realizar la tradi-

Lo importante del artículo... es que fija el momento de actuación del tanteo en la «celebración» de la compraventa, es decir antes de la transmisión de la titularidad dominical... A contrario, el retracto... actuará... una vez producida la transmisión...; COCA y MUNAR (Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, coord. LASARTE, Madrid, 1996, p. 674): el tanteo preadquisitivo debe actuarse tras la celebración del contrato y antes de la consumación producida con la entrega de la cosa... En el tanteo postadquisitivo, actúa tras la adquisición, es decir, una vez consumado el contrato. GONZALEZ PACANOWSKA (Retrato de origen voluntario en Homenaje al profesor Juan ROCA JUAN, Murcia, 1989 p. 324): En efecto, según la opinión más extendida, el tanteo procede antes de la consumación de una venta proyectada o ya perfecta... mientras... que el retracto sólo puede tener lugar una vez consumada la venta; RODRÍGUEZ MORATA (Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, Elcano (Navarra, 2001): el derecho de retracto arrendaticio se desenvuelve como un verdadero tanteo postadquisitivo... y como quiera que sin consumación contractual no se opera la adquisición de derecho alguno, aquél debe ser el momento decisivo para el nacimiento o puesta en ejercicio del retracto arrendaticio.

⁵² Expone que un argumento a favor de la tesis mayoritaria es que conforme al art. 1521 el retracto es el derecho a subrogarse en lugar del que adquiere y para ser adquirente ha de haberse producido la tradición. Pero este argumento no es decisivo porque: a) hay otros preceptos (art. 1523, art. 1067) que conceden el retracto cuando se vende; b) el que adquiere podría interpretarse en el sentido de haber celebrado un contrato con finalidad transmisiva; c) el art. 1521 es trasunto del art. 1450 del Proyecto isabelino que aceptaba el sistema francés de transmisión de la propiedad por el mero contrato por lo que en él se identificaban comprador y adquirente y pudiera ser que el legislador del CC, aunque tuviera en mente que el retracto se pudiera ejercitar ya con la celebración de la venta, hubiera conservado la expresión *del que adquiere* para emplear un término comprensivo de la venta y dación en pago (*Ejercicios y efectos...*, pp. 22 y 23).

⁵³ *Ejercicios y efectos...*, pp. 44 y 45.

⁵⁴ Art. 25.2 LAU 1994: *el arrendatario podrá ejercer un derecho de tanteo... a contar desde el día siguiente en que se le notifique en forma fehaciente la decisión de vender la finca arrendada, el precio y las demás condiciones esenciales de la transmisión.* Art. 22.2 LAR 2003: *el transmitente notificará de forma fehaciente al arrendatario su propósito de enajenar y le indicará los elementos esenciales del contrato.* Art. 47.1 LAU 1964: *En los casos de ventas por pisos... podrá el inquilino... utilizar el derecho de tanteo... en el plazo de... a contar del siguiente al en que se le notifique... la decisión de vender o ceder solutoriamente...* Art. 35 LAU 1964: *se reconoce al arrendador de local de negocio el derecho de tanteo, que podrá utilizar dentro de los treinta días, a partir del siguiente a aquel en que el arrendatario le notifique su decisión de traspasar...* Art. 87 LAR 1980: *El transmitente notificará... al arrendatario su propósito de enajenar...*

El 1637, párr. 1.º, CC establece que *el que trate de enajenar el dominio de una finca enfiteútica deberá avisarlo al otro condueño*, no dice el que haya enajenado ya el dominio. Y el párr. 2.º dice que si el otro condueño no hace uso del derecho de tanteo podrá llevarse a efecto la enajenación, es decir, todavía no se había producido el negocio de enajenación.

ción), por lo que el tanteo tiene lugar antes de la celebración del contrato y, por tanto, el retracto tendrá lugar después, aunque no se haya producido la tradición⁵⁵. También aduce en favor de la tesis minoritaria el art. 25.3 LAU 1994 según el cual el plazo de ejercicio de retracto comienza el día «siguiente a la notificación... de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, mediante entrega de copia de la escritura o *documento en que fuere formalizada*»: *se deduce la posibilidad de que se ponga en marcha el plazo de caducidad del retracto acompañando... un documento carente de valor traditorio... lo que... supone excluir... la tradición... como presupuesto de ejercicio del retracto*⁵⁶.

Más allá de los argumentos legales, para los casos en que el retracto no va precedido de un tanteo previo, se puede aducir a favor de la tesis minoritaria que no tiene sentido que el retrayente se haya de esperar a la consumación del contrato mediante la tradición para poder ejercitar su preferencia, pues desde el momento de la venta su derecho ya ha sido lesionado⁵⁷.

La jurisprudencia reciente del TS considera que el retracto no se pone en acto hasta que se realice la tradición, pues afirma que la acción de retracto no nace hasta que se consume la venta⁵⁸, aunque hay excepciones⁵⁹. También afirma el TS, desde antiguo, que el

⁵⁵ Advierto que la conclusión es mía, pues Díez Soto no la establece expresamente. Parece que no puede sostenerse que si no se ha producido la notificación y el propietario ha vendido, pero no se ha efectuado la tradición, el titular del derecho de adquisición lo que deberá ejercer es el tanteo y no el retracto, pues en caso de falta de notificación la ley dice que procede el retracto.

⁵⁶ *Ejercicios y efectos...*, p. 46.

⁵⁷ Ya lo puso de relieve CLEMENTE DE DIEGO (*Del derecho de retracto: ¿desde cuándo ha de empezar a contarse el plazo de nueve días que para su ejercicio conceden las leyes?Cuál sea el verdadero momento inicial del dicho plazo*, RDP 1919, pp. 340 y 343).

⁵⁸ STS 20 febrero 1978 (Aranzadi 586): *el ejercicio de toda acción de retracto viene condicionado a que el contrato por el que onerosamente se transmite la propiedad de la finca, haya sido consumado, y así lo tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala –sentencias, entre otras de 2 junio 1950, A. 1160, 5 febrero 1952, A. 477, y 1 abril 1962, al decir que la acción de retracto nace, dada su naturaleza real, en el momento en que el adquirente de la finca entra en posesión de la misma mediante su entrega real o simbólica... STS 17 junio 1997 (Aranzadi 5413): ... el retracto exige una venta o dación en pago no proyectada, sino consumada... STS 14 noviembre 2002 (Aranzadi 9919): De esta doctrina jurisprudencial se pone de manifiesto que el nacimiento de la acción de retracto surge a partir de la consumación del contrato transmisivo de dominio, no de su perfección.*

⁵⁹ STS 31 octubre 1988 (Aranzadi 7780): *... una doctrina, ahora bien discutible, que exige la consumación de la venta... criterio restrictivo que no sólo pugna con la amplitud con que... la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos establece las modalidades de acceso a la propiedad de los arrendatarios... –derechos de tanteo, retracto y de adquisición preferente–... sino que, definido el retracto legal por el artículo 1521 del Código Civil como el derecho de subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago es oportuno plantear si, legalmente la subrogación tiene lugar en la mera posición contractual del tercero, tema que...merece ser traído también aquí para concluir... que el ejercicio del derecho de retracto rústico ha de admitirse en toda enajenación onerosa en que la subrogación sea posible, sin que su ejercicio pueda ser tachado de prematuro desde el momento, en que, en el negocio *inter vivos*, la sustitución del comprador por el retrayente pueda producirse...*

inicio del cómputo del plazo para ejercer la acción de retracto no corre desde la perfección de la venta, sino desde la consumación⁶⁰. De las sentencias examinadas que afirman que la acción de retracto no nace hasta que se consume la venta sólo en la STS 14 noviembre 2002 tal afirmación constituye la *ratio decidendi*, pues desestima la acción de retracto, en un caso en que ya se había perfeccionado la venta, por no haberse producido la tradición⁶¹. La afirmación

STS 14 octubre 1993 (Aranzadi 7518): *El derecho a retraer nace en el momento de celebrarse el contrato de venta o dación en pago.*

⁶⁰ STS 10 octubre 1901 (JC, t. 92, núm. 73, p. 251), refiriéndose al retracto de colindantes: *no apareciendo consumada la venta hasta el otorgamiento de la escritura, desde la fecha de ésta hay que empezar a contar el término legal concedido al retrayente.* STS 19 junio 1920 (JC, núm. 104, p. 642), refiriéndose al retracto de comuneros: *ha de partirse no del momento... de la perfección de una venta... sino que ha de atenderse al de la consumación del contrato de compraventa, cuando da origen a la acción de retracto...* STS 20 mayo 1943 (Aranzadi 572), en un caso de retracto de colindantes: *la más extendida y reciente doctrina legal remite el punto de partida para el cómputo de los nueve días al conocimiento por el retrayente de la consumación de la venta por tradición real o ficta de la cosa vendida... porque la consumación lesiona en forma más viva y eficaz que la perfección el derecho de preferencia del retrayente... el agravio efectivo y firme no se produce mientras el comprador es sólo titular de un derecho personal, aunque con vocación al dominio de la finca, sino que la lesión definitiva se causa al adquirir el comprador la cualidad de dueño por la concurrencia en su favor del título y del modo...* La STS 27 noviembre 1947 (Aranzadi 622) presupone que el cómputo del plazo no empieza hasta la consumación y en el caso se discutía cuándo se había producido ésta. STS 24 junio 1949 (Aranzadi 736): *desconoce... el recurrente que el contrato queda consumado únicamente por el cumplimiento de todas las obligaciones... que en la compraventa... es... también la entrega de la cosa, y ésta no tiene lugar... en los casos en que como el presente no hay una entrega especial de posesión, más que por la tradición ficta que se efectúa... con el otorgamiento de la escritura... y por consiguiente desde ese momento es desde el que debe contarse el plazo para ejercer la acción de retracto...* STS 6 junio 1988 (Aranzadi 4820): *Que el conocimiento sea cabal y completo, referido a todos los pactos y condiciones de la venta, en el momento de su consumación, no en el de su perfección...* STS 14 noviembre 2002 (Aranzadi 9919), en un caso de retracto arrendaticio rústico: *ahora bien, este conocimiento ha de referirse a una compraventa ya consumada en que la transmisión del dominio ha sido realizado mediante la tradición no siendo suficiente la simple perfección del contrato... De esta doctrina jurisprudencial se pone de manifiesto que el nacimiento de la acción de retracto surge a partir de la consumación del contrato transmisivo del dominio, no de su perfección...*

⁶¹ Se trataba de un retracto arrendaticio rústico. El propietario había constituido una opción de compra con un tercero que éste ejerció a través de notificación notarial el 1 de julio de 1980. Ante la oposición del concedente el optante tuvo que interponer demanda y por STSJC 24 julio 1995 se declaró válido el contrato de opción, perfeccionada la venta y se condenaba al demandado a otorgar escritura pública. El 7 octubre 1995 el arrendatario interpuso demanda de retracto. El TS, repitiendo su doctrina de que el efecto del ejercicio de la opción es la perfección del contrato, considera que en ese momento se había perfeccionado el contrato de venta entre el propietario y el tercero. Pero, continúa el TS, como no se había transmitido al optante el dominio de las fincas mediante el otorgamiento de escritura pública (ni por otra clase de tradición, se supone), situación que persistía el día en que se formalizó la demanda de retracto, se está ante un supuesto de ejercicio de una acción todavía no nacida. El Juzgado había estimado la demanda y la Audiencia había desestimado el recurso de apelación. El TS casa la sentencia de la Audiencia y desestima la acción. No se cuestiona si la acción había sido ejercida en plazo. Entonces, ¿tenía que haber interpuesto el arrendatario la acción de tanteo en lugar de la de retracto? El problema es que el art. 88 LAR 1980 sólo prevé el ejercicio de tanteo ante la notificación del arrendador y en defecto de notificación se concede el retracto dentro del plazo de sesenta días a partir de la fecha en que el arrendatario conociera la transmisión. Si ante la falta de notificación del

de las sentencias recientes de que para ejercer el retracto basta la perfección del negocio constituye un *obiter dicta*⁶². En las sentencias que afirman que el cómputo del plazo de la acción no corre sino desde la consumación, la afirmación de que el retracto no se puede ejercer hasta la consumación del contrato sí constituye la *ratio decidendi*, pues no cabe imaginar que se pueda ejercer una acción antes de empezar a correr el plazo de ejercicio⁶³. Sin embargo, jurisprudencia más antigua afirma que el retracto se puede ejercer a partir de la celebración del contrato de enajenación⁶⁴, constituyendo tal afirmación la *ratio decidendi*, «o casi», sólo en una de las sentencias examinadas⁶⁵, no en las otras, en que ya se había producido la tradición. Curiosamente esta última jurisprudencia coincide en el tiempo con la otra, contradictoria, que afirma que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de retracto no corre sino desde la consumación. También curiosamente la jurisprudencia vigente que exige la consumación para el ejercicio del retracto coexiste con la jurisprudencia asimismo vigente, y contradictoria

contrato ya celebrado no se puede ejercer el retracto porque todavía no ha habido tradición y tampoco se puede ejercer el tanteo porque no ha habido notificación, el arrendatario, como titular de un derecho de adquisición preferente, queda desprotegido.

⁶² En el caso considerado por la de 31 octubre 1988 se había celebrado la venta pero no había sido seguida de la tradición. Pero no discutía si procedía el retracto (arrendaticio rústico) por no haber tradición, pues había conformidad de los interesados en que la falta de tradición no obstaculizaba el retracto, sino, como se había pactado un aplazamiento en el pago del precio, se discutía si la cantidad consignada por el retrayente era la correcta. La Audiencia, sin entrar en el fondo de la cuestión planteada, desestima la acción con base en la doctrina jurisprudencia que exige para el ejercicio del retracto la consumación de la venta. El TS entiende que ha de entrar en el fondo de la cuestión planteada y para ello se justifica argumentando como hemos visto antes. Finalmente desestima la acción de retracto, pues considera que la cantidad consignada por el retrayente no es la correcta. En el caso considerado por la de 14 octubre 1993 la propietaria, que sólo había comprado en documento privado, arrienda un local de negocio. Después de celebrado el arrendamiento, la propietaria y su vendedor elevan a escritura pública la compraventa en documento privado. La arrendataria ejerce el retracto y el TS lo desestima pues la enajenación fue anterior al arrendamiento.

⁶³ Es difícil mantener que esta jurisprudencia no rechaza que la acción de retracto pueda ejercerse antes de la consumación del contrato, sino que, dado el breve plazo de ejercicio del retracto del 1524 del CC, nueve días, lo único que pretende es alargar el plazo, a partir de la perfección de la venta, durante el que el retrayente puede ejercer su derecho.

⁶⁴ STS 12 octubre 1912 (JC, t. 125, núm. 20, p. 79), referente a un retracto de comuneros: *el derecho a retraer nace en el momento mismo de celebrarse el contrato de venta o de dación en pago...* STS 26 febrero 1916 (JC t. 135, núm. 118, p. 593): *el derecho de retracto nace desde el momento en que se realiza la venta.* STS 27 octubre 1933 (Aranzadi 416): *naciendo el derecho de retraer en el momento mismo de celebrarse el contrato...* STS 12 junio 1951 (Aranzadi 1652): *Que, como ha declarado reiteradamente esta Sala (sentencias de 13 de abril de 1896, 12 de octubre de 1912, 26 de febrero de 1916, entre otras), el derecho de retracto nace en el momento de celebrarse el contrato de compraventa...* STS 2 abril 1956 (Aranzadi 1923): *habiendo nacido el derecho de los demandantes al retracto tan pronto como se perfeccionó ese contrato...*

⁶⁵ En la STS 27 octubre 1933 el propietario vende en documento privado a un tercero y el retrayente interpone la correspondiente acción. El TS afirma que como hubo venta perfecta procede el retracto sin necesidad de investigar si hubo o no consumación o tradición. Digo en el texto que *casi* es la *ratio decidendi* porque no consta que no se hubiese producido la tradición.

de la anterior, que admite el tanteo cuando el propietario del bien notifica al tanteante su propósito o intención de enajenar⁶⁶, no el contrato de enajenación ya celebrado (hay algunas excepciones⁶⁷), de lo que deriva que el tanteo se ejerce ante un contrato de enajenación proyectado, no celebrado, lo que implica que el retracto se ejercerá cuando el propietario haya celebrado el contrato de enajenación con un tercero, aunque no se haya consumado⁶⁸, lesionando así el derecho del tanteante⁶⁹.

Partiendo de que el retracto sólo se puede ejercer ante una venta seguida de tradición, si existe tanteo previo al retracto, aunque no

⁶⁶ STS 20 mayo 2008 (Aranzadi 3157): *La cuestión es... si el derecho de tanteo se mantiene o si desaparece cuando la anunciada compraventa no se llega a perfeccionar; en otras palabras, si la notificación al tanteante es una oferta vinculante... o bien es sólo la notificación de la prevista compraventa que, si no se celebra, no nace el derecho de tanteo.* Lo subrayado deja bien claro que lo que pone en acto el derecho de tanteo no es una compraventa ya celebrada, sino una compraventa que el propietario pretende celebrar con un tercero. STS 30 mayo 2000 (Aranzadi 3585), para el derecho de tanteo del arrendador de local de negocio: *el arrendador del local de negocio puede utilizar el derecho de tanteo dentro de los treinta días a partir del siguiente a aquel en que el arrendatario le notifique su decisión de traspasar*, no el convenio de traspaso ya celebrado. La STS 19 noviembre 1991 (Aranzadi 9408) refiriéndose al tanteo arrendaticio, lo presenta *como una oferta legal de venta, que no aflora por la decisión del propietario, sino sólo cuando pretende enajenar* (no cuando ya ha enajenado) *el bien dado en arriendo...*; y más adelante dice que el tanteo no puede quedar sin efecto *en el caso de que abdicaran de la compra los designados como posibles adquirentes*, es decir entiende que al notificar el tanteo sólo hay posibles adquirentes, lo cual indica que aún no se ha celebrado el contrato de adquisición. Esta doctrina es recogida por la SAP Madrid 13 noviembre 2007 (BDA JUR 2008/39723).

⁶⁷ La STS 23 enero 1957 (Aranzadi 364), para el tanteo arrendaticio urbano, afirma que *constituye premisa inexcusable para su formación... la existencia del negocio en que se le da trato de preferencia... el derecho no nace del propósito de vender, porque en este caso es mera oferta obligacional, sino de la existencia de un convenio condicionado a la potestad del inquilino a anteponerse en su perfección, esto es que el negocio no está ultimado, sino sujeto a condición...* Tal afirmación tendría mayor valor, quizás, si el supuesto de hecho fuera el de una venta meramente proyectada, pero con un tercero determinado y no sin existir este tercero, que esto último lo que sucede en el caso de la sentencia.. Aunque de todas formas la afirmación es clara y exige la existencia del negocio y no se limita a exigir, como otras sentencias que se precisa la existencia del tercero que ofrezca un precio determinado. En la STS 22 septiembre 1993 (Aranzadi 6664), tal como transcribe el TS la notificación del propietario al tanteante (*que tiene concertada con la Sociedad... la venta de la referida propiedad* –FD 1.º, al principio) pudiera deducirse que le notifica la venta ya celebrada con la sociedad, pero más adelante (FD 7.º, al final), el TS dice que lo que se notificó fue la intención de vender la finca. En la jurisprudencia de las Audiencias, la SAP Teruel 29 septiembre 1993 (AC 1618), sobre tanteo a favor del arrendador por traspaso del local de negocio, en que el arrendatario había formalizado con un tercero un precontrato de traspaso plasmado en un documento del que se dio traslado al arrendador. En el caso de la SAP de Toledo 15 febrero 2007 (BDA JUR 239066), aunque la Audiencia dice que el arrendatario ejerce su derecho de tanteo cuando el propietario tiene concertado un precontrato de transmisión, no se había celebrado el precontrato, pues lo que notificó el arrendador fue su intención de vender, no la celebración de ningún precontrato.

⁶⁸ No tendría sentido que el retrayente tuviera que esperar a que se hubiera realizado la tradición, pues si el titular del derecho de tanteo y retracto puede ejercer su preferencia antes de celebrarse el contrato, con más razón podrá ejercerla después de celebrado, aunque no se haya producido la tradición.

⁶⁹ Lo lesionará cuando no le haya notificado su propósito de transmitir al tercero o haya transmitido antes de transcurrir el plazo durante el que el tanteante pueda ejercer su derecho o haya transmitido al tercero en condiciones diferentes a las notificadas.

se haya producido la tradición, el titular del derecho de adquisición, puede ejercer el tanteo. Pero si sólo hay retracto desligado de un derecho de tanteo previo, el titular del derecho de adquisición tendrá que esperar a la tradición para hacer valer su preferencia. El peligro que tiene el titular del derecho de adquisición es que el propietario de la cosa le notifique que ha celebrado un contrato de enajenación, todavía no seguido por la tradición, con un tercero, y entienda que procede el retracto y no el tanteo, sujetándose, por tanto, al plazo de ejercicio del retracto que puede ser superior al plazo de ejercicio del tanteo⁷⁰, y ejerza su preferencia cuando ya ha transcurrido el plazo de ejercicio de este último.

5.1.2 LA CUESTIÓN EN LOS DERECHOS VOLUNTARIOS DE ADQUISICIÓN DEL CCC

Parece que la solución adoptada por el legislador catalán para los derechos de adquisición voluntaria es que el retracto sólo se puede ejercer una vez realizada la tradición.

Las definiciones legales de retracto y de tanteo dan pie para mantener esta tesis. Según el 568-1.1.c), el retracto faculta a subrogarse en el lugar del adquirente una vez ha tenido lugar la transmisión. Parece que se refiere a la transmisión del derecho. Según el 568-1.1.b), el tanteo faculta a adquirir un bien en las mismas condiciones pactadas con otro adquirente, es decir, el propietario del bien ya ha pactado con otro adquirente, pacto que es el contrato de enajenación; según el 568-14.4 y 568-15.1 el propietario ha de notificar al tanteante el acuerdo transmisivo, es decir el contrato de enajenación ya celebrado. De lo anterior deriva que el tanteo se ejerce cuando el contrato ya se ha celebrado, por lo que el retracto habrá de ejercerse después de la consumación del contrato mediante la tradición. Así lo entiende la doctrina⁷¹. Refuerza esto que la

⁷⁰ Sucede en los derechos de adquisición legales del CCC en que el plazo de ejercicio del tanteo es de un mes y el de retracto de tres meses (art.552-4, comuneros, art. 561-10, nudo propietario, art. 565-24, censatario) y puede suceder en los derechos de adquisición voluntario (si no se pacta el plazo de ejercicio el del tanteo es de dos meses -568-14.4- y el de retracto, tres -568-15.2).

⁷¹ DEL POZO-VAQUER-BOSCH (*Derecho civil...*, pp. 400, al final, y 401): *Los derechos de tanteo y de retracto... se distinguen en función del momento en que operan: antes o después de haberse producido la adquisición, respectivamente. En el derecho de tanteo, el concedente, una vez ha llegado a un acuerdo transmisivo con un tercero, debe poner en conocimiento del tanteante los términos de dicho acuerdo, para darle la posibilidad de igualar las condiciones. Conforme establece el art. 568-1.b) CCCat, el tanteo «faculta a su titular para adquirir a título oneroso un bien en las mismas condiciones pactadas con otro adquirente». En cambio, el retracto opera una vez se ha producido ya la transmisión a un tercero... ROCA I TRIAS (*Institucions...*, pp. 702, al final, y 703): *El tanteo requiere un contrato transmisivo perfeccionado... El retracto, según el artículo 568-1.1.c) faculta «a su titular a subrogarse en el lugar del adquirente con las misas**

anterior regulación catalana de los derechos de adquisición voluntaria (LSSDA⁷²) adoptaba esta solución: el retracto tenía lugar cuando se producía la tradición, lo cual derivaba, no de la definición de retracto (inexistente), sino del preámbulo de la ley⁷³ y de la regulación del tanteo según la cual el propietario del bien había de notificar el acuerdo transmisivo (arts. 33 y 34) lo cual sugería la notificación de un contrato ya celebrado que sería el que daría lugar al ejercicio del tanteo, por lo que el retracto se había ejercer ante un contrato celebrado después de la consumación y así lo entendió la doctrina⁷⁴.

Se podría entender que el legislador catalán, al decir que el retracto actúa una vez ha tenido lugar la transmisión, se ha querido referir al contrato de transmisión. En otros artículos con el término transmisión se refiere no a la transmisión del derecho, sino al contrato de transmisión: Para los derechos de adquisición voluntarios, el art. 568-15.1 CCC establece que *el derecho real de tanteo implica el de retracto si falta la notificación fehaciente de los elementos esenciales del acuerdo de transmisión o si la transmisión se ha hecho en condiciones diferentes de las que constaban en la notificación o antes de vencer el plazo para ejercer el tanteo*. En la frase *si la transmisión se ha hecho en condiciones diferentes de las que constaban en la notificación* está claro que la transmisión significa el contrato de enajenación y no la tradición, pues lo que hay que notificar son las condiciones del contrato de enajenación. El art. 568-13 dice que el derecho real de tanteo puede constituirse por tiempo indefinido

*condiciones convenidas en un negocio jurídico onerosos una vez ha tenido lugar la transmisión». En esta última frase se encuentra la diferencia esencial con el tanteo, y que el retracto concede, no una preferencia en la adquisición como el tanteo, sino una facultad para sustituir a uno de los contratantes una vez ha tenido lugar la transmisión. CUMELLA («Comentarios al art. 568-1» en *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, t. 3, Barcelona, 2008, p. 1664) no es tan explícito: la diferencia esencial entre ambos derechos es que el retracto opera cuando ha tenido lugar la transmisión, mientras que en el tanteo existe un simple «acuerdo transmisivo» o «una transmisión proyectada».*

⁷² Ley 22/2001, de 31 diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente.

⁷³ *La Ley establece la regulación de dos derechos de adquisición diferentes opción y tanteo, mientras que el denominado derecho de retracto se configura como una manifestación del derecho de tanteo de naturaleza real, después que... ha tenido lugar el negocio transmisivo oneroso, consumado, con un tercero.*

⁷⁴ DIEZ SOTO (*Notas sobre la nueva regulación de los derechos de adquisición preferente de origen voluntario en la ley catalana 22/2001, de 31 de diciembre*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis DIEZ-PICAZO*, t. II, Madrid 2003, pp. 1706 y 1707). BOSCH (*Opción, tanteo y retracto. La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición*, Madrid-Barcelona 2004, p. 61): *se puede apuntar de entrada que, conforme a los arts. 33 y 34 LSSDA, parece claro que el retracto opera cuando ha tenido lugar la transmisión, mientras que en el tanteo existe un simple «acuerdo transmisivo» o una «transmisión proyectada».*

para la primera transmisión y por un máximo de diez años si se ha pactado su ejercicio en segundas y ulteriores transmisiones. Si hablamos de derecho de tanteo y partimos de que éste actúa ante una venta celebrada no consumada, transmisión quiere decir contrato transmisivo. Por eso Roca i Trias⁷⁵ advierte que se ha de interpretar conjuntamente el artículo 568-1.1, b) que lo define, con las disposiciones reguladoras del tanteo, es decir, los artículos 568-13 y 568-15.

Quizás, para no dejar ninguna duda acerca de que el retracto sólo actúa después de la tradición, hubiera podido el legislador sustituir la expresión *una vez ha tenido lugar la transmisión* por la de *una vez el tercero ha adquirido derecho*. Ciertamente que si empleamos correctamente el término transmisión mi sugerencia es inútil, pues la venta no seguida de tradición no es una transmisión, ya que no transmite el derecho. Sin embargo, hemos visto cómo el mismo legislador emplea el término transmisión en el sentido de negocio transmisivo.

5.1.3 LA CUESTIÓN EN LOS DERECHOS LEGALES DE ADQUISICIÓN DEL CCC

El CCC, al regular los distintos supuestos de derechos legales de tanteo seguido de retracto, exige que el titular del bien que pretende hacer la transmisión o se propongan transmitir comunique al titular del derecho de tanteo la decisión de enajenar, o su propósito de transmitir⁷⁶, no que se notifique el acuerdo transmisivo. Este cambio de formulación legal autoriza a pensar que los tanteos legales del CCC se pueden ejercer sin necesidad de que el propietario del bien haya celebrado el contrato con el tercero. Es suficiente con que exista una venta proyectada. Para el CCC parece que esta es la postura de Rivero en relación con el derecho de tanteo del nudo propietario⁷⁷ y de Mirambell y de Giner

⁷⁵ *Institucions...*, pp. 702, al final, y 703.

⁷⁶ Para el derecho de tanteo de comuneros: *los cotitulares que pretenden hacer la transmisión deben notificar a los demás cotitulares, fehacientemente, la decisión de enajenar y las circunstancias de la transmisión...* (art. 552-4.2). Para el tanteo del nudo propietario: *Los usufructuarios que se proponen transmitir su derecho... deben notificarlo fehacientemente a los nudos propietarios, indicando el nombre de los adquirentes, el precio convenido, en caso de transmisión onerosa, o el valor que se da al derecho, en caso de transmisión gratuita, y las demás circunstancias relevantes de la enajenación* (art. 561-10.1). Para el tanteo del censatario: *El tanteo puede ejercerse, por razón del derecho de fadiga, en el plazo de un mes contado desde la notificación fehaciente de la decisión de enajenar, de la identidad del adquirente, del precio y de las demás circunstancias de la transmisión* (art. 565-24).

⁷⁷ *Se requiere que el usufructuario haya ofrecido a un tercero esa enajenación y que la notifique al nudo propietario*. Dice haya ofrecido esa enajenación a un tercero, no que haya

en relación con el derecho de tanteo en el censo⁷⁸. Como ya hemos dicho parece forzado entender la pretensión o decisión de enajenar como pretensión o decisión de realizar la tradición después de haber celebrado el contrato. Y, si esto es así, el retracto se ejercerá después de celebrada la venta aunque no haya sido consumada.

No veo ninguna la razón para que el legislador establezca el momento de ejercicio del tanteo y retracto en una fase distinta según se trate de los legales o de los voluntarios.

5.1.4 LA IMPOSIBILIDAD DEL EJERCICIO DEL DERECHO VOLUNTARIO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE ANTES DE QUE EL PROPIETARIO HAYA CELEBRADO EL CONTRATO CON EL TERCERO

Según el CCC el titular del tanteo no podrá ejercerlo hasta que el propietario del bien haya celebrado un contrato con el tercero. Sería más lógico que el propietario del bien, antes de celebrar el negocio con el tercero, se lo ofreciera al tanteante por si quiere adquirirlo y así al tercero no se le haría celebrar un contrato que puede devenir ineficaz para él. Al tercero lo que le perjudica no es el mero hecho de la celebración del contrato, pues la mera emisión de la declaración de voluntad contractual no requiere especial esfuerzo, sino el haber realizado unas negociaciones previas, con los consiguientes gastos de dinero y tiempo, para nada o para que se beneficie de los esfuerzos empleados en conseguir unas buenas condiciones el tanteante, si decide ejercer su derecho. Sería preferible que el tanteo se pudiera ejercer cuando el tanteante tuviera la intención de vender el bien, pero sin que se requiera la existencia de un tercero determinado dispuesto a comprar el bien en caso de que el tanteante no ejerciera su derecho, pues, de exigir su existencia, los inconvenientes persisten ya que con ese tercero se habrán tenido que realizar unas negociaciones⁷⁹. Es decir, el propietario

celebrado una enajenación con el tercero (*Derechos Reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, t. 2, Barcelona, 2008, «Comentario al art. 561-10», p. 1176).

⁷⁸ *La notificación debe referirse a la decisión de enajenar y, por tanto, no a la transmisión ya realizada, la cual, al no establecerse nada al respecto, podrá ser inscrita en el Registro de la propiedad sin necesidad de acreditar la notificación previa* (*Derechos Reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, t. 3, Barcelona, 2008, «Comentario al art. 565-24», p. 1521). Cuando hablan de transmisión realizada parecen referirse al contrato de enajenación y no a la tradición, pues lo que se inscribe en el Registro es el contrato de enajenación. Por lo tanto el tanteo actúa previamente a la celebración del contrato de enajenación, ante una venta proyectada.

⁷⁹ DEL POZO-VAQUER-BOSCH (*Derecho civil de Cataluña...*, p. 402): *los posibles adquirentes del bien deberán empezar unas negociaciones y concluir unos acuerdos, con los consiguientes gastos de tiempo y dinero que ello implica, sabiendo que*

tendrá que ofrecer el bien al tanteante en unas determinadas condiciones y si este no quiere comprarlo, quedará libre para venderlo a un tercero, mas en esas condiciones, pues si lo vende en otras, el tanteante podrá ejercer el retracto. Del Pozo-Vaquero-Bosch señalan que el precio se habría de fijar de antemano o conforme a criterios objetivos. Con esto se evita que el propietario del bien lo ofreciera al tanteante a un precio notablemente superior al de mercado previendo que el tanteante no ejercerá su derecho, que con el paso del tiempo el bien subirá de valor y en el futuro podrá contar un comprador que no se verá afectado por el tanteo, pues el tanteante no ejerció su derecho.

En los derechos voluntarios de adquisición no se da el obstáculo que aparece en los derechos legales de adquisición (al menos, en algunos) para admitir esta construcción. En los casos de tanteos legales que derivan de una relación jurídica entre el propietario del bien objeto del tanteo y el tanteante, éste tiene interés en conocer el tercero que adquirirá el bien si él no lo adquiere para decidir si ejercita el tanteo o no, pues, de no adquirirlo, cambiará la persona con la que tiene la relación jurídica y puede ser que no le sea indiferente⁸⁰. Por eso la ley exige que el propietario del

existe un tercero con un poder de exclusión que podrá hacer inútiles tales gastos y esfuerzos; el tercero habrá estado luchando por conseguir unas buenas condiciones contractuales, de las que puede que no se beneficie él, sino el tanteante si decide ejercer el derecho de tanteo. Para evitar este inconveniente sugieren admitir una preferencia condicionada no a la existencia de un acuerdo con un tercero, sino a la intención de enajenar del propietario; podría ser el caso en que el concedente, una vez tomada la decisión de enajenar y antes de entrar en negociaciones con terceros, estuviese obligado a ofrecer la cosa al titular de la preferencia, a cambio de una contraprestación previamente estipulada, o fijada conforme a criterios objetivos. DÍEZ SOTO (Notas..., p. 1707): El planteamiento legal prescinde... de atribuir un contenido propio al derecho de tanteo en la fase previa al momento en que el propietario actual del bien... contrata... con un tercero... lo que equivale a configurar como hipótesis... del ejercicio del tanteo aquella en la que el titular de éste sólo puede obtener la satisfacción... de su derecho en forma específica desplazando a un tercero, como mínimo, de los derechos inherentes a su condición de comprador. Tal solución no parece demasiado lógica, como tampoco lo es que venga a quedar fuera del funcionamiento natural de la preferencia adquisitiva aquel supuesto en que el propietario actual notifique al titular del tanteo su intención de enajenar en determinadas condiciones, con el fin de que éste decida si le interesa aceptarlas... quedando así en libertad el propietario para contratar con un tercero en las mismas condiciones...

⁸⁰ En el caso del tanteo a favor de comuneros, de nudo propietarios, de propietarios gravados con un derecho de aprovechamiento parcial esto es más evidente que en el caso de tanteo a favor de censatarios. En efecto, en los primeros las relaciones derivadas de las respectivas situaciones jurídicas son más estrechas que en el último, pues la relación jurídica que une al censatario con el censalista es como la de un deudor con su acreedor y al censatario le dará igual tener un acreedor que otro. Si el derecho de adquisición es a favor del censalista (exige pacto), como la transmisión de la finca supone el cambio de deudor de la pensión, el tanteante puede estar interesado en conocer la identidad del tercero. También era importante en el tanteo arrendaticio de la LAU 1964 (el art. 47.1 exige que se notifique al tanteante nombre, domicilio y circunstancias del comprador), pues, como explica DÍEZ SOTO (*Ejercicios y efectos...*, p. 224), si el arrendatario no ejercía el tanteo podría encontrarse con que el nuevo propietario arrendador estuviera

bien notifique al tanteante el nombre de los adquirentes⁸¹. En cambio, en los derechos voluntarios de adquisición el tanteante está interesado en la adquisición del bien en si mismo considerado y le es indiferente la identidad de la persona que adquirirá el bien si él no ejerce su derecho.

Sólo veo un inconveniente en un derecho de tanteo tal como resulta de la configuración últimamente propuesta. Puede ser que su titular sólo esté dispuesto a adquirir el bien en el caso de que si no lo adquiere él lo vaya a adquirir otra persona y según esta configuración el tanteante no tiene la certeza de si el propietario encontrará o no comprador.

5.2 Efectos del retracto

Tradicionalmente hay dos posturas: una que entiende que el retraído ha de transmitir el bien al retrayente y, por tanto, ha de celebrar un contrato de venta con él; otra que entiende que no es necesario que se celebre otro nuevo contrato, pues el retrayente se subroga en el contrato celebrado entre propietario y comprador retraído. Últimamente ha aparecido en la doctrina catalana, como hemos visto al hablar de la opción, una nueva postura que, aunque entiende que el retrayente adquiere del tercero retraído, esta adquisición se produce automáticamente y no vía contrato más tradición. Examinaremos la primera y última postura bajo el epígrafe común el retrayente adquiere del retraído y la segunda, bajo el epígrafe el retrayente se subroga en el lugar del retraído.

en una situación que le permitiera la denegación de la prórroga forzosa y considera razonable que la LAU 1994 haya suprimido del contenido de la notificación al tanteante la identidad del tercer posible adquirente, pues en la nueva Ley ha desaparecido el régimen de prórroga forzosa de la anterior.

⁸¹ Para el tanteo del nudo propietario: *Los usufructuarios que se proponen transmitir su derecho... deben notificarlo fehacientemente a los nudos propietarios, indicando el nombre de los adquirentes, el precio convenido, en caso de transmisión onerosa, o el valor que se da al derecho, en caso de transmisión gratuita, y las demás circunstancias relevantes de la enajenación* (art. 561-10.1). Para el tanteo del censatario: *El tanteo puede ejercerse, por razón del derecho de fatiga, en el plazo de un mes contado desde la notificación fehaciente de la decisión de enajenar, de la identidad del adquirente, del precio y de las demás circunstancias de la transmisión* (art. 565-24). Para el derecho de tanteo de comuneros, el art. 552-4.2 CCC no exige expresamente que se notifique la identidad de los adquirentes (*los cotitulares que pretenden hacer la transmisión deben notificar a los demás cotitulares, fehacientemente, la decisión de enajenar y las circunstancias de la transmisión...*), pero podemos considerar implícita tal exigencia en la de notificar las circunstancias de la transmisión. Así lo entiende LARRONDO (*Derechos Reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña*, t. 1, Barcelona, 2008, p. 685).

5.2.1 EL RETRAYENTE ADQUIERE DEL RETRAÍDO

a) *Entre retrayente y retraído se celebra un contrato de venta*

Si el retracto actúa ante una venta consumada, la doctrina⁸², probablemente mayoritaria en la actualidad, y la jurisprudencia, también mayoritaria, entienden que el retracto faculta al retrayente a exigir al tercero que ha adquirido la propiedad del bien objeto de retracto que se la transmita a él. Así, la jurisprudencia, de forma casi unánime, en las sentencias en que admite el retracto, condena al tercero a otorgar escritura pública de venta a favor del retrayente, aunque hay que tener en cuenta que esto era lo pedido por el actor en la demanda⁸³. Sin embargo, encontramos algunas sentencias que de algún modo afirman que no hay un contrato de venta entre el retraído y el retrayente, sentencias que examinaremos al tratar de la tesis de la subrogación.

Una consecuencia de entender que el retrayente adquiere del retraído es que el primero ha de plantear las acciones derivadas del contrato de compraventa frente al segundo y no frente al propietario del bien, pero no he encontrado jurisprudencia del TS que se pronuncie sobre el tema, pues cuando podía haberse pronunciado (compraventa con precio aplazado en que el retrayente puede ejercer el retracto pagando sólo el precio pagado hasta el momento por el retraído y se plantea si el precio pendiente de pago lo puede exi-

⁸² ALBALADEJO (*Derecho Civil...*, p. 802): *El retracto faculta para adquirir una cosa después que fue transferida a otro... Por ejemplo, A vendió la finca a B, y se la entregó; pero C tiene derecho (de retracto) a que B se la transmita...*; Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema...*, p. 512): *lo cierto es que el que retrae adquiere siempre del comprador; COCA (Tanteo y retracto..., p. 54): el retracto, al actuar sobre el comprador-propietario, le fuerza a una transmisión del bien imprevista, no proyectada, y además no deseada en ninguna dirección; BELLO JANEIRO [El retracto de comuneros y colindantes del Código civil, Elcano (Navarra), 2002, p. 164]: la admisión del retracto implica una suerte, si no de subrogación del actor, sí al menos de enajenación forzosa para el comprador como ha señalado la mejor doctrina.*

⁸³ Para el retracto arrendaticio urbano: SSTS 15 octubre 2008 (Aranzadi 6915), 2 noviembre 2006 (Aranzadi 8264), 6 julio 2006 (Aranzadi 4620), STS 18 mayo 2006 (Aranzadi 2366), 15 diciembre 2005 (Aranzadi 2006/61), 14 mayo 2004 (Aranzadi 2758), 22 septiembre 2003 (Aranzadi 6430), 12 julio 2000 (Aranzadi 6685), 8 abril 2000 (Aranzadi 2474), 20 febrero 1992 (Aranzadi 1418), 28 junio 1991 (Aranzadi 4640), 7 mayo 1985 (Aranzadi 2262).

Para el retracto arrendaticio rústico: SSTS 17 octubre 2007 (Aranzadi 7301), 27 julio 2006 (Aranzadi 6145), 28 junio 2003 (Aranzadi 4267), 13 octubre 2001 (Aranzadi 2002/3942), 14 noviembre 2000 (Aranzadi 8984), 2 diciembre 1999 (Aranzadi 8972), 31 julio 1996 (Aranzadi 6081), 13 marzo 1992 (Aranzadi 1837), 7 julio 1990 (Aranzadi 5781), 9 junio 1990 (Aranzadi 4749), 17 marzo 1989 (Aranzadi 2158), 29 abril 1986 (Aranzadi 2066).

Para el retracto de comuneros: SSTS 22 octubre 2007 (Aranzadi 8457), 25 mayo 2007 (Aranzadi 3127), 1 marzo 2005 (Aranzadi 4733), 17 mayo 2002 (Aranzadi 5341), 27 junio 2000 (Aranzadi 5740), 28 octubre 1999 (Aranzadi 7404), 8 junio 1995 (Aranzadi 4909), 24 enero 1986 (Aranzadi 117).

Para el retracto de colindantes: SSTS 29 mayo 2009 (BDA JUR 2009/288569), 6 junio 1988 (Aranzadi 4820).

gir el propietario originario del retrayente o retraído) no lo ha hecho ya que no era el problema discutido.

Otra consecuencia es que, como mantiene la jurisprudencia, la acción de retracto se ha de dirigir exclusivamente contra el tercero, pues en nada afecta a la venta realizada por el propietario del bien al tercero retraído⁸⁴. Obsérvese que al tercero le afecta la acción de retracto no sólo en cuanto se ve privado de la cosa, sino también en cuanto se ha de determinar el precio que se le ha de abonar y, en su caso, se ha de decidir sobre el abono de los gastos y mejoras a que se refiere el art. 1518 CC (según el CCC el retracto sólo exige el pago del precio, no el abono de gastos y mejoras, lo cual se decidirá por las reglas de liquidación de la posesión). Sólo se habrá de demandar también al propietario del bien en el supuesto en que éste y el tercero hayan simulado un negocio de enajenación que no permite el ejercicio de retracto encubriendo una venta y el retrayente pretenda que se declare la nulidad del negocio simulado y la validez de la venta, pues esta declaración sólo podrá hacerse frente a ambas partes del negocio⁸⁵. En las SSTs 26 mayo 1992⁸⁶, 24 enero 1986⁸⁷ y 5 marzo 1964⁸⁸ –que admiten el retracto ante ventas encubiertas por donación, escritura de accesión invertida y permuta, respectivamente– el retrayente había demandado no sólo al adquirente, sino al propietario transmitente. La STS 25 octubre 1969⁸⁹, aunque el supuesto de hecho no es el anterior⁹⁰, estima que como la acción se había dirigido contra todos los que figuraban como partes en el acto de disposición fingido, la relación jurídico-

⁸⁴ STS 30 enero 1989 (Aranzadi 158): *Esta acción real se ha de dirigir contra quien haya adquirido la cosa, pero ni la ley ni la jurisprudencia exigen que sean traídos al proceso el vendedor o vendedores a quienes no ha de trascender la resolución judicial.* STS 17 junio 1997 (Aranzadi 5413): *el sujeto pasivo de dicho derecho es el que adquiere, sin que el vendedor... tenga ningún papel jurídico que desempeñar en las relaciones entre el retrayente y adquirente, ni contra él tenga que dirigirse la acción de retracto.* Sin embargo las anteriores sentencias difieren en cuanto al funcionamiento del retracto. Según la primera, si prospera el retracto, se colocarán los demandantes, comuneros y retrayentes, en el lugar del comprador, sin necesidad de otorgar nuevo contrato puesto que la compraventa al extraño no se resuelve sino que simplemente queda modificada subjetivamente por el cambio de la persona del comprador. En cambio, según la segunda, hay una nueva transmisión (subrogación en la terminología del Código Civil) del adquirente en favor del retrayente.

⁸⁵ En este sentido Díez Soto (*Ejercicio y efectos...*, p. 128): Igualmente, el interés del vendedor se verá directamente implicado en el caso de que, en el procedimiento, hayan de dilucidarse cuestiones relativas, por ejemplo, a la validez y eficacia del contrato transmisivo, su posible simulación (p. ej., cuando el retrayente alegue la existencia de una verdadera compraventa disimulada tras la donación realizada)...

⁸⁶ Aranzadi 4382.

⁸⁷ Aranzadi 117.

⁸⁸ Aranzadi 1332.

⁸⁹ Aranzadi 4982.

⁹⁰ El retrayente (colindante) interpone la demanda contra el comprador. Este simula un convenio conciliatorio fingiendo una venta al arrendatario de la finca. El retrayente amplía la demanda al arrendatario pretendiendo la simulación de la transmisión.

procesal quedó constituida regularmente. En las SSTs 17 julio 1991⁹¹ y 22 enero 1991⁹² el supuesto también es algo diferente: el retraído alegaba que la venta encubría una donación y, por tanto, no procedía el retracto y en ambas se demanda sólo al comprador. En la primera de ellas el TS estima el retracto y argumenta que no puede declarar la nulidad de la escritura de venta afirmando que contiene una donación sin intervención de la que en el documento figura como vendedora, mientras que en la segunda desestima la acción afirmando que hay una donación remuneratoria, sin que suponga obstáculo para ello el que sólo se hubiera demandado al comprador. En cambio, no se ha de demandar también al propietario vendedor cuando lo que se discute es la simulación del precio, bien sea que el retraído alegue que el precio realmente pagado fue superior al escriturado, bien sea que el retrayente alegue que se escrituró un precio superior al real para dificultar el ejercicio del retracto. Pensamos que no se ha de demandar, pues no se discute sobre la simulación de una relación jurídica de la que es parte el vendedor, sino sobre la simulación de un elemento fáctico, el precio, en unos términos, la cuantía del mismo, que no afectan a la constitución de la relación jurídica (ésta existirá sea una u otra la cuantía del precio)⁹³.

Si partimos de la tesis jurisprudencial de que el retrayente adquiere del tercero que ha adquirido el bien objeto de retracto del propietario del mismo, parece acertada la opinión de Díez-Picazo y Gullón⁹⁴ según la cual más apropiado que pensar en la subrogación de la que habla ley sería hacerlo en que el retrayente tiene una facultad de opción para adquirir el bien en las mismas condiciones en que se transmitió al retraído. Del Pozo-Vaquero-Bosch⁹⁵ opinan lo mismo. En el caso de los retractos legales esta facultad de opción la concedería la ley. En el caso de los retractos voluntarios, el propietario del bien. En estos últimos la asimilación entre opción y retracto se da en cuanto a que en ambos existe la facultad de adquirir la propiedad de un bien, aunque su propietario no desee enaje-

⁹¹ Aranzadi 1992/1545.

⁹² Aranzadi 306.

⁹³ En las SSTs 15 octubre 1991 (Aranzadi 7451), 28 junio 1991 (Aranzadi 4640), 10 octubre 1988 (Aranzadi 7402), 20 septiembre 1988 (Aranzadi 6843), 12 junio 1984 (Aranzadi 3232) en que se discute cuál fue el precio real, si el escriturado u otro, se demanda sólo al comprador sin que el TS se plantee que se habría de haber demandado también al propietario vendedor. En el caso de la STS 12 junio 1984, el Juez de Primera Instancia desestimó la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto por falta de litis consorcio pasivo necesario, pero la Audiencia revocó la sentencia y estimó la demanda. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

⁹⁴ *Sistema de Derecho Civil III*, Madrid, 2005, p. 512.

⁹⁵ *A partir de la transmisión del bien al tercero, el derecho de retracto funciona igual que la opción de naturaleza real... el retrayente adquirirá la cosa del tercero (Derecho Civil..., p. 401).*

narlo, pero no en cuanto al negocio constitutivo de dicha facultad de opción. En la opción podemos hablar de un precontrato de venta entre concedente y optante y, para que no quede frustrada la facultad de opción por la venta del bien a un tercero, éste se subroga en el lugar del vendedor en el precontrato de venta. Pero en el retracto voluntario no podemos configurar el negocio constitutivo como un precontrato de venta que sólo se puede poner en vigor por el retrayente cuando el propietario del bien lo ha enajenado a un tercero, pues no tiene sentido decir que se vende una cosa sólo para el caso de que se haya enajenado a un tercero.

b) *El retrayente adquiere la propiedad del retraído de forma automática no vía contrato más tradición*

Del Pozo-Vaquero-Bosch entienden que, como en la opción, el retrayente adquiere la propiedad del retraído automáticamente, sin necesidad de contrato ni tradición⁹⁶, dada la asimilación del retracto a la opción. Al hablar de la opción ya expusimos que aunque el legislador catalán podía haberlo establecido así, no es claro que lo haya establecido. Si se parte de que el retrayente adquiere del retraído parece que entre retrayente y retraído habrá de celebrarse el correspondiente contrato de enajenación y, cuando se haya producido la tradición, el retrayente adquirirá la propiedad. En el caso del retracto no podemos hacer a la tesis de la adquisición automática de la propiedad la crítica de que hacíamos en el caso de la opción de ser una construcción formal, pues el negocio de constitución del retracto voluntario no puede calificarse como precontrato de venta. Obsérvese que como admiten que el retrayente adquiere del retraído deberá ejercer contra él y no contra el propietario del bien, las acciones de saneamiento.

5.2.2 EL RETRAYENTE NO CELEBRA UN NUEVO CONTRATO CON EL RETRAÍDO, SINO QUE SE SUBROGA EN LA POSICIÓN CONTRACTUAL DE ÉSTE EN RELACIÓN CON EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE COMPRADOR RETRAÍDO Y VENDEDOR

a) *La formulación legal*

Tanto el Código civil catalán como el español dicen que el retrayente se subroga en el lugar del adquirente. Según el primero (art. 568-1.c), el retracto faculta a su titular para subrogarse en el

⁹⁶ *Una vez ejercitados,....el retracto funcionará(n) como una opción de naturaleza... real (Derecho Civil..., p. 407).*

lugar del adquirente en las mismas condiciones convenidas en un negocio jurídico oneroso una vez haya tenido lugar la transmisión. Y según el segundo (art. 1521), refiriéndose al retracto legal de comuneros y colindantes, el retracto es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere la cosa por compra o dación en pago.

b) *Consecuencias de la subrogación*

Si entendemos que hay subrogación, las acciones derivadas del contrato de venta que asisten al comprador frente al vendedor, las ejercerá el retrayente frente al propietario originario que vendió al retraído (acción de saneamiento por vicios ocultos y evicción, de saneamiento por gravámenes ocultos, las derivadas de diferencias de cabida y calidad). Si la subrogación no opera con efectos retroactivos nos podemos plantear si las acciones de saneamiento por vicios ocultos o gravámenes ocultos o defectos de cabida no las podrá también interponer el retraído contra el vendedor, pues la subrogación no borra su cualidad de comprador. Un comprador que vende no por eso deja de ser comprador. Si adquirió por 100 un bien que valía 90, por tener un gravamen oculto, y tuvo que vender el bien por 95, a consecuencia del gravamen, parece que podrá interponer la acción de saneamiento por gravámenes ocultos contra su vendedor. Si lo vendió a 100, porque el gravamen continuaba inadvertido, nos podemos plantear si puede accionar contra su vendedor, pues no ha sufrido ningún perjuicio. Podemos responder afirmativamente, pues corre el riesgo de que su comprador le reclame. Pero si su comprador ya no le puede reclamar porque ha transcurrido el plazo de ejercicio de la acción, parece que la respuesta tendría que ser negativa, aunque el primer comprador todavía pudiera interponer la acción contra su vendedor por haber interrumpido el plazo de prescripción⁹⁷. Pero en el caso de retracto, si

⁹⁷ El art. 1483 CC, párr. 1º, ante los gravámenes ocultos, concede al comprador dos remedios alternativos: o la rescisión del contrato (si la carga es de tal naturaleza que deba presumirse no la habría adquirido el comprador si la hubiera conocido) o una indemnización (aunque no se de el requisito anterior). El párrafo 2º establece que durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura (léase celebración del contrato), podrá el comprador ejercitar la acción rescisoria o solicitar la indemnización. Y el párrafo 3º acaba de regular lo referente al plazo: transcurrido el año, sólo podrá reclamar la indemnización dentro de un período igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga o servidumbre. Es decir, aunque haya transcurrido un año desde la celebración del contrato, el comprador podrá reclamar la indemnización siempre que nos encontremos dentro de un año a contar desde el día en que haya descubierto la carga. La STS 11 mayo 1966 (Aranzadi 2419) dice que el plazo es de caducidad. En el caso considerado por la sentencia se trataba del ejercicio de la acción rescisoria, pero, en mi opinión el plazo de ejercicio de la acción indemnizatoria es de prescripción. El que el plazo de la acción rescisoria sea de caducidad tiene sentido, pues si fuera de prescripción, mediante la interrupción de la pres-

el comprador retraído adquirió por 100 algo que valía 90, el retrayente le tendrá que abonar 100 no 90, por lo que no tendría sentido conceder al primer comprador la acción de saneamiento por gravámenes ocultos contra su vendedor.

El problema está en las acciones que asisten al vendedor contra el comprador, por ejemplo, la acción para pedir el pago del precio, si se pactó un aplazamiento. Pothier opinaba que el deudor frente al vendedor era el retraído y no el retrayente, pero como excepción al principio de la subrogación, pues no veía que se pudiera cambiar el deudor sin consentimiento del acreedor⁹⁸. En este sentido doctrina francesa más reciente precisa que el retrayente se subroga en los derechos del retraído, no en las obligaciones de éste frente al vendedor⁹⁹. Se podría pensar que la ley sí puede cambiar el deudor y que eso es lo que hace imponiendo la subrogación y que la concesión de un derecho de retracto implica de alguna manera imponer un deudor. Sin embargo, en cuanto a esto último, si para el ejercicio del retracto es necesario el pago o consignación del precio, no se puede decir que la ley imponga un deudor, pues el retrayente en ningún momento devendrá deudor de nadie. Mas cuando el retracto se ejerce ante una venta con precio aplazado, el TS admite el retracto consintiendo que el retrayente sólo tenga que pagar la parte efectivamente desembolsada por el comprador retraído hasta la fecha, pues el retrayente se subroga en las mismas condiciones que el comprador y si éste gozaba del beneficio del plazo, también ha de gozar de él el retrayente, pues de lo contrario no se subrogaría en las mismas condiciones, sino en otras más onerosas. Aun estimando que no hay subrogación en la obligación del comprador de pagar el precio pendiente, la ley impone un deudor al retraído, el retrayente. Por lo tanto también se podría argumentar que la ley puede imponer al vendedor que el retrayente sea su deudor en lugar del comprador. La jurisprudencia del TS que he examinado, que admite el retracto en caso de venta con precio aplazado, no entra en el problema de si el vendedor ha de exigir el precio aplazado al comprador retraído o al retrayente, pues el problema que se plantea es si el retrayente, para ejercer el retracto, ha de pagar todo el precio

cripción, el comprador estaría indefinidamente en condiciones de rescindir el contrato, lo cual es contrario a la seguridad jurídica. No pasa lo mismo con la acción indemnizatoria que entiendo es un plazo de prescripción. Por tanto el primer comprador ha podido interrumpir la prescripción.

⁹⁸ *Il y en a qui pense que le retrait subrogeant le retrayant au marché de l'acheteur, il doit être subrogé a ces obligations qui en résultent, et qu'en conséquence le vendeur peut être obligé à l'accepter pour débiteur... Le vendeur n peut être forcé à cela, par la règle générale que personne n'est tenu de changer de débiteur malgré lui (Œuvres, t. XV, Paris 1825, p. 190).*

⁹⁹ *Traité Pratique de Droit Civil Français de PLANIOL-RIPERT, t. IV, Successions avec le concours de MAURY-VIALLETON, Paris, 1956, p. 791.*

estipulado o sólo la parte efectivamente desembolsada por el comprador hasta la fecha, decidiéndose, como hemos visto, por esto último¹⁰⁰. Tan sólo la STS de 20 mayo 1991 dice que los vendedores han de ser reintegrados del resto que aún no habían cobrado, pero no precisa por quién. En la jurisprudencia de las Audiencias hay dos sentencias cuyas afirmaciones sobre el problema –hay que advertir que son de pasada– parecen contradictorias: la SAP Girona 20 septiembre 2004 a favor de que el comprador ha de pagar al vendedor el resto del precio y el retrayente reembolsárselo al primero¹⁰¹ y la SAP Zaragoza 25 abril 2006 a favor de que el retrayente ha de satisfacer al vendedor el precio pendiente¹⁰². En la doctrina encontramos opiniones favorables a que el retrayente sea el

¹⁰⁰ SSTS 20 mayo 1991 (Aranzadi 3773) para el retracto de comuneros, 31 octubre 1988 (Aranzadi 7780) para el retracto arrendaticio rústico, 20 marzo 1959 (Aranzadi 1518) para el retracto arrendaticio urbano y 11 diciembre 1944 (Aranzadi 1282) para el retracto de censo enfiteútico. En el supuesto de la STS 17 abril 1958 (Aranzadi 1484) no se plantea el problema, pues el retrayente consignó no sólo el precio pagado por el comprador en la fecha de ejercicio del retracto, sino también el pendiente de pago. En el supuesto de la STS 12 mayo 1945 (Aranzadi 576), en que también se había pactado el aplazamiento de parte del precio, se discute el momento en que el retrayente tuvo conocimiento de la venta y de sus condiciones a efectos de determinar si el retracto había sido ejercido dentro del plazo legal (la demanda de retracto fue desestimada en la instancia y el TS declaró no haber lugar al recurso de casación). Parece que el TS presupone que cabe el retracto ante una venta con precio aplazado, pues de no admitirlo, aunque la acción de retracto ya se podía desestimar por la razón antedicha, a mayor abundamiento, habría alegado ésta.

Se puede considerar excepcional la STS 24 mayo 1966 (Aranzadi 2737) que en un supuesto en que el comprador había pagado una parte del precio y había aceptado una letra de cambio para pagar el resto y el retrayente consigna la cantidad pagada por el comprador y entrega al vendedor una letra cambio para satisfacer el resto, considera correcto desestimar la acción de retracto, como ya había sido desestimada en primera y segunda instancia. Por un lado, el TS parece exigir que el retrayente tenía que haber desembolsado todo el precio, incluso el pendiente de pago, pues afirma: *con la entrega de una letra de cambio por parte del retrayente para hacer efectivo el retracto, ni se paga ni se desembolsa el precio de la venta*. Por otro, emplea el argumento ya conocido expuesto por Pothier: *la admisión por los vendedores de una letra de cambio en garantía del precio aplazado se hizo en consideración a la persona del deudor, que no puede ser modificado sin consentimiento del acreedor...*

¹⁰¹ *Que se afirme que no es necesario consignar junto a la demanda la totalidad del precio no implica que, de abonar posteriormente el comprador la parte aplazada del mismo, no venga el retrayente obligado a reembolsarla* (BDA JUR 2004/287065). Propiamente la sentencia no dice que sea el comprador el obligado a pagar el precio pendiente, sino que si lo paga, el vendedor debe reembolsárselo. Pero presupone la obligación del comprador de pagar. Cuando se expresa en los términos de abonar posteriormente el comprador la parte aplazada no quiere decir que no esté obligado a hacerlo y pueda o no hacerlo, sino quiere decir de cumplir el comprador con su obligación de pagar la parte aplazada.

¹⁰² *Que constituye un presupuesto material o sustantivo para el ejercicio del derecho de retracto, sin el cual no puede consumarse la adquisición del derecho objeto del retracto por parte del retrayente... quien deberá pagar a la mercantil... las cantidades efectivamente abonadas por esta última a los vendedores como precio... en el momento en que se produzca la subrogación al hacer valer el derecho de retraer que le ha sido reconocido, satisfaciendo así mismo a los vendedores las cantidades pendientes de pago en tal momento...* (BDA JUR 2006/272626).

obligado frente al vendedor a pagar el precio pendiente¹⁰³; opiniones que, desde un punto de vista práctico, admiten que el retrayente se subroga en la deuda, pero prestando garantía¹⁰⁴; opiniones que, desde un punto de vista teórico, niegan la posibilidad del retracto en los supuestos de compraventa con precio aplazado¹⁰⁵.

Otra consecuencia de entender que hay subrogación afecta a la legitimación pasiva de la acción de retracto. El retracto, como hemos dicho al exponer la tesis anterior, indudablemente afecta al

¹⁰³ DÍEZ SOTO (*Ejercicio y efectos...*, pp. 193, al final, y 194): *La fórmula utilizada por el legislador no implica... que el ejercicio del retracto determine la subrogación del retrayente en la posición deudora del retraído, sino sólo la asunción por aquél de una posición sustancialmente equivalente a la de éste; fenómeno éste que, a nuestro juicio, sólo puede explicarse si se entiende que el ejercicio del retracto supone una verdadera novación de las obligaciones asumidas por el retraído que se verán sustituidas por las que haya de asumir el retrayente al ejercitar su derecho. En efecto, el ejercicio del retracto supone para el comprador retraído, correlativamente a la pérdida de sus derechos y acciones, la extinción de sus obligaciones, con sus garantías y accesorios, quedando excluido así de forma absoluta y definitiva de la relación contractual que le vinculaba con el vendedor. Por su parte, el retrayente... en la medida en que quedaran obligaciones pendientes de cumplimiento, deberá asumir, además, una posición deudora equivalente a la que hubiera correspondido al retraído...* DÍEZ SOTO no habla de subrogación, sino de novación, pero el resultado en cuanto al sujeto pasivo de la obligación es el mismo. BELLO JANEIRO (*El retracto de comuneros...*) también admite que el deudor del precio aplazado es el retrayente. Por un lado dice: *había de consignar el precio de venta que, en este caso, se circunscribiría exactamente a la misma cantidad desembolsada por el adquirente, en cuya posición se subrogaría* (p. 38). Y más adelante: *a pesar de la indudable admisión de tal posibilidad por nuestra jurisprudencia... manifestamos nuestra reserva a la misma, estribando la dificultad de su estimación en que supone una verdadera y clara novación respecto del vendedor en posible contravención de la disposición contenida en el artículo 1205 CC al ser posible que se verifique sin su consentimiento* (p. 197).

¹⁰⁴ BARBER CARCAMO (*El retracto gentilicio*, Madrid 1991, p. 138): *el retracto procede ante las ventas con precio aplazado, cuyo pago habrá de garantizarse al vendedor por distintos medios, atendiendo a las circunstancias del caso*. MANRESA (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. VI, Madrid, 1895, p. 94): *si la venta se hubiere hecho a plazos, cumplirá el retrayente con consignar el plazo satisfecho, y dar fianza para responder de lo demás con iguales garantías que el vendedor hubiere pactado con el comprador*. Se plantea la duda de si MANRESA exige la prestación de garantía en todo caso o sólo cuando el comprador la hubiere prestado.

¹⁰⁵ FIGA FAURA (*El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado*, RDP 1948, pp. 880 y ss.). Como conclusión al comentario de la STS 11 diciembre 1944, que admite el retracto enfiteútico en un caso en que se vendió el dominio útil pactándose un aplazamiento en el pago del precio, garantizado con una hipoteca sobre la finca objeto de retracto, dice: *en ella no se da, aun caso muy concreto, más que una solución de esta naturaleza perfectamente justificable en el terreno práctico, ya que no en el teórico, por cuanto el riesgo a que somete al vendedor resulta, estadísticamente, despreciable* (p. 888). Intentando resumir su razonamiento, parece que FIGA FAURA, partiendo de que el retracto supone una subrogación, entiende que el retrayente no puede subrogarse en la obligación del comprador de pagar el precio pendiente porque *la transmisión pasiva de las obligaciones a título singular no es admitida... si no concurre el acreedor prestando su consentimiento. Sólo cabría esta solución... de sostener... una transmisión operada ex lege. Y a la vista de nuestro ordenamiento positivo esta solución no es viable* (p. 884). Más adelante añade: *Si la cuantía y naturaleza del patrimonio responsable es principalmente el motivo que impide la fungibilidad del deudor podría pensarse que siempre que exista caución suficiente debería ser admitida la sustitución del deudor; pero no es así: la hipoteca, prenda o la fianza son refuerzos que se ponen a disposición del acreedor; pero no pierden su cualidad de elementos accesorios ni su existencia impide que pueda cambiar totalmente, con el cambio de deudor, la situación del acreedor* (p. 885).

retraído, pues se le priva de la propiedad del bien, por lo que se le ha de demandar, pero esto es así, exista o no subrogación. Igualmente le afecta, haya o no subrogación, porque la sentencia habrá de determinar el precio que ha de pagar el retrayente al retraído y habrá de pronunciarse sobre el abono de gastos a que tiene derecho el retraído. Si hay subrogación, nos podemos plantear si también se le ha de demandar porque, como consecuencia de la subrogación, se le priva de la posición contractual de comprador. Si se le excluye y la subrogación opera con efectos retroactivos, no podrá ejercer contra el vendedor las acciones de saneamiento, pues se entiende que nunca ha sido comprador. En teoría, entonces, se le habrá de demandar. Pero en la práctica, no se ve en qué afecta al retraído que se le prive de poder exigir el saneamiento al propietario originario, pues él recibirá el precio que pagó por la cosa, aunque la cosa valiera menos por tener gravámenes ocultos. Si el retrayente, al ejercer su derecho, se subroga en el contrato celebrado entre el propietario del bien y el comprador retraído, como la subrogación afecta al propietario originario del bien objeto de retracto, pues pasa de tener un comprador a tener otro, nos podemos plantear si el retrayente debería dirigir la acción no sólo contra el retraído, sino contra el propietario originario del bien. Quizás se pueda argumentar que al propietario del bien le sea indiferente ser demandado por el retraído o por el retrayente y, entonces, el ejercicio del retracto no le afecta y, por tanto, no se le ha de demandar. Pero si admitimos que de las obligaciones del comprador retraído frente al propietario del bien deviene deudor el retrayente y en el caso concreto hay obligaciones pendientes, entonces, para mí, siguiendo a Díez Soto¹⁰⁶, es claro que se debería demandar conjuntamente al retraído y al propietario del bien. Las sentencias que hablan, sin más de subrogación, admiten que se demande sólo al retraído, aunque hay que tener en cuenta que en los supuestos de hecho considerados no se daba la circunstancias que hemos expuesto (que el retrayente devenga deudor del propietario del bien)¹⁰⁷. En la única sentencia

¹⁰⁶ *El interés del vendedor se puede ver directamente afectado en el caso de que las obligaciones asumidas en su día por el comprador estén todavía pendientes de cumplimiento, ya que... el ejercicio del retracto habrá de suponer para el vendedor un cambio en la persona de su deudor... lo cual, en nuestra opinión, sólo podrá hacerse con su consentimiento o, en su defecto, en virtud de una decisión judicial dictada con sujeción a las exigencias del principio de audiencia (Ejercicio y efectos..., pp. 127, al final, y 128).*

¹⁰⁷ La STS 30 enero 1989 (Aranzadi 1158) que, como obiter dicta, afirma que *si prospera el retracto se colocarán los demandantes en el lugar del comprador, sin necesidad de otorgar un nuevo contrato puesto que la compraventa al extraño no se resuelve sino que simplemente queda modificada subjetivamente por el cambio de persona del comprador*, dice también que *la acción se ha de dirigir contra quien haya adquirido la cosa, pero ni la ley ni la jurisprudencia exigen que sean traídos al proceso el vendedor o vendedores a quienes no ha de trascender la resolución judicial*. En la STS 1 octubre 2007 (Aranzadi 5312), cuyo fallo no condena al retraído a otorgar escritura de compraventa a

que he encontrado que afirma, aunque *obiter dicta*, que el precio aplazado lo ha de pagar al vendedor el retrayente y no el retraído la demanda se dirige sólo contra el comprador sin que la Audiencia se plantease que se haya de demandar también al vendedor¹⁰⁸.

c) *Inconvenientes que plantea la subrogación*

Como hemos dicho, al haber subrogación, el retrayente, en caso de vicios ocultos o gravámenes ocultos, o defectos de cabida, habrá de interponer las acciones correspondientes frente al vendedor y no frente al comprador retraído. Las acciones anteriores tienen un plazo de ejercicio breve (6 meses, vicios ocultos –art. 1490 CC– y defectos de cabida –art. 1472 CC–, un año, gravámenes ocultos –art. 1483 CC) cuyo inicio es a partir de la entrega de la cosa –vicios ocultos y defectos de cabida– o de la celebración del contrato –gravámenes ocultos. Puede ser que el retrayente ejerza el retracto pasado este plazo, pues no conoció la venta que pone en acto el retracto hasta pasado dicho plazo. Si el comprador retraído no las interpuso en plazo, el retrayente, siendo coherentes, no podrá interponerlas, pues no tiene más derechos que el comprador retraído. El resultado no es equitativo para el retrayente. Para llegar a un resultado equitativo se habrá de introducir una excepción a la subrogación y considerar que esas acciones comienzan a contar desde que se entregó la cosa al retrayente (vicios ocultos y defectos de cabida) o desde que éste ejerció el derecho de retracto (gravámenes ocultos).

Si hay subrogación, el retrayente debería ejercitar la acción de entrega de la cosa frente a su vendedor, el propietario originario, pero éste ya no tendrá la cosa en su poder, al menos en la mayoría de los casos¹⁰⁹. Esta dificultad me parece salvable a través de dos vías: a) podemos considerar que una de las facultades que el retracto concede a su titular es la de exigir la entrega de la cosa al retraído; b) si la subrogación, también en la titularidad del bien, como veremos, se produce automáticamente por el ejercicio del retracto, el retrayente, como propietario, podrá interponer la acción reivindicatoria contra el retraído. Considero preferible la primera solu-

favor del retrayente, sino se limita a declarar el derecho de retracto de éste, subrogándose en el lugar de los compradores demandados, el retrayente había demandado exclusivamente a los compradores y el TS no se planteó la cuestión de si debía haber demandado también a los vendedores. En la STS 24 abril 1951 (Aranzadi 1614) en que se condena al retraído a otorgar escritura de subrogación tampoco se demanda a los vendedores.

¹⁰⁸ SAP Zaragoza 25 abril 2006 (BDA JUR 2006/272626).

¹⁰⁹ Puede haberse producido la tradición instrumental y continuar el vendedor en la posesión real de la cosa.

ción, pues con el mero ejercicio de la acción de retracto, sin necesidad de interponer una reivindicatoria, se resuelve el problema.

d) *Argumentos no legales en contra de la subrogación*

Díez-Picazo y Gullón¹¹⁰ y Coca¹¹¹ afirman que una vez que haya pasado el dominio al comprador, ya no hay posibilidad de subrogación. Coca¹¹² argumenta que la subrogación actúa sobre posiciones obligatorias y no sobre posiciones reales. Pero ¿por qué el retrayente no se puede subrogar en la posición contractual del comprador, aunque éste ya haya adquirido el bien mediante la tradición? Díez-Picazo y Gullón, al afirmar que una vez adquirido el dominio por el comprador ya no hay posibilidad de subrogación, son coherentes con la postura que mantienen, en relación con la cesión del contrato, de que no cabe ésta si las prestaciones ya se han ejecutado¹¹³. Albaladejo¹¹⁴ explica esta imposibilidad de cesión diciendo que en este caso no habrá ningún derecho que transmitir. El efecto de la cesión es el mismo que el de la subrogación, el cesionario y el que se subroga se colocan en la posición contractual del co-contratante cedente o del que se ve subrogado, respectivamente. Por tanto, quien niegue la posibilidad de ceder un contrato con prestaciones ya ejecutadas, es lógico que niegue la subrogación en un contrato en que la prestación del vendedor ya se ha consumado mediante la tradición.

e) *Argumentos no legales a favor de que es posible hablar de subrogación*

1) *Argumento jurídico*. Lacruz¹¹⁵ argumenta que en los contratos ya consumados es cierto que no podrá cederse el derecho a la prestación, pues ya no existe, pero no hay inconveniente en que el comprador que ya ha recibido la cosa comprada ceda la

¹¹⁰ No está exenta de dificultades una subrogación semejante, pues no parece casar bien con la reiterada exigencia jurisprudencial de que la venta ha de estar consumada para poder ejercer el retracto... Entendiendo por consumada que haya pasado al dominio del comprador, ya no hay posibilidad de subrogación (Sistema..., p. 512).

¹¹¹ Podría argumentarse así: la previsión de que el retrayente se subroga en la posición del comprador, muestra que la compraventa... no debe haberse consumado, pues es sabido que la subrogación actúa sobre posiciones obligatorias y no sobre posiciones reales. Este razonamiento es cierto, pero no lo es menos que el transcrito artículo (se refiere al 1172 del Proyecto de 1836)... nos manifiesta una utilización no técnica de la palabra subrogación (Tanteo y retracto... p. 39).

¹¹² Tanteo y retracto..., p. 39.

¹¹³ Sistema de Derecho Civil II, Madrid, 2005, p. 245.

¹¹⁴ Derecho Civil II, Madrid, 2004, p. 482.

¹¹⁵ Elementos de Derecho Civil II-2, Barcelona, 1987, p. 339.

cosa y su posición contractual, lo cual tendría importancia en el caso de evicción. Es decir, aunque el contrato esté consumado, tiene sentido traspasar la posición contractual, pues ésta entraña una serie de derechos y potestades. Por tanto, se puede hablar de subrogación en el retracto (otra cuestión es dilucidar si tal es la solución legal) aunque el retraído haya adquirido la propiedad de la cosa, con la consecuencia de que el retrayente se podrá dirigir contra el vendedor en ejercicio de las acciones derivadas del contrato de compraventa que éste celebró con el retraído¹¹⁶. Lacruz pone el ejemplo de la evicción, pero también hay otras, como la acción de saneamiento por vicios ocultos, por gravámenes ocultos, las derivadas de las diferencias de cabida..., que se pueden transmitir. Si la cosa está en poder del comprador retraído (aunque haya habido tradición, si ésta es *ficta*, puede que no lo esté) quien tiene obligación de entregar la cosa al retrayente es el retraído y no el propietario del bien, por lo que el retrayente no se puede subrogar en el crédito a la cosa del comprador retraído contra el vendedor propietario de la misma, puesto que este crédito ya se ha extinguido. Pero si la cosa permanece en poder del propietario del bien, sí que es posible la subrogación en este punto.

Por otro lado, como expone Díez Soto para los retractos legales¹¹⁷, nuestro CC prevé la subrogación, entendida como la sustitución de un sujeto por otro en la titularidad de un derecho que per-

¹¹⁶ La cesión del contrato exige el consentimiento no sólo del cedente y del cesionario, sino también el del contratante cedido, pues no se le puede cambiar el sujeto de la relación jurídica derivada de la celebración del contrato sin su consentimiento. En cambio, el retrayente se subrogaría, en virtud de su derecho de retracto, en la posición contractual del retraído sin los consentimientos de éste ni del propietario del bien objeto del retracto.

¹¹⁷ *Si bien es cierto que el término subrogación se utiliza habitualmente en nuestro Derecho a propósito de los derechos de crédito (arts. 1159, 1210.3º, 1209 y ss. y 1839), los propios preceptos del CC dan pie a entender que, en un sentido amplio y descriptivo, el concepto de subrogación hace referencia a la sustitución de un sujeto por otro en la titularidad de un determinado derecho que permanece inalterado, con independencia de cuál sea la naturaleza de ese derecho... un ejemplo de aplicación del concepto de subrogación al ámbito de los derechos reales lo encontramos precisamente en el art. 1212, cuando dispone que «la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas». ... En definitiva, la intención del legislador parece ser la de dejar claro que la adquisición del retrayente, fundada, ciertamente, en el ejercicio de un poder de actuación otorgado por la Ley, no se produce ex lege, sino ex contractu; y que su adquisición no se produce a título originario, sino derivativo, siendo causante el vendedor y su título de adquisición el contrato celebrado por éste con el comprador... de tal manera que llegado el caso, el retrayente deberá ejercitar frente al vendedor, y no frente al comprador, las acciones de saneamiento por evicción (arts. 1475 y ss.) o por gravámenes ocultos (art. 1483) (Ejercicio y efectos..., pp. 181-183).*

RODRÍGUEZ MORATA [*Derecho de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*, Elcano (Navarra), 2001] aunque afirma que *el retrayente adquiere del actual propietario de la cosa, es decir, del adquirente por compra, no del vendedor* (p. 55),

manece inalterado, no sólo en los derechos de crédito, sino también en los reales, en concreto en el art. 1212 cuando dispone que *la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas.*

2) *Argumento histórico.* Se cita a Pothier como uno de los causantes de que en el retracto se hable de subrogación: Sancho Rebullida¹¹⁸, como argumento de autoridad frente a la opinión dominante de que el retrayente adquiere del retraído; Coca, advirtiendo que Pothier no utiliza el término subrogación en sentido propio. En efecto, para Pothier *«le droit de retrait est de prendre le marché d'un autre, et de se rendre acheteur en sa place»*¹¹⁹. Según esta definición, es claro que para Pothier el retrayente se subroga en la posición contractual del comprador retraído. Mas Coca¹²⁰ da los siguientes argumentos a favor de que Pothier no habla de una subrogación en sentido propio: 1) Pothier matiza la definición y habla *«d'être subrogué à l'achat qu'il a fait...»*, es decir, subrogarse en la compra, no en la posición contractual del comprador, subrogación en la compra que equivale a subrogarse en la titularidad de lo comprado, lo que en modo alguno es técnicamente una subrogación, sino una transmisión de una titularidad real¹²¹. 2) Entiende Pothier que el efecto del retracto es el de extinguir la adquisición que el comprador había llevado a cabo sobre la cosa, para *«la faire passer»* de este modo al retrayente; en efecto, si hay

más adelante precisa que *no hay más que una enajenación, que es aquella en la que el derecho de retraer nace. El vendedor no recompra ni el comprador revende. Más bien el retrayente sustituye al vendedor (¿comprador?) en todos sus derechos y obligaciones. Con todo, si con ello se quiere decir que, por haber sustituido el retrayente al comprador en todos sus derechos y obligaciones, resulta causahabiente del comprador ello es cierto. Pero si se ha querido decir que, ejercitado el retracto, el sujeto retraído (adquirente) se coloca en lugar del vendedor ello es falso porque tanto valdría como prescindir del contrato que ha dado nacimiento al derecho de retraer. Y, si por último, se ha querido decir que se efectúa un nuevo contrato de venta entre el adquirente (antiguo comprador) y el retrayente, tampoco se explica correctamente el mecanismo de actuación del derecho de retracto legal (p. 76).*

¹¹⁸ SANCHO REBULLIDA (*Elementos...*, p. 441): *Sin embargo, los precedentes históricos... confirman claramente el sentido del «derecho a subrogarse» del art. 1521 como sustitución de un comprador por otro, en un mismo negocio jurídico o, mejor, en la relación resultante del negocio inicial. Así lo estimaba Pothier y lo subraya, cien años más tarde... Benito Gutiérrez, para quien el retracto consiste en el derecho de ciertas personas para rescindir la venta, subrogarse en lugar del comprador y, con exclusión del mismo, adquirir la finca en el precio estipulado... adquiriendo su dominio con preferencia y por el precio de otro comprador.*

¹¹⁹ *Oeuvres de POTHIER*, t. XVII, París, 1825, p. 115.

¹²⁰ *Tanteo y retracto...*, pp. 42 y 43.

¹²¹ Es cuestionable que por el mero hecho de expresar en una frase que se subroga en la compra, en vez de en lugar del comprador, Pothier haya querido matizar su concepto.

subrogación la adquisición del comprador no se extingue¹²². 3) Sostiene Pothier que tras el retracto la relación entre vendedor y comprador se sigue manteniendo en la parte no cumplida. Así, si el comprador no hubiera abonado el precio o sólo hubiera abonado una parte, seguiría éste –y no el retrayente– obligado a hacerlo, porque, decía, al ser aquél ajeno al retracto resultaría que por una acto ajeno a su voluntad de acreedor, variaría su deudor. Mas silencio Coca los textos de Pothier en que éste extrae las consecuencias de que el retrayente se subroga en la posición del comprador. Pothier reputa que el retrayente ha comprado el bien del vendedor de donde se sigue que las acciones derivadas del contrato entre el propietario del bien objeto del retracto, vendedor, y el comprador, retraído, tienen lugar entre el vendedor y el retrayente. Así el retrayente puede ejercer contra el vendedor las acciones de evicción y las redhibitorias¹²³.

3) *Argumento práctico*. Es preferible que las acciones derivadas del contrato de compraventa frente al vendedor las interponga el retrayente a que las interponga el comprador retraído, pues así se evitan dobles reclamaciones del retrayente al retraído y de éste al propietario del bien. Si no se admite la subrogación y el retrayente sufre evicción, éste tendrá que accionar contra el retraído pidiendo el saneamiento por evicción y el comprador retraído, a su vez, contra el propietario del bien a quien lo compró¹²⁴. Lo mismo si se trata de ejercer la acción de saneamiento por gravámenes ocultos o las acciones derivadas de diferencias de cabida.

f) *La solución legal*

Dada la formulación, tanto del CCC como del CC, parece que, tanto en uno como en otro, la solución legal es la subrogación.

¹²² POTHIER aclara que la extinción de la adquisición es para el comprador: *A l'égard de l'acheteur, son acquisition par le retrait venant à se résoudre...* (Oeuvres, t. XVII, ..., p. 115).

¹²³ Refiriéndose al retracto feudal dice POTHIER: *le seigneur est censé avoir acheté le fief de celui qui l'a vendu. – D'où il suit, 1° qu'il est subrogué à l'acheteur à toutes les actions qui naissent de ce contrat, telles que son l'action de garantie, même les actions rescisoires et rédhibitoires, et qu'il peut les exercer contre le vendeur, comme l'acheteur auroit pu faire. – Vice versa. Le seigneur est sujet aux actions... rescisoires du vendeur* (Oeuvres, t. XV, París, 1825, p. 193). – *Le seigneur étant subrogué, par le retrait, à l'acheteur... a donc contre le vendeur l'action empti, telle en tous les cas que l'auroit eue l'acheteur, putà, encas d'evicition... Il aura même l'action rescisoire, dans le cas où l'acheteur auroit pu l'avoir; et où il y auroit lieu à la rescision du contrat, soit par le dol du vendeur, soit par une lésion énorme dans laquelle l'acheteur auroit été engagé par ignorance* (Oeuvres, t. XI, París, 1825, p. 422).

¹²⁴ No entramos en el problema de qué clase de acción habría de interponer el comprador retraído.

En relación con el CC, García Goyena al comentar el art. 1450 del proyecto de 1851, sustancialmente igual al actual 1521¹²⁵, deja claro que el retrayente se coloca en la posición contractual del retraído: *aquí el que retrae no tiene más títulos de propiedad que los derivados del mismo comprador, en cuyo lugar, derechos y obligaciones se subroga plenamente*. La doctrina que considera que la subrogación no es posible una vez que el comprador ha adquirido la propiedad salva el obstáculo de la clara dicción legal diciendo que el legislador no emplea el término subrogación en sentido propio. Ya lo hizo Clemente de Diego¹²⁶ y en la doctrina actual podemos citar a Coca¹²⁷.

En la jurisprudencia podemos encontrar algunas sentencias que parece acogen la tesis de la subrogación. Especial relevancia tienen las STS 1 octubre 2007¹²⁸, 13 marzo 1912¹²⁹ (esta última también es muy interesante por admitir el efecto subrogatorio en el lugar del primer comprador, después de haber éste enajenado el bien y volveremos a ella cuando estudiemos este supuesto), 24 abril 1951¹³⁰. En la primera, el demandante solicitaba que el retraído otorgase escritura de compraventa a su favor. La demanda fue desestimada tanto en primera como en segunda instancia, pero estimada en casación, y el TS no condena al otorgamiento de la escritura pública, sino que su fallo se limita a declarar el derecho de retracto del demandante, subrogándose en el lugar de los compradores demandados¹³¹. En la segunda, el demandante solicitaba que se condenase a los demandados a que consintieran que el demandante se subrogase en el contrato celebrado con el propietario originario y otorgasen a su favor la correspondiente escritura de compraventa. La sentencia del juez de primera instancia

¹²⁵ Art. 1450 proyecto 1851: *El retracto legal es el derecho que tiene alguno por la ley de subrogarse en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato.*

¹²⁶ Señala este autor que, una vez producida la tradición, sólo cabría hablar de subrogación del retrayente en un sentido lato, tratándose de una nueva venta a favor del retrayente y en las mismas condiciones estipuladas en el contrato originario (*Del derecho de retracto: ¿desde cuándo ha de empezar a contarse el plazo de nueve días que para su ejercicio conceden las leyes? Cuál sea el verdadero momento inicial del dicho plazo*, RDP 1919, p. 388).

¹²⁷ *A la hora de establecer el mecanismo de actuación de ese derecho, en lugar de hacerse eco de la «subrogación fingida» para describirlo –como hacía el Proyecto de 1836– los autores del Proyecto transcriben, casi literalmente, las palabras de Pothier... A destacar que en esta ocasión, se habla de subrogarse en lugar del que «adquiere», no como en POTHIER de subrogarse en lugar del «comprador». Tal, es otra consecuencia de la identidad de ambas situaciones (comprador-adquirente) en el sistema transmisivo del Proyecto, pero la mismo tiempo, pone de manifiesto la falacia a que queda reducida la «subrogación», pues se acaba predicando ésta de una posición de titularidad real (Tanteo y retracto..., pp. 47, al final, y 48).*

¹²⁸ Aranzadi 5312.

¹²⁹ JC, t. 123, núm 97, pp. 790 y ss.

¹³⁰ Aranzadi 1614.

¹³¹ Pagándoles, lógicamente, el precio de la venta y demás gastos señalados en la ley.

condena a los demandados a otorgar la correspondiente escritura de subrogación, no de compraventa, sentencia revocada por la Audiencia, pero el TS casa la sentencia de la Audiencia. En la tercera, el juez de primera instancia condenó al retraído a otorgar escritura de subrogación, que era lo solicitado en la demanda. También hay otras sentencias que hablan de subrogación, aunque como *obiter dicta*¹³².

Es cierto que en el CC español no cuadra la tesis de la subrogación con el hecho de que el retracto legal de comuneros y colindantes se regule dentro del capítulo titulado de la resolución de la venta cuyo art. 1506 establece que la venta se resuelve por el retracto legal (lo mismo pasaba en el proyecto de 1851), pues si hay subrogación la venta permanece, cambiando sólo la persona del comprador¹³³. Como no quiera dar a esta expresión el significado que le daba Pothier: se resuelve para el comprador, en el sentido de que para el comprador se resuelven sus derechos y, quizás, sus obligaciones¹³⁴.

En relación con el Derecho civil catalán es interesante observar la evolución de la opinión de Bosch. Este autor, al comentar la LSSDA, que no contenía un concepto de retracto, afirmaba que en el retracto la subrogación debe entenderse *latu sensu*, significando que el retrayente podrá adquirir en las mismas condiciones que aquéllas en las que ha tenido lugar la subrogación¹³⁵. Pero al comentar el art. 568-16 CCC, según el cual en virtud del retracto de colindantes sus titulares se subrogan en la posición jurídica de los adquirentes, aunque comienza dando al término subrogación el mismo significado anterior, ya no

¹³² La STS 30 enero 1989 (Aranzadi 158) afirma *obiter dicta* (se había ejercido el retracto fuera del plazo legal), que *si prospera el retracto, se colocarán los demandantes... en el lugar del comprador, sin necesidad de otorgar nuevo contrato puesto que la compraventa al extraño no se resuelve sino que simplemente queda modificada subjetivamente por el cambio de la persona del comprador*. La STS 11 mayo 1965 (Aranzadi 2534) afirma, también *obiter dicta*, que *con respecto al vendedor queda subsistente el contrato con la sola modificación de subrogarse el retrayente en las obligaciones contraídas por el comprador* (curiosamente no habla de subrogación en los derechos).

¹³³ Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema...*, p. 512): *si el retracto es un derecho a subrogarse en lugar del adquirente por compra o dación en pago y por ello es inviable la tesis de la resolución de la transmisión...*

¹³⁴ Díez SOTO (*Ejercicio y efectos...*, p.197): *Afirmado ese efecto subrogatorio, es evidente que carecería de sentido hablar de una resolución del contrato inicial en sentido técnico, creemos que la insalvable contradicción entre los artículos 1521 y 1506 CC debería resolverse a favor del primero. Con todo, y siguiendo en parte a algo de los autores... (en particular ÁLVAREZ y GARCÍA CANTERO) creemos que sí es posible hablar de un cierto efecto resolutorio del retracto... como consecuencia del ejercicio del retracto y del subsiguiente efecto subrogatorio, el comprador inicial queda... completamente excluido de la relación contractual... con el vendedor... de tal manera que, en un sentido no técnico, podría decirse que el contrato se resuelve en lo que se refiere a la persona del comprador o más exactamente, que el retracto da lugar a la resolución... del derecho del comprador retraído...*

¹³⁵ *Opción, tanteo y retracto. La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición*, Madrid-Barcelona, 2004, p. 65.

dice taxativamente que no existe subrogación, sino *sin que por regla general, exista una subrogación en la relación entre transmitente y tercero, relación que puede ya haberse agotado*. Pero a continuación admite la subrogación aunque no en la titularidad real, pues considera que la relación adquisitiva real se da entre tercero y retrayente y no entre este y el anterior propietario, pero sí en la posición jurídica obligacional del comprador, pues afirma que si existe un precio aplazado, el retrayente podría quedar subrogado en tal deuda y en cuanto a la acción de saneamiento por evicción o vicios ocultos que corresponde al retrayente, el legitimado pasivamente no sería el tercero, sino el primer propietario, pues se subrogaría en la acción que corresponde al comprador retraído contra el primer propietario¹³⁶.

En mi opinión, si el legislador catalán, sabedor de la discusión sobre si en el retracto hay subrogación del retrayente o no, dice claramente que el retrayente se subroga en lugar del adquirente (art. 568-1 para el retracto voluntario, art. 568-16 para el retracto de colindantes y art. 568-21 para la tornería) hay más probabilidades de que haya querido la subrogación que de que haya empleado el término de manera no técnica¹³⁷.

Díez Soto¹³⁸, para los retractos voluntarios de la LSSADD, estimaba que no había subrogación del retrayente ni asunción por

¹³⁶ *Derechos Reales. Comentarios...*, t. 3, p. 1728.

¹³⁷ ROCA I TRÍAS (*Instituciones...*) al tratar del concepto de retracto pone de manifiesto que la expresión subrogación ha producido dificultades interpretativas y cita la opinión de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN de que si la propiedad ha pasado a manos del comprador no hay posibilidad de subrogación y la opinión de BOSCH vertida en el comentario a la LSSAD (p. 723). Al tratar de los efectos del retracto de colindantes dice que consisten fundamentalmente en la sustitución del adquirente por el retrayente, que tendrá que cumplir todos aquellos pactos que hayan acordado el vendedor y el adquirente siempre y cuando no sean personalísimos (p. 737). Y finalmente, al tratar del derecho de tornería, dice que su ejercicio produce la subrogación del pariente retrayente en el lugar del adquirente (p. 741).

DEL POZO-VAQUER-BOSCH (*Derecho civil de Cataluña...*, p. 407), sin entrar en el problema que nos ocupa, al tratar de los efectos del ejercicio del derecho de tanteo y retracto, afirman que el tanteante se subrogará en el acuerdo transmisivo llevado a cabo con el tercero y si se ejercita el retracto, el retrayente adquirirá la cosa del tercero, a quien deberá pagar el precio.

¹³⁸ Copio su opinión, para que el lector pueda comprobar si la he expuesto correctamente: *Cuando se ejercita el tanteo –o retracto– voluntario, si el titular se limita a hacer valer su derecho a adquirir el bien de su propietario original en condiciones equivalentes a las que fueron negociadas o, eventualmente, acordadas por éste con el tercero; la eventual oponibilidad del tanteo-retracto frente a éste se traducirá simplemente, en que ese derecho no podrá verse perjudicado por el contrato celebrado (ineficacia relativa), y que el tercero quedará sujeto a las consecuencias de la preferencia del primero, pero sin que ello implique subrogación alguna del tanteante en la posición contractual del tercero, ni tampoco asunción por éste de la obligación de vender a aquél en las mismas condiciones en que él mismo adquirió.– Obviamente, en el caso de que el tercero no se avenga voluntariamente a acatar el derecho del tanteante-retrayente, éste habrá de dirigir contra él la correspondiente demanda judicial; pero el contenido de su pretensión no será otro que la reclamación de entrega de la cosa o, como dice el artículo 29.3 de la Ley, de que proceda a formalizar la transmisión. Ahora bien precisamente porque el tercero adquirente no se ve excluido de su posición contractual frente al vendedor como consecuencia del ejercicio del tanteo, la eventualidad de que el mismo se pueda ver privado del bien por esa causa*

el tercero de la obligación de vender al retrayente en las mismas condiciones en que adquirió. Si el tercero no se aviene voluntariamente a acatar el derecho del retrayente, éste habrá de dirigir contra él la correspondiente demandad judicial; pero el contenido de su pretensión no será otro que la reclamación de la entrega de la cosa o, como dice el art. 29.3 de la Ley, de que proceda a formalizar la transmisión. El contrato entre propietario y tercero será ineficaz frente al retrayente (ineficacia relativa), pero continuará siendo eficaz entre los primeros. Como el tercero se ve privado de la cosa estaremos ante un supuesto de evicción y el tercero podrá demandar al propietario pidiendo el saneamiento. El retrayente no tendrá que reembolsar al tercero en los términos del art. 1518 CC, sino que bastará con que pague al propietario original del bien el precio fijado en el contrato de venta, sin perjuicio de que pueda exigirse que el precio sea retenido por el retrayente (cfr. art. 1165 CC) o sea depositado en garantía del derecho del tercero, solución que encuentra acogida expresa en el art. 29.2 LSSAD¹³⁹.

Díez Soto propone la anterior solución ante un texto legal que en ningún momento hablaba de la subrogación del retrayente. Quizás no la mantenga ante la regulación vigente de los derechos de adquisición voluntaria del CCC. Por otra parte dicha solución presenta sus inconvenientes:

A) Si el tercero ya es el propietario de la cosa parece que el retrayente no sólo le ha de pedir la entrega de la cosa, sino que se la transmita. Admite que le puede exigir la formalización de la transmisión, aunque no aclara en qué consiste ésta. La formalización tendrá que consistir en una escritura de venta o en una escritura de subrogación, por lo que parece que el retrayente puede exigir algo más que la entrega de la cosa, parece que hay una asunción por el retrayente de la obligación de transmitir o subrogar al tercero. A no ser que entendamos, como Bosch, que el retrayente adquiere la propiedad auto-

vendrá a constituir, en definitiva un típico supuesto de evicción, que podrá, en su caso, fundamentar la correspondiente demanda de saneamiento frente al vendedor... si la tutela de los intereses del tercero... debe remitirse al régimen del saneamiento por evicción, parece lógico entender que el titular de la preferencia... podrá ejercitar ésta sin necesidad de reembolsar al tercero adquirente en los términos que se deduce en el artículo 1518 del CC... bastará con que pague al propietario original del bien... el precio fijado en el contrato de venta. Todo ello sin perjuicio de que, en su caso, pueda exigirse que el precio sea retenido por el tanteante-retrayente (cfr. art. 1165 CC) o sea depositado en garantía de los derechos de terceros afectados por el ejercicio del tanteo; solución esta que, en el ámbito del Derecho Común podría fundamentarse en la aplicación analógica de las normas que regulan la cancelación de inscripciones de venta sujeta a condición resolutoria (art. 177.6 RH), y que ahora encuentra una acogida expresa en el artículo 29.2 de la Ley catalana, a propósito de los derechos de adquisición de eficacia real (notas..., pp. 1728 y 1729).

¹³⁹ El precio queda íntegramente a disposición del titular del derecho de propiedad sobre la cosa o, si es el caso, de los titulares de derechos constituidos con posterioridad al derecho de adquisición.

máticamente por el ejercicio del retracto¹⁴⁰. Entonces, Bosch, presupuesto que se ha hecho constar en el Registro la notificación en virtud del cual se comunica el ejercicio del derecho (art. 31, al final, LSSAD, norma que no contiene el CCC), que el retraído ha inscrito su adquisición en el Registro, que en el Registro consta inscrito el derecho de tanteo –que con la transmisión se ha convertido en retracto–, que en el Registro constan las condiciones de la transmisión al tercero, presupuesto todo lo anterior, si el retrayente cumple los requisitos (abono de la contraprestación y demás gastos a los que estuviere obligado), podrá obtener sin intervención del propietario del bien la constancia registral de la transmisión. No lo dice, pero, para ello será necesario escritura pública en que el retrayente declare su voluntad de ejercer el retracto. Mas concluye Bosch que si el Registrador no considera suficientemente acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos para que se produzca el cambio de titularidad del bien, será precisa la formalización de la transmisión, lo que requerirá la intervención del propietario actual de la cosa, o la del Juez en su defecto¹⁴¹. No especifica en qué consiste la formalización, pero si partimos de que el retrayente ya es propietario del bien, la formalización no tendría que consistir en una escritura de venta o de subrogación, sino en una escritura en que el retrayente declare que se le han satisfecho todas las cantidades a las que tenía derecho.

B) Que el retrayente no haya de pagar el precio al retraído, sino al propietario original no resulta satisfactorio. Es contrario a toda la tradición jurídica y parece más equitativo que pague al retraído aunque, si no le paga, el retraído pueda exigir la retención del precio y la consignación a su favor. Además, el art. 29.2 LSSA dice que el precio queda íntegramente a disposición del titular del derecho de propiedad de la cosa, que es el retraído. Es cierto que no dice que se pague al retraído, sino que queda a disposición de él. Parece como si el legislador quisiera que el precio se consignase y sea el consignante quien entregue el precio al titular. Pero no se ve por qué no se puede pagar directamente al titular.

Cita Díez Soto¹⁴² la STS 3 abril 1981¹⁴³ como que al parecer se pronuncia en el sentido de que el contrato entre propietario y tercero es ineficaz relativamente. Se trataba de un derecho de retracto voluntario, en que el retrayente pide la nulidad de la compraventa entre propietario y tercero. El TS accede al retracto, pero entiende que no hay nulidad de la venta, pues en ella concurren todos los requisitos para la validez, sino que dicho contrato está supeditado en su efica-

¹⁴⁰ *Opción...*, p. 213.

¹⁴¹ *Opción...*, pp. 231, al final, y 232.

¹⁴² *Notas...*, p. 1728, nota (65).

¹⁴³ Aranzadi 1477.

cia al no ejercicio del derecho de adquisición preferente. La S sólo dice que el contrato devendrá ineficaz como consecuencia del ejercicio del retracto, pero no dice que se trate de una ineficacia relativa, puede entenderse que la considera absoluta, frente a todos. En otro pasaje dice la sentencia que la preferencia adquisitiva concedida es el medio posibilitador de sustituir el tercero a quien se da preferencia al que, en su caso, resulte comprador. Parece que alude a la subrogación que propiamente sería incompatible con que el contrato entre propietario y tercero deviene ineficaz.

g) *Modo de operar la adquisición por el retrayente si entendemos que hay subrogación*

Ciertamente que si queremos ser coherentes con la subrogación, no conviene a ésta que sea el retraído quien celebre un contrato de compraventa con el retrayente, que es lo que vemos que sucede generalmente en la jurisprudencia que condena al retraído a otorgar escritura de compraventa a favor del retrayente, pues, entonces, si el retrayente sufre evicción tendrá que dirigirse contra su vendedor, el retraído. Como dice Laurent¹⁴⁴, refiriéndose al retracto entre los coherederos del art. 841 del *Code*, el retracto no es una nueva venta que el cesionario hace al retrayente, no hay una convención entre el retrayente y el cesionario retraído. Y, en nuestra opinión –siguiendo a la de Díez Soto, ya expuesta anteriormente– el retrayente se pone en lugar del retraído sustituyéndole en la posición jurídica obligatoria derivada del contrato de compraventa, al menos en el lado activo, pero también en la titularidad del bien. Sucedería algo similar a lo que sucede en la sucesión *mortis causa*: el heredero deviene propietario de los bienes de la herencia y detenta el mismo título de propiedad que el causante; si el causante había adquirido un bien por compraventa, el heredero será comprador de ese bien y podrá dirigir contra quien vendió el bien al causante las acciones que asisten al comprador. Pothier¹⁴⁵, refiriéndose al retracto feudal, dice que se reputa que el señor ha comprado el feudo de quien lo ha vendido.

La doctrina francesa, que admite la subrogación, ha sentido la necesidad de considerar que el retraído no ha sido nunca propietario, para lo cual concede efectos retroactivos al retracto¹⁴⁶. Seguramente porque piensa que si el comprador retraído ha sido propietario no queda más remedio que decir que el retrayente adquiere del comprador retraído. También así explica que los gravámenes impuestos por

¹⁴⁴ *Principes de Droit Civil Français*, t. X, Paris-Bruxelles, 1874, p. 404.

¹⁴⁵ *Oeuvres*, t. XV, Paris, 1825, p. 193.

¹⁴⁶ LAURENT (*Principes...*, t. X, Paris-Bruxelles, 1874, p. 406): *S'il est vrai que le retrait n'est pas une mutation, il faut être logique et admettre qu'il rétroagit.*

el retraído se extinguen¹⁴⁷. Sin embargo, si admitimos la subrogación en la titularidad de la propiedad y consideramos que la extinción de los gravámenes impuestos por el retraído es consecuencia de la protección que la ley dispensa al retrayente para que su derecho sea efectivo, no es necesario acudir al expediente de la retroacción.

Si se admite que en el retracto hay subrogación, sería impropio que el demandante, al ejercer la acción de retracto, pidiera que se condenara al retraído a otorgar escritura de venta a favor del retrayente. Una posibilidad sería entender que el demandante tendría que pedir que se condenase al retraído a otorgar escritura de subrogación. Pero, como observa Díez Soto¹⁴⁸ para los retractos legales, declarada por el retrayente la voluntad de ejercitar el retracto y habiendo cumplido los requisitos legales, la subrogación se produce *ope legis*¹⁴⁹, y no en virtud de la actuación de los otros interesados en la operación, que quedan sujetos a sus consecuencias, por lo que no es correcto afirmar que el comprador está obligado a subrogar al retrayente en la finca retraída, a ceder sus derechos al retrayente o —a otorgar escritura pública de cesión o subrogación —y mucho menos de venta— a favor de éste¹⁵⁰. Desde este punto de vista, la solución adecuada es la de la ya citada STS 1 octubre 2007¹⁵¹ cuyo fallo consiste en declarar el derecho de retracto del demandante, subrogándose en el lugar de los compradores demandados. Obsérvese que, entonces, el retrayente adquirirá la propiedad automáticamente, al ejercer el retracto. Coincidimos, pues, con Del Pozo-Vaquero y Bosch en la adquisición automática de la propiedad por el retrayente, pero por diversos motivos. Para ellos porque, aunque el retrayente adquiere del retraído, esta adquisición no opera a través del sistema contrato (entre retrayente y retraído) y tradición, sino a través del ejercicio del derecho real de adquisición. Para nosotros porque el retrayente se subroga en la titularidad real del retraído.

¹⁴⁷ LAURENT (*Principes...*, t. X..., p. 406): *On admet que le retrayé est considéré comme n'ayant jamais été acheteur, et que le retrayant est considéré comme l'ayant toujours été. Voilà bien la rétroactivité. On en conclut que les droits de servitude et d'hypothèque consentis par le retrayé tombent, même abstraction faite du principe de l'article 883.* POTHIER no acude al expediente de la retroactividad y explica que no afectan al retrayente las cargas impuestas por el retraído por el hecho de que como se reputa comprador del vendedor y no del retraído no le pueden afectar las cargas impuestas por quien no es su vendedor (*Oeuvres*, t. XV, Paris, 1825, p. 194).

¹⁴⁸ *Ejercicio y efectos...*, pp. 185, al final, y 186.

¹⁴⁹ Quizás se pueda decir que la subrogación se produce en virtud de la declaración de voluntad del retrayente, pero es la ley la que, presupuesta dicha declaración de voluntad, impone dicha subrogación.

¹⁵⁰ Ya LAURENT (*Principes...*, t. X..., p. 404) explicaba que *c'est la loi qui tient lieu de contrat, en permettant à l'héritier de se mettre à la place du cessionnaire; il suffit pour cela d'une simple manifestation de volonté du retrayant; le consentement du cessionnaire n'est pas requis...*

¹⁵¹ Aranzadi 5312.

Cuestión distinta es la de la inscripción del dominio a favor del retrayente ¿Se podría inscribir con base en la sentencia de retracto? La dificultad está en que al Registrador le habría de constar que el retrayente ha pagado el precio y, en su caso, todos los demás gastos que debe abonar al retraído. La sentencia anterior advierte en el fallo que el retrayente ha de pagar el precio de la venta, los gastos del contrato u otro pago legítimo hecho para la venta, así como los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida. Si en ejecución de sentencia se procede a dicho pago y por resolución judicial se hace constar que el retrayente ha satisfecho al retraído todas las cantidades que le debía, la sentencia, acompañada de esta resolución judicial, sería documento apto para inscribir el derecho a favor del retrayente. Si el retraído se aviene voluntariamente al retracto, para inscribir el dominio a favor del retrayente sería necesario que constase en escritura pública la declaración de voluntad del retrayente de ejercer el retracto y la declaración de voluntad del retraído de estar conforme con el ejercicio del retracto. Pero, probablemente, al Registrador le habría de constar que el retracto se ha ejercido conforme a derecho por lo que le tendría que constar que el retrayente ha emitido la declaración de voluntad de ejercer el retracto dentro del plazo legal. En cuanto a la constancia de que el retrayente ha pagado el precio y abonado los gastos pertinentes, podría pensarse que basta al Registrador con la declaración de voluntad del retraído de haberlos recibido y no tendría que tener constancia de si realmente se han efectuado esos pagos: el retraído puede renunciar al cobro del precio. Pero lo que sucede es que si el retrayente no paga el precio, realmente parece que el retrayente adquiere el bien por donación simulada¹⁵² y no como consecuencia del ejercicio del retracto. Esto no tendría importancia si el retraído no ha enajenado el bien o ha impuesto algún gravamen sobre el mismo, pero si lo ha hecho, como el ejercicio del retracto afecta a esa enajenación o gravamen, el Registrador tendría que tener constancia de que el retrayente ha pagado el precio. Pero aunque delante del notario el retrayente pagara al retraído el precio, a la salida del notario el retraído puede devolver el precio al retrayente, por lo que no parece que sea útil que el Registrador compruebe que la declaración de voluntad del retraído de haber recibido el precio corresponde a la realidad.

Si el retraído se aviene al ejercicio de retracto, pienso que para inscribir la propiedad a nombre del retrayente, partiendo de que hay subrogación, que se produce *ope legis* por el ejercicio del retracto, lo propio es que el primero en escritura pública consintiese el ejercicio del retracto, mejor que otorgar escritura pública de subrogación, pues la subrogación ya se ha producido anteriormente *ope legis*. Si la adqui-

¹⁵² No vamos a entrar en el problema de la validez de esta donación.

sición del retraído consta en el Registro, en el que figurará también el precio de adquisición, si el retrayente emite su declaración de voluntad de ejercer el retracto en escritura pública, que es notificada notarialmente al retraído dentro de plazo y consigna el precio notarial o judicialmente a disposición del retraído, en el CCC, como el retracto voluntario ha de estar inscrito en el Registro y como sólo exige para el ejercicio del retracto el pago del precio y no el abono de los gastos a que se refiere el art. 1518 CC, se podría defender que, sin la colaboración del retraído, el retrayente podría inscribir el dominio a su nombre. Mas si, como hemos visto, el CCC y la DGRN sólo admiten esto para la opción si se pacta el ejercicio unilateral, tampoco será posible a no ser que se pacte el ejercicio unilateral en el retracto, pacto sólo considerado expresamente en el CCC en la opción, pero que, en mi opinión, no hay obstáculo para admitirlo también en el retracto.

5.2.3 EFECTOS DEL RETRACTO CUANDO EL PRIMER COMPRADOR, ANTES DE SU EJERCICIO, HA TRASMITIDO LA PROPIEDAD A UN SUBADQUIRENTE

No será un supuesto que en la práctica se dé con frecuencia (aunque puede darse y se da), pues, dados los breves plazos de ejercicio del retracto, al primer adquirente le será difícil encontrar un comprador en este período de tiempo. En efecto, el plazo de ejercicio del retracto voluntario es tres meses si no se ha pactado plazo (art. 568-12 CCC). En cuanto a los retractos legales, los plazos de ejercicio son de tres meses para el retracto de comuneros (522-4.2), del nudo propietario (art. 561-10.3), del propietario gravado con un derecho de aprovechamiento parcial (art. 563-4), del censatario (565-24.2); dos meses para el retracto de colindantes (568-19.1). En el caso de la tornería –el plazo de ejercicio es un año y un día (art. 568-24.1)– y en el caso de retracto voluntario en que se pacte un plazo de ejercicio amplio será más fácil que el primer adquirente encuentre un comprador.

Para el retracto voluntario, como el CCC (art. 568-2.1) exige la inscripción constitutiva de los derechos voluntarios reales de adquisición en el Registro de la Propiedad, los subadquirentes se verán afectados por el ejercicio del retracto sin que se presente una colisión con el art. 34 LH. En el caso de retractos legales, que no son inscribibles en el Registro de la Propiedad, los que adquirieron la propiedad del primer adquirente (o adquirieron un derecho real en cosa ajena) no pueden invocar la protección del art. 34 LH, pues su art. 37.3.^a permite que, excepcionalmente, las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias se den contra tercero, aunque haya inscrito su derecho, si se trata de las acciones de retracto legal. Es decir, aunque en el Registro no

conste la causa de la resolución, ésta perjudicará al tercero, pues se entiende que el retracto es un límite legal del dominio impuesto por la ley y que goza de la publicidad que le da la misma ley y, por tanto, no puede ser desconocido por terceros. En este sentido podemos citar la STS 27 septiembre 1962 para el retracto arrendaticio rústico¹⁵³ y la SAP Huesca 17 mayo 1999 para el retracto de colindantes del CC¹⁵⁴.

El legislador catalán no ha considerado este supuesto, quizás, por entender que es marginal. Sin embargo, si hubiera establecido algunas reglas, se habrían evitado los problemas que seguramente aparecerán –los veremos a continuación– cuando se dé dicho supuesto.

A) *Si estimamos que hay subrogación*

A.1) Subrogación en la primera adquisición y resolución de las adquisiciones posteriores

Siendo coherentes con el principio de la subrogación, el retrayente se subrogaría en el primer contrato, el que dio lugar al ejerci-

¹⁵³ El retraído, después de que el retrayente interpusiera la acción de retracto, enajenó las fincas objeto del retracto a terceros. El retrayente, en el juicio de retracto, obtuvo sentencia favorable. Después tuvo que iniciar otro proceso pidiendo la ineficacia de las enajenaciones realizadas por el retraído y la cancelación de las inscripciones registrales a favor de los adquirentes ya que como el juicio de retracto sólo se había seguido contra el retraído, no podían emitirse estos pronunciamientos en perjuicio de quienes no habían intervenido en el proceso. El TS afirma: *Que el retracto legal... integra una delimitación o restricción de las facultades dominicales estatuidas por la Ley... con una publicidad impuesta por la misma Ley que lo crea y de ahí que el art. 37 de la Ley Hipotecaria en su número 3.º admite puedan prosperar las demandas de retracto legal... aún frente a terceros que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos... es decir, que en estos supuestos no por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Y más adelante continúa: las transmisiones cuya resolución se acuerda en la sentencia recurrida y consiguiente nulidad de las inscripciones registrales, trae causa... de una limitación de las facultades dominicales que afecta a todos los sucesores en la titularidad y que resuelto el derecho del primer adquirente, lo es también en consecuencia el de los posteriores, pues lo contrario abriría camino para mediante sucesivas transmisiones dilatar o burlar el derecho de los arrendatarios retrayentes...* (Aranzadi 3393).

¹⁵⁴ El retraído había constituido una hipoteca y el retrayente en el juicio de retracto demanda también al acreedor hipotecario solicitando la cancelación de la hipoteca. La Audiencia estima la acción de retracto la cancelación de la hipoteca y argumenta: *como exponen las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1954 (Aranzadi 1993), 8 de junio de 1956 (Aranzadi 2475) y 27 de septiembre de 1962 (Aranzadi 3393), a diferencia de lo dispuesto para el retracto convencional, el retracto legal se desenvuelve fuera del ámbito de la Legislación hipotecaria con una publicidad impuesta por la misma Ley que la crea y de ahí que el art. 37.3.º de la Ley Hipotecaria admite que pueden prosperar las demandas de retracto legal aun frente a terceros que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos, es decir que en estos supuestos no opera el art. 34 de la Ley Hipotecaria... De tal modo que como señala la Resolución de la Dirección General de Registros, de 29 de octubre de 1946, el derecho de retracto legal, como limitación de dominio, obra siempre con la máxima eficacia, dándose contra todo tercer adquirente, aunque no conste en el registro la causa de resolución del derecho y, en consecuencia, enerva el principio de fides pública y las enérgicas defensas que la inscripción lleva consigo para todo titular inscrito que reúna los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria. En consecuencia el Banco..., titular de la hipoteca constituida por... (el retraído) sobre la finca retraída, no tiene la consideración de tercero hipotecario, por lo que procede la eliminación de la carga hipotecaria que pesa sobre la misma (Aranzadi Civil 1379).*

cio del retracto. Así las acciones derivadas del contrato de compraventa las habrá de ejercitar el retrayente frente al vendedor propietario originario del bien, lo cual resulta equitativo, pues fue él quien provocó, con su venta a un tercero, el retracto. El problema es si los contratos posteriores quedan resueltos o no. Si no quedan resueltos, es difícil explicar cómo adquiere la propiedad el retrayente. Si quedan resueltos, el primer comprador readquiere la propiedad del bien y el retrayente se subroga también en la titularidad real. Si no quedan resueltos, ¿se podría mantener que el retrayente se subroga sólo en la titularidad real del último subadquirente? La disociación entre la subrogación obligacional (en la posición contractual del primer comprador) y la real (en la titularidad del último adquirente) no resulta satisfactoria. En el supuesto de que hubiera sólo un comprador, decíamos que el retrayente se subroga en la titularidad real y en la posición contractual del comprador, pero que adquiriría del vendedor, vía contractual, pues así es como había adquirido el comprador en cuya posición se subroga. En el supuesto de adquisiciones sucesivas, si admitimos la subrogación sólo en la posición contractual del primer comprador no en la titularidad real, que ya no tiene, pues negamos la resolución de las adquisiciones posteriores, se hace difícil explicar que el retrayente adquiera del propietario originario y si no adquiere del propietario originario parece contradictorio con que pueda dirigirse contra él ejercitando las acciones de un comprador contra su vendedor. Por eso, si se parte de la subrogación, en mi opinión, es preferible entender que los contratos posteriores con subadquirentes quedan resueltos.

La STS ya citada de 13 marzo 1912¹⁵⁵ configura los efectos del retracto como hemos expuesto en el párrafo anterior en un supuesto en que a la adquisición de los primeros compradores siguieron tres más. El retrayente interpuso demanda contra los primeros compradores y el primer subadquirente, solicitando que se condenase a los primeros compradores a que consintieran que el retrayente se subrogase en su lugar con las mismas condiciones estipuladas en el contrato que los demandados celebraron con el propietario originario y que se dejara sin efecto la enajenación efectuada al primer subadquirente y se otorgase a favor del actor la correspondiente escritura de retroventa¹⁵⁶. Posteriormente amplió la demanda al segundo y tercer subadquirentes solicitando la rescisión o resolución de su respectiva adquisición¹⁵⁷. El juez de primera instancia declaró haber lugar al retracto, condenando a los subadquirentes a dejar sin efecto sus respectivos

¹⁵⁵ C, t. 123, núm. 97, pp. 790 ss.

¹⁵⁶ Resultando 2.º, pp. 792, al final, y 793.

¹⁵⁷ Resultandos 3.º y 6.º, pp. 793 y 794, respectivamente.

contratos de adquisición y al primer comprador a otorgar la correspondiente escritura de subrogación¹⁵⁸. La Audiencia revocó la sentencia, pero el TS casó la sentencia de la Audiencia. El TS argumenta: *ejercitada la acción de retracto... no sólo contra el primitivo comprador sino también contra los sucesivos adquirentes... debía prosperar la acción, pues... tiene aquella por objeto adquirir la propiedad de una finca vendida por el primitivo dueño a un tercero, adquisición que no puede lograrse sino de quien la tenga en su poder y dirigiendo conjunta y sucesivamente la acción contra los que por enajenaciones posteriores hubiesen adquirido la finca objeto del retracto, único medio de obtener la rescisión de las sucesivas transmisiones...* También otras sentencias afirman que las ventas posteriores quedan sin efecto en virtud del retracto, aunque son afirmaciones *obiter dicta*¹⁵⁹.

Díez Soto que, como hemos visto, admite el efecto subrogatorio, en los supuestos de sucesivas adquisiciones también considera que se produce la subrogación en el lugar del primer comprador¹⁶⁰, pero entiende que *el ejercicio del retracto no afecta para nada a la validez y eficacia de los respectivos contratos y a las correspondientes posiciones contractuales de los subadquirentes que, precisamente por ello –y a diferencia de lo que sucede con el primer comprador– dispondrán de las correspondientes acciones contractuales contra sus respectivos transmitentes*¹⁶¹. Añade que el retrayente, si conoce que el propietario actual es un subadquirente, lo ha de demandar, pues *la*

¹⁵⁸ Resultando 8.º p. 796.

¹⁵⁹ STS 27 abril 1967 (Aranzadi 2034): *tales ventas posteriores no son nulas y tuvieron eficacia, aunque queden sin efecto en virtud del retracto*. En el caso considerado por esta sentencia, en un procedimiento anterior el retrayente había demandado sólo al primer comprador y había obtenido sentencia favorable de retracto (se supone que porque ignoraba las posteriores transmisiones, porque, si no, el TS hubiera estimado falta de litis consorcio pasivo necesario) y se supone que la sentencia, como es lo habitual, condenaría al demandado a otorgar escritura de venta a favor del retrayente. Pero como resultaba que los que adquirieron del primer comprador, retraído, habían inscrito sus adquisiciones en el Registro, la escritura otorgada por el retraído no era inscribible en el Registro. Entonces el retrayente inicia un nuevo proceso para resolver las adquisiciones posteriores, cancelar las correspondientes inscripciones, y, conseguir así, la inscripción de la escritura de venta del retraído a favor del retrayente en el Registro: *la resolución de las posteriores enajenaciones, que en el proceso actual se combaten, está determinada pro la ejecutoriedad de la referida sentencia, no siendo otra su finalidad que la de presupuesto el ejercicio y estimación de aquella demanda resolver los contratos posteriores y cancelar las inscripciones que causaron... y que dificultan la inscripción del título del actor...* Si el retrayente, en el juicio de retracto, hubiera demandado a todos los subadquirentes, no sabemos en que términos se hubiera pronunciado el TS. STS 9 mayo 1956 (Aranzadi 2686): *por no ser posible dejar sin efecto la segunda y sucesivas enajenaciones, en su caso, sin la concurrencia en el juicio del adquirente en cuyo poder se halla de derecho la finca que se reclama*. En el presente caso, el retrayente sólo había demandado al primer comprador y el TS desestima la acción de retracto pues cuando el demandante la ejercitó, la finca ya no era propiedad del demandado.

¹⁶⁰ El ejercicio del retracto implica la subrogación del retrayente en los derechos y acciones que del contrato original hubieran derivado a favor del primer comprador (*Ejercicios y efectos...*, p. 125).

¹⁶¹ *Ejercicios y efectos...*, p. 121.

*sentencia estimatoria de la acción de retracto viene a declarar, en favor del retrayente, una titularidad incompatible con la de quienes ostentan derechos actuales sobre la cosa*¹⁶². Pero no se plantea el problema, que acabamos de plantear, de que si el primer comprador, en cuya posición contractual se subroga, ya no es el propietario, es difícil explicar que adquiera del vendedor y por tanto que pueda interponer contra él las acciones que corresponden al comprador.

Hay que admitir que la resolución de los contratos posteriores es una solución más complicada, pues si los sucesivos adquirentes han inscrito su derecho en el Registro, se tendrá que pedir la cancelación de sus inscripciones. Mientras que si no se consideran resueltos y el retrayente adquiere del último adquirente, no se ha de pedir la cancelación de ninguna inscripción anterior.

La resolución de los contratos posteriores también presenta un inconveniente. Si se resuelven los contratos posteriores parece que se priva a los subadquirentes de la posibilidad de ejercer las acciones derivadas de su contrato de compraventa (por ejemplo, saneamiento por vicios ocultos o gravámenes ocultos). Imaginemos que hay dos subadquirentes. El primer comprador, cuya adquisición desencadenó el retracto, vende al primer subadquirente con un gravamen oculto a un precio de 75. Una vez celebrada la venta se descubre el gravamen por lo que el primer subadquirente ha de vender al segundo a un precio inferior, 70. El primer subadquirente puede demandar a su vendedor pidiendo el saneamiento por gravámenes ocultos. Pero si antes de interponer la acción, el retrayente ejerce el retracto y se considera que las adquisiciones posteriores se resuelven, nos podemos cuestionar que el primer subadquirente pueda demandar a su vendedor. La respuesta negativa parece que es la correcta si la resolución opera con efectos retroactivos, pues entonces se entiende que nunca ha sido comprador. Pero si la resolución opera *ex nunc*, no veo que no pueda demandar a su vendedor, pues ha sido y continúa siendo comprador. Si un comprador vende, no por eso queda impedido de interponer las acciones derivadas de su contrato, pues continúa siendo comprador¹⁶³. Si se considera que la resolución opera con efectos *ex tunc*, la única vía por la que el subadquirente se puede dirigir contra el primer adquirente será la del enriquecimiento injusto.

Coca objeta a la tesis de la subrogación, más exactamente, de la subrogación retroactiva, que dicha tesis no funciona en el supuesto de

¹⁶² *Ejercicios y efectos...*, p. 125.

¹⁶³ Si en el ejemplo anterior, al vender el primer subadquirente al segundo, siguiera inadvertido el gravamen oculto y el primer subadquirente hubiera podido vender a 80, en vez de a 70, y después de esta venta se hubiera descubierto el gravamen oculto, se plantea si el primer subadquirente se puede dirigir contra su comprador pidiendo el saneamiento, pues experimentaría un enriquecimiento injustificado. Se puede alegar, a favor de la afirmativa, que el primer subadquirente corre el riesgo de que le demande su comprador.

que el primer comprador haya enajenado el bien a un tercero. Estima que se acude a la teoría de la subrogación para evitar que el retracto provoque la rescisión o la anulación de un contrato y se acaba llegando a esa misma resolución o anulación respecto a todos los negocios posteriores al primero. Mas pienso que a la teoría de la subrogación no se acude por el motivo señalado por Coca, sino para permitir que el retrayente interponga las acciones derivadas de la compraventa frente al propietario vendedor y no frente al comprador retraído. Por otro lado, Coca cuestiona la utilidad de la subrogación frente a un sujeto que no tiene en su poder el objeto de la venta, situación que se produce tanto si el retraído no enajena el bien, como si lo enajena a un tercero. La utilidad de la subrogación estriba en lo que hemos dicho antes, que las acciones derivadas del contrato de compraventa se interpongan entre retrayente y propietario del bien objeto del retracto. Como también hemos dicho, el retrayente podrá exigir la entrega del bien del último adquirente, bien en virtud del derecho de retracto (dicho derecho comprende la facultad de exigir la entrega de la cosa al último adquirente), bien en su cualidad de propietario (interponiendo la reivindicatoria).

A.2) Legitimación pasiva de la acción de retracto según esta teoría

1) Subadquirente propietario actual

Está claro que la acción de retracto se habrá de dirigir contra el subadquirente, propietario actual, pues, se le priva de la propiedad de la cosa. En cuanto que se le haya de demandar por quedar ineficaz su contrato, véase lo que decimos al tratar de los subadquirentes.

2) Primer comprador

Al primer comprador también se le habrá de demandar, pues readquirirá la propiedad y como consecuencia del retracto se verá privado de la propiedad y será él quien, en su caso, haya de intervenir cuando sea necesario formalizar la adquisición a favor del retrayente. En cuanto a que se le deba demandar por quedar sustituido por el retrayente en su posición de comprador, nos remitimos a lo ya expuesto al hablar de la legitimación pasiva en el supuesto más frecuente de que no haya subadquirente.

3) Los subadquirentes por razón de que su adquisición deviene ineficaz

Que se haya de demandar a todos los subadquirentes porque su contrato quedará ineficaz (también quedará ineficaz el contrato del último subadquirente, aunque a éste ya vimos que se le había de demandar por ser el propietario actual de la cosa) es la solución que

parece correcta desde un punto de vista teórico, pues el juez no puede dejar ineficaz un contrato sin que sean parte en el juicio los contratantes. Pero nos podemos preguntar en qué les afecta en la práctica que su contrato quede ineficaz. Al subadquirente propietario actual lo que le afecta es verse privado de la cosa, que se declare ineficaz o no el contrato de compraventa por el que adquirió no parece que le afecte. Igualmente si hay dos subadquirentes, al primero parece que en la práctica no le afecta que se declare ineficaz su contrato. El ya compró y ya vendió. Pero, como hemos dicho antes, sí les afecta prácticamente que su contrato se declare ineficaz en un aspecto: si se dice que la ineficacia opera *ex tunc* (en nuestra opinión la ineficacia opera *ex nunc*) se les priva de ejercitar las acciones que corresponden al comprador contra su vendedor (saneamiento, defectos de cabida). Ante la eventualidad de que el juez considere que la ineficacia opera *ex tunc*, se les ha de demandar para poder defender que opera *ex nunc*.

4) El propietario originario

En cuanto al propietario originario del bien, como también hemos dicho al tratar del supuesto normal de una sola enajenación, se le debería demandar si el retrayente deviene deudor porque el primer comprador quedó obligado frente al primero.

5) Se habrá de demandar a los anteriores en cuanto que les afecten las decisiones que ha de contener la sentencia estimatoria del retracto sobre el precio que el retrayente ha de pagar

Según lo expuesto anteriormente, ya resulta que se ha de demandar a todos los adquirentes (primer comprador, cuya adquisición provocó el ejercicio del retracto, y subadquirentes), pero si las decisiones que la sentencia estimatoria del retracto ha de contener sobre el precio del retracto, afectan a los adquirentes sucesivos, habrá otro motivo para demandarles, aunque la búsqueda de un motivo adicional para demandarles sea una cuestión teórica. Trataremos esta cuestión más adelante.

B) Si estimamos que el último adquirente ha de transmitir la propiedad al retrayente

B.1) El ejercicio del retracto no resuelve ninguna adquisición y el retrayente ejerce su derecho frente al último subadquirente

Las adquisiciones posteriores, también la del primer comprador, quedan incólumes y fundamentan que el retrayente ejerza su derecho

frente al último subadquirente. Esta es la postura mayoritaria de la jurisprudencia, mantenida por algunos autores¹⁶⁴, aunque otros opinan que el ejercicio del retracto resuelve las adquisiciones posteriores¹⁶⁵. La STS 27 febrero 1954, en un supuesto en que el primer comprador había enajenado la cosa a un subadquirente y en el que el retrayente había demandado a ambos, condenó al segundo a que otorgara la escritura de compraventa a favor del retrayente, no declaró ineficaz la segunda enajenación ni condenó, en consecuencia, a otorgar la escritura al primer adquirente¹⁶⁶. La jurisprudencia exige dirigir la acción de retracto contra el propietario actual (también exige que se dirija contra los adquirentes anteriores, como veremos) porque la acción de retracto es una acción real que se dirige contra quien tenga la cosa ya que ha de ser éste quien otorgue la escritura a favor del retrayente, pues el primer adquirente perdió la propiedad de aquella y, por tanto, no puede transmitírsela¹⁶⁷. Si la acción de retracto resolviera las enajenaciones ulteriores, el último adquirente dejaría de ser propietario de la cosa y el primer adquirente la readquiriría, con la consecuencia de que no sería el último adquirente quien tendría que otorgar escritura a favor del retrayente, sino el primero.

B.2) Legitimación pasiva según el TS

El TS entiende que no sólo se ha de demandar al último adquirente, sino también a todos los anteriores¹⁶⁸ y cuando no se hace

¹⁶⁴ Ya vimos que Díez SOTO, aunque mantiene la subrogación en el lugar del primer comprador, opina que los contratos de los subadquirentes no se resuelven (*Ejercicios y efectos...*, p. 121).

¹⁶⁵ GARCÍA CANTERO (*Comentarios...*, p. 588): *En los casos normales en que sólo ha habido una única transmisión, no parece que puede hablarse propiamente de resolución de la c.v.; otra cosa sucede cuando el adquirente la enajenó a su vez... en estos casos, los ulteriores adquirentes no sólo pierden la cosa sino que ven resuelto el contrato que habían celebrado con el primer adquirente.*

¹⁶⁶ Se trataba de un retracto de colindantes. Por escritura pública de 27 mayo 1947 otorgada por el Juez, como consecuencia de un juicio ejecutivo CCM adquirió una finca. TMG, colindante, ejercitó acción de retracto contra el adquirente (Resultando 1.º). Posteriormente, amplió la demanda contra FRD que por escritura de permuta del mismo día 27 de mayo había adquirido la finca de CCM (Resultando 2.º). La Audiencia condena a los demandados a que reconozcan el derecho de retracto del demandante y a FRD a que otorgue escritura de venta (Resultando 5.º). El TS mantiene la condena de la Audiencia (JC, enero-febrero 1954, núm. 96, pp. 973 ss.; Aranzadi 981).

¹⁶⁷ STS 9 mayo 1956 (Aranzadi 2686): *puesto que el fin del retracto, como acción real que es... consiste en conseguir la propiedad de la finca disfrutada, ha de perseguirse ésta donde quiera que se halle, de manera que el último adquirente... sea obligado a otorgar la escritura pública de subrogación que el retracto exige...* STS 11 octubre 1905 (JC, t. 102, pp. 343 ss.); *dicha acción tiene fundamentalmente y esencialmente el carácter de real, puesto que el objeto es adquirir la propiedad de una finca vendida por el primitivo dueño a un tercero, adquisición que no puede lograrse sino de quien la tenga en su poder a título de dueño...*

¹⁶⁸ SSTS 7 julio 1995 (Aranzadi 5564), 24 mayo 1986 (Aranzadi 2821), 20 junio 1980 (Aranzadi 3079), 27 abril 1967 (Aranzadi 2034), 11 mayo 1965 (Aranzadi 2534),

así y el retrayente demanda sólo al primer adquirente, el TS aprecia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y, sin entrar en el fondo del asunto, absuelve al demandado¹⁶⁹. La jurisprudencia, presuponiendo que se ha de demandar al primer adquirente, se ocupa de explicar por qué se ha de demandar al último adquirente, pero no explica el porqué de demandar también al primer adquirente. Partiendo de la doctrina jurisprudencial según la cual la acción de retracto sólo se ha de dirigir contra el comprador retraído, pues es el único al que afecta la acción de retracto ya que el ejercicio del retracto no afecta para nada a la venta del propietario al comprador retraído (ni se resuelve, ni en ella se subroga el retrayente en la posición de comprador), parece que el retrayente sólo habrá de demandar al subadquirente, pues la acción, en principio, no afecta al primer adquirente. Esta es la solución que entiende correcta la STS 22 marzo 1956¹⁷⁰ aunque hay que precisar que se trata de un mero *obiter dicta*¹⁷¹ y que es una sentencia aislada. La cuestión está, como digo, en por qué demandar también al primer adquirente y subadquirentes intermedios, partiendo de las premisas expuestas anteriormente. Bello¹⁷² considera que es necesario dirigir la demanda contra el primer comprador puesto que su adquisición fue la que originó el ejercicio del retracto y, por ello, sus condiciones sirven de base a la pretendida subrogación del retrayente –*rectius*–, enajenación forzosa. Parece sugerir Bello que como será necesario fijar las condiciones de la primera adquisición, por ejemplo, precio o si éste fue aplazado, se habrá de demandar al primer adquirente, pero pienso que para ello no es necesario demandar al primer comprador. Si se necesita su intervención, puede citársele como testigo o pedir al juez que le exija la entrega del documento en que conste su adquisición. Así Díez-Picazo y Gullón no consideran fundamentado el litisconsorcio pasivo necesario ya que sólo el último adquirente es quien ha de soportar el retracto y no se resuelven las adqui-

9 mayo 1956 (Aranzadi 2686), 27 febrero 1954 (Aranzadi 981), 28 abril 1953 (Aranzadi 1959), 2 febrero 1949 (Aranzadi 249), 13 marzo 1912 (JC, t. 123, pp. 790 y ss.), 8 junio 1906 (JC, t. 104, pp. 538 y ss.), 11 octubre 1905 (JC, t. 102, pp. 343 ss.), 10 mayo 1904 (JC, t. 98, pp. 303 ss).

¹⁶⁹ De las sentencias citadas en la nota anterior, es el supuesto de las de 24 mayo 1986, 9 mayo 1956, 28 abril 1953, 2 febrero 1949, 8 junio 1906, 11 octubre 1905, 10 mayo 1904.

¹⁷⁰ *Nada supone en contra de esta teoría que haya que dirigir la acción de retracto en caso de ventas sucesivas no contra el primer adquirente... sino contra el que sea poseedor al entablarse el retracto* (Aranzadi 1528).

¹⁷¹ El TS desestimó la acción de retracto (se trataba de un retracto entre copartícipes en una comunidad hereditaria) porque el primer adquirente no era extraño a la comunidad, pues, antes, había adquirido unas participaciones en la comunidad y en relación con la enajenación del primer adquirente a un segundo adquirente, porque la acción ya había caducado.

¹⁷² *El retracto de comuneros y colindantes del Código civil*, Cizur Menor (Navarra, 2002), p. 180.

siones anteriores¹⁷³. Como expone acertadamente Díez Soto¹⁷⁴, en cuanto a los subadquirentes, *no creemos que, a efectos de considerar la relación procesal bien constituida, sea imprescindible dirigir la demanda... contra aquellos sujetos que, habiendo adquirido un derecho sobre la cosa con posterioridad a la celebración del contrato original, no tengan la condición de titulares o poseedores en el momento en que se ejercita el retracto... el ejercicio de éste no incide directamente en su posición jurídica... tales sujetos no van a ser en ningún caso los destinatarios del reembolso o consignación que haya de realizar el retrayente... carecen de titularidad o situación posesoria alguna... incompatible con el derecho del retrayente... el ejercicio del retracto no afecta nada a la subsistencia de los contratos que hayan dado lugar a las sucesivas transmisiones...* En conclusión, partiendo de la doctrina jurisprudencial según la cual la acción de retracto sólo se ha de dirigir contra el comprador retraído, pues es el único al que afecta la acción de retracto y que el ejercicio de retracto no afecta para nada a la venta del propietario al comprador retraído (ni se resuelve, ni en ella se subroga el retrayente en la posición de comprador), y aplicando dicha teoría al supuesto de que haya subadquirentes, parece que el retrayente sólo habrá de demandar al último subadquirente, pues la acción, en principio, sólo le afecta a él.

C) *Afectados por las decisiones que ha de contener la sentencia estimatoria del juicio de retracto sobre el precio del retracto*

Estudiaremos a continuación a quienes afectan las decisiones que ha de contener la sentencia estimatoria del juicio de retracto. Si afectan a todos los adquirentes (también primer comprador y subadquirentes intermedios) y partimos de que el ejercicio del retracto no conlleva la ineficacia de ninguna de las adquisiciones encontraremos un motivo que justifique la doctrina del TS que, partiendo de este presupuesto, exige que se demande a todos los adquirentes y no sólo al último. Si partimos de que el ejercicio del retracto conlleva la subrogación del retrayente en la primera adquisición y la ineficacia de las posteriores, añadiremos un motivo más para demandar a todos los adquirentes, a quienes vimos que ya se

¹⁷³ *Este litisconsorcio pasivo necesario no tiene un sólido fundamento, pues el retracto no resuelve ninguna transmisión. En puridad de principios, el último adquirente es el único que lo debe soportar como si hubiera sido el primitivo, sin perjuicio naturalmente de la evicción que le corresponda contra su transmitente. La demanda contra los anteriores no tiene objeto; no se van a resolver las transmisiones posteriores a la que causó el retracto, ni, en consecuencia, el primer adquirente va a ser el que ha de transmitir al retrayente (Sistema..., p. 515).*

¹⁷⁴ *Ejercicios y efectos...*, p. 122.

les había de demandar por otros motivos. Es cierto que si ya hemos encontrado motivos para demandar a los adquirentes sucesivos, no tiene transcendencia práctica encontrar nuevos motivos por los que se les haya de demandar.

C.1) Problemas que suscita el precio que el retrayente ha de pagar

Los problemas que suscita el precio que el retrayente ha de pagar son dos: a quién ha de pagarlo y su cuantía. En relación con el primero se suscita si ha de pagarlo al primer comprador o al último subadquirente y en relación con el segundo se suscita si ha de pagar el precio que pagó el primer comprador o el precio que pagó el último subadquirente. Y sea el que pagó el primer comprador, sea el que pagó el último subadquirente, se puede suscitarse si el precio es el expresado en el contrato o uno distinto, pues como dice la jurisprudencia se ha de pagar el precio real. En el contrato celebrado con el primer comprador se puede expresar tanto un precio inferior al real, para ahorrarse impuestos, como superior, para dificultar el retracto. En el contrato celebrado con el último subadquirente parece que sólo tiene sentido expresar un precio inferior al real, para ahorrarse impuestos.

C.2) El retrayente ha de demandar a quienes afecte la decisión de quien ha de recibir el precio del retracto, si el primer comprador o el último adquirente

Si la sentencia de retracto ha de determinar a quién ha de pagar el precio el retrayente, si al primer comprador o al último subadquirente, el retrayente, por este motivo, ha de demandar a quienes se vean afectados por esta decisión. En consecuencia estudiaremos si esta decisión afecta al primer comprador, último adquirente (los dos posibles destinatarios del precio del retracto) y si también afecta a los subadquirentes intermedios aunque no sean destinatarios del precio del retracto.

Si la ley dijera claramente, que no lo dice, quien tiene derecho de recibir el precio del retracto, por el motivo de determinar quién debe recibir el precio, me parece cuestionable que se haya de demandar a quien, según la ley, no se ha de pagar el precio. Demandar a quien la ley señalara como destinatario del precio, parece necesario, pues es dudoso que la sentencia pueda ordenar pagar el precio al designado por la ley si no ha sido parte en el juicio.

Si la ley no dice nada sobre el destinatario del precio del retracto, aunque hubiera una jurisprudencia consolidada al res-

pecto (bien en un sentido o en otro), pienso que se habría de demandar a todos los afectados por esta decisión, pues la jurisprudencia no es fuente de derecho y, por tanto, aunque mantenga hasta el momento una línea determinada, la pueda cambiar precisamente en el caso en que no se demanda a los afectados por la decisión de quién ha de recibir el precio del retracto. Por otro lado no se puede decir que haya jurisprudencia consolidada al respecto. En primer lugar, porque las sentencias que consideran el supuesto de hecho que tratamos son escasas. Y además hay contradicciones. La ya citada STS 13 marzo 1912¹⁷⁵, partiendo de que el ejercicio del retracto deja sin eficacia las subadquisiciones sucesivas, por lo que el primer comprador readquiere la propiedad, considera que éste ha de otorgar escritura a favor del retrayente y que asimismo a éste se ha de pagar el precio del retracto. Mientras que la también citada STS 27 febrero 1954¹⁷⁶, partiendo de que el ejercicio del retracto no deja ineficaz las subadquisiciones y que, por tanto, el último adquirente es quien ha de otorgar escritura a favor del retrayente, estima que es al último adquirente a quien se debe pagar el precio del retracto. Es cierto que estas dos sentencias parten de presupuestos distintos, pero el caso es que habrá pocas sentencias más en este sentido y por tanto no se puede hablar de jurisprudencia consolidada.

En nuestra opinión, partiendo de que el último adquirente ha de poder recuperar el precio que pagó, pues lo contrario sería injusto, el precio del retracto se ha de pagar a él, en lugar de al primer comprador, pues si se paga a éste, el último adquirente se verá obligado a entablar una reclamación para recuperar el precio que pagó, lo cual es contrario a la economía procesal y a la equidad.

Para determinar a quiénes afecta la decisión sobre el destinatario del precio del retracto debemos examinar previamente los reembolsos que se producen entre los adquirentes sucesivos como consecuencia del ejercicio del retracto. Los reembolsos entre los sucesivos adquirentes pueden no ser los mismos si se parte de una configuración o de otra, por lo que examinaremos las diferentes posibilidades.

1. Si el retrayente se subroga en el lugar del primer comprador y las subadquisiciones posteriores quedan ineficaces

Si se parte de la tesis de la subrogación del retrayente en el lugar del primer comprador y de la ineficacia de las subadquisiciones pos-

¹⁷⁵ JC, t. 123, núm. 97, pp. 790 ss.

¹⁷⁶ JC, enero-febrero 1954, núm. 96, pp. 973 ss.; Aranzadi 981.

teriores, parece que, como consecuencia de esta ineficacia, cada adquirente podrá pedir a su transmitente el reembolso del precio que pagó y el primer comprador, cuya adquisición desencadenó el ejercicio del retracto, recuperará el precio de su adquisición con el precio del retracto (pues el precio del retracto es el precio de su adquisición, como veremos más adelante), recibido directamente del retrayente, si se entiende que el precio del retracto se ha de pagar a él, o indirectamente, si se entiende que se ha de pagar al último adquirente. Supongamos las dos hipótesis posibles: que el precio del retracto se pague al primer comprador y que se pague al último adquirente. Si se paga al primer comprador y ha habido tres adquisiciones sucesivas, cuyos precios han sido 70 (el precio de la primer adquisición que desencadenó el ejercicio del retracto), 65, 80, el último subadquirente podrá reclamar a su transmitente, el subadquirente intermedio, 80 y éste al primer comprador 65 y el primer comprador, con el precio del retracto (que, como veremos, es el precio de la primera adquisición), 70, habrá recuperado el precio que pagó por su adquisición. Obsérvese que el segundo adquirente ha de desembolsar 80 y sólo recuperará 65, pero obtuvo un beneficio de 15 al vender por 80 el bien que compró por 65. Así los tres adquirentes se quedan en la misma situación que tendría de no haber adquirido el bien objeto del retracto. Si el precio del retracto se entrega al último adquirente, para llegar a la misma situación final, se tendrá que proceder así: el último adquirente sólo podrá reclamar a su transmitente el precio de su adquisición, menos el precio del retracto, es decir, 10. El subadquirente, de esta forma, sólo habrá de desembolsar 10, mientras que en la primera hipótesis (el precio del retracto se entrega al primer comprador) tenía que desembolsar 80, luego no podrá reclamar nada al primer adquirente. Además, en la primera hipótesis, el subadquirente tenía que desembolsar 80 para pagar al último adquirente el precio de la adquisición de éste y sólo podía recuperar 65 del primer adquirente, por lo que, al final, tenía que poner 15 de su patrimonio. Entonces, en la segunda hipótesis, el subadquirente no sólo no podrá reclamar nada al primer comprador sino que le habrá de reembolsar 5 y así, en total, tendrá que desembolsar 15, lo mismo que si el precio del retracto lo recibiese el primer comprador. El primer comprador, en la primera hipótesis, tenía que reembolsar 65 al segundo adquirente, el precio de su adquisición, y recibía 70, en concepto de precio del retracto, por lo que, al final, veía aumentado su patrimonio en 5. En la segunda hipótesis llegamos al mismo resultado, pues también ve aumentado su patrimonio en 5, pagados por el segundo adquirente. Siendo esto así, los subadquirentes (no sólo el último, sino también los intermedios) están interesados en que el precio del retracto se pague al último adquirente, pues las

cantidades que habrán de reclamar a su transmitente serán menores. Por tanto, se les habrá de demandar para que puedan alegar que el precio del retracto se ha de entregar al último adquirente y no al primer comprador. En el ejemplo que hemos puesto sólo hay un subadquirente intermedio, pero, en el caso de que hubiera más de un subadquirente intermedio, todos se verían afectados de la misma forma, pues, como consecuencia de quedar ineficaz su adquisición, todos pueden reclamar el precio de su adquisición a su transmitente. El primer comprador también está interesado en que el precio del retracto se le entregue a él, en lugar de al último adquirente, pues hasta que su adquirente no le reclame se puede beneficiar de los intereses y si no le llega a reclamar lo retendrá, pero estas razones no son atendibles, por lo que, por motivo de poder defender que el precio del retracto se le ha de entregar a él, me parece que no se le ha de demandar.

Si el precio del retracto es superior al de la última adquisición y se ha de entregar al primer comprador, el esquema expuesto anteriormente no varía. Supongamos que los precios de las adquisiciones son 70, 65, 60. El último subadquirente podrá pedir a su transmitente, el subadquirente intermedio, que le reembolse el precio de su adquisición, 60. Igualmente el subadquirente intermedio podrá pedir a su transmitente, el primer comprador, que le reembolse el precio de su adquisición, 65 (experimentará un beneficio de 5). Y el primer comprador recuperará con el precio del retracto el precio de su adquisición (también experimentará un beneficio de 5). Si el precio del retracto se ha de entregar al último adquirente, pueden suceder dos cosas: que el juez ordene que se pague toda la cuantía al último adquirente aunque exceda del precio de su adquisición o bien que se le pague el precio del retracto en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y el resto se entregue a los adquirentes anteriores. Si el juez ordena que se pague todo el precio al último adquirente, éste sólo podrá retener 60, pues, de lo contrario, se enriquecería injustamente. Como el último adquirente, con el precio del retracto, habrá recuperado el precio de su adquisición no podrá reclamar nada a su transmitente, el subadquirente intermedio. Este como no habrá de reembolsar los 60 al último adquirente, en vez de los 65 que podía reclamar a su transmitente, el primer comprador, de haber recibido éste el precio del retracto, sólo podrá reclamarle 5. Pero es más lógico que los 5 se los entregue el último adquirente con el remanente que queda del precio del retracto después de haber recuperado éste el precio de su adquisición. El primer comprador no tendrá que reembolsar nada a su adquirente, el subadquirente intermedio, y tendrá derecho a que el último subadquirente le entregue los 5 que aún quedan del remanente del precio del retracto. La otra

solución es que el juez ordene que el precio del retracto sólo se entregue al último adquirente en la cuantía necesaria para que recuperar el precio de su adquisición y el resto se entregue a los adquirentes anteriores en la medida que corresponda. Entonces los adquirentes anteriores al último están interesados en poder alegar que el juez ordene esto último, por lo que, por razón de poder defender que el precio del retracto se entregue al último adquirente sólo en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y el remanente a los adquirentes anteriores, se habrá de demandar a todos los adquirentes anteriores al último, tanto al primer comprador como a los subadquirentes intermedios. Aunque sólo se habrá de demandar, por este motivo, a los adquirentes anteriores al último que tengan derecho de recibir el remanente del precio del retracto. Si los precios de las adquisiciones fueran 70, 55, 60, el subadquirente intermedio no tendría derecho de que se le entregue ninguna parte del remanente de 10, sino que todo él iría al primer comprador que, además, podría exigir 5 al segundo adquirente.

Aquí se plantea un problema procesal que, partiendo de que el ejercicio del retracto conlleva la subrogación del retrayente en lugar del primer comprador y la ineficacia de las subadquisiciones, es teórico, porque ya vimos que se había de demandar a los adquirentes anteriores al último por razones diferentes de poder defender que la diferencia entre el precio del retracto y el precio de la última adquisición, en caso de ser el primero superior al último, se les entregue a ellos. Supongamos, como mero ejercicio intelectual, que el único motivo para demandar a los adquirentes anteriores es el expresado en el párrafo anterior. El juez, en el momento de decidir sobre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, en la audiencia previa al juicio, no tendrá, con seguridad, los datos suficientes para saber si el precio de la primera adquisición es superior al de la primera y, por tanto, se ha de demandar a los adquirentes anteriores al último. Puede ser que ni en la demanda ni en la contestación de la demanda consten los precios de ambas adquisiciones. Pero en el caso de que figuren y resulte que el precio de la primera adquisición no es superior al de la última, en realidad sea superior, por haberse expresado en la primera adquisición un precio inferior al real, lo cual sólo quedará claro después de la prueba, que es posterior a la audiencia previa. Entonces, el juez, ante la eventualidad de que sólo con posterioridad a la audiencia previa en la que ha de decidir si estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, aparezca claro si se había de demandar a los adquirentes anteriores al último por razón de poder alegar que, en caso de ser superior el precio de la primera

adquisición al de la última y se haya de entregar el precio del retracto al último adquirente, se entregue a éste no toda la cuantía del precio del retracto, sino la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y que el remanente se entregue a ellos, deberá apreciar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario si no se demanda a los adquirentes anteriores al último.

2. El ejercicio del retracto no conlleva la ineficacia de ninguna de las adquisiciones

2.1 Aplicación de las normas del saneamiento por evicción

Partiendo de que el ejercicio del retracto no afecta a la eficacia de las sucesivas adquisiciones y de que el último adquirente otorga escritura a favor del retrayente, hay quien entiende que el subadquirente sufre evicción y que, por tanto, procede aplicar las normas del saneamiento por evicción¹⁷⁷. Esto parece presuponer que el precio del retracto se entrega al primer comprador. Me parece más lógico que el precio del retracto se entregue al último adquirente. De todas formas, admitamos que, aun recibiendo el precio del retracto el último adquirente, son aplicables las normas del saneamiento por evicción.

Si aplicamos las normas del saneamiento por evicción, el último subadquirente podrá reclamar el precio de su adquisición a su transmitente. Veamos las dos posibilidades, que el precio del retracto se entrega al primer comprador y que se entregue al último adquirente. Supongamos cuatro adquisiciones sucesivas, cuyos precios son 70, 75, 65, 76. Si el precio del retracto (que es el precio de la primera adquisición) se entrega al primer comprador, el último adquirente podrá reclamar 76 a su transmitente. Pero resulta injusto que éste no pueda reclamar nada. Como no se le pueden aplicar las normas del saneamiento por evicción, pues él no sufre evicción, se habrá de acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto. Entonces, podrá dirigirse no contra su transmitente, sino contra el primer comprador, pues es quien, al recibir el precio del retracto, experimentaría un enriquecimiento injusto si pudiera retenerlo. ¿Pero qué cantidad podrá reclamarle? Si el primer com-

¹⁷⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema...*, p. 515): *En puridad de principios, el último adquirente es el único que lo debe soportar como si hubiera sido el primitivo, sin perjuicio naturalmente de la evicción que le corresponda contra su transmitente.* DÍEZ SOTO (*Ejercicios y efectos...*, p. 201): *En el caso de que el subadquirente sea privado de la cosa en virtud de la reclamación del retrayente, podrá exigir a su transmitente el saneamiento por evicción...*

prador se enriquece en 70, podrá reclamarle 70. Pero así el penúltimo adquirente ha tenido que desembolsar 76 para indemnizar el último adquirente y sólo recupera 70. No es justo que el penúltimo adquirente tenga que desembolsar algo de su patrimonio, mientras que el primer comprador no. Parece más equitativo que el segundo adquirente pueda reclamar al primer comprador 73 en vez de 70 y así los dos desembolsan 3 de su patrimonio. Entonces, quien no experimenta ninguna pérdida con el ejercicio del retracto es el último adquirente. Por otro lado los subadquirentes intermedios anteriores al penúltimo, en este caso, el segundo, no se ven afectados por el ejercicio del retracto, pues nadie les puede reclamar nada ni ellos reclamar nada. Si el precio del retracto (70) se paga al último adquirente éste lógicamente no tendrá que reclamar los 76 del precio de su adquisición a su transmitente, sino sólo 6, pues los restantes los recibe del retrayente. Y el penúltimo adquirente, partiendo de que se puede repartir esos 6 con el primer adquirente, ya no tendrá que reclamarle 73, sino sólo 3. Por tanto, se ha de demandar al último adquirente y al penúltimo adquirente para que puedan alegar que el precio del retracto se ha de entregar al último adquirente ya que así la cuantía de las reclamaciones que pueden hacer es mucho menor que si el precio del retracto se paga al primer comprador. Encontramos, pues, una razón, para demandar al subadquirente intermedio que sea el penúltimo, aunque el ejercicio del retracto no conlleve la ineficacia de su adquisición ni de su transmisión, que justificaría la exigencia del TS de demandar a los subadquirentes intermedios, pero sólo en cuanto al subadquirente penúltimo. En cambio, aunque al primer comprador tampoco le dé igual recibir el precio del retracto y luego desembolsar lo correspondiente que no recibirlo y tener que desembolsar menos cantidad, no por este motivo se le ha de demandar, pues las razones por las que no le da igual (obtener los intereses del precio del retracto mientras que no haya de reembolsar al penúltimo adquirente o retener el precio del retracto si éste no le reclama nada) no se pueden tener en cuenta.

Si el precio del retracto es superior al de la última adquisición, se introduce una variable. Imaginemos que los precios de las adquisiciones son 80, 75, 65, 76. El último adquirente podrá reclamar 76 a su transmitente, el penúltimo adquirente, y éste podrá reclamar al primer comprador, que recibe el precio del retracto, todos los 76 que ha tenido que desembolsar para indemnizar al último adquirente, pues el precio del retracto que recibe el primer comprador es superior a dicha cuantía. El primer comprador, aun después de pagar al penúltimo adquirente, se habrá enriquecido en 4. Es discu-

tible si es el único que tiene derecho a este remanente. Si se aplican las normas de la evicción, el último adquirente sólo tendrá derecho a recuperar el precio de su adquisición y no tendrá derecho a una cuantía superior. En el caso de que el precio de la última adquisición fuera superior al del retracto vimos que el último adquirente no padecía las consecuencias negativas, sino que también recuperaba todo el precio de su adquisición, luego tampoco tiene por qué beneficiarse de las consecuencias positivas. En cambio, como el penúltimo adquirente ha de soportar las consecuencias negativas que se derivan de que el precio del retracto sea inferior al de la última adquisición, se puede defender que también él, y no sólo el primer comprador, se beneficie de las consecuencias positivas y que el remanente se reparta entre los dos. De todas formas esto no afecta a lo que hemos dicho sobre la necesidad de demandar a los adquirentes en el párrafo anterior si el precio del retracto se ha de pagar al primer comprador. Pero si se ha de pagar al último adquirente, como éste sólo tiene derecho de recuperar el precio de su adquisición, se abre la posibilidad de que el juez determine que del precio del retracto sólo se le pague al último subadquirente la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y el resto se entregue al primer comprador y al penúltimo adquirente. Y, entonces, sí que encontramos una razón para demandar al primer comprador (aparte de al penúltimo adquirente), que justificaría la doctrina del TS según la cual al primer comprador también se le ha de demandar, aunque el ejercicio del retracto no conlleve la ineficacia de las adquisiciones anteriores a la última: se le ha de demandar para poder defender que, ante la eventualidad de que se decida que el precio del retracto se ha de pagar al último adquirente, sólo se le entregue en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y que parte del remanente se le entregue a él.

Aquí se plantea el problema procesal que ya hemos visto de que en el momento en que el juez ha de apreciar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario no sabrá con seguridad si el precio de la primera adquisición es superior al de la última y, por tanto se ha de demandar al primer comprador y penúltimo adquirente. Problema que es teórico si hay otros motivos para demandarlos. Si sólo hubiera motivo para demandar al primer comprador y penúltimo adquirente cuando el precio del retracto fuera superior al de la última adquisición, ya vimos que, aunque de la demanda y de la contestación de la demanda resultara que el precio el retracto es inferior al de la última adquisición, ante la eventualidad de que los precios reales de la primera y última adquisición no fueran los expresados en los contratos y, una vez fijados los precios reales, lo cual tendrá

lugar cuando se practique la prueba, momento posterior al momento en que procede pronunciarse sobre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, el juez debería apreciar dicha excepción si no son demandados el primer comprador y el penúltimo adquirente.

2.2 Aplicación de las normas del enriquecimiento injusto

Si aplicamos estas normas, ningún adquirente se debe enriquecer como consecuencia del ejercicio del retracto ni ninguno se debe empobrecer o todos se deben enriquecer o empobrecer en igual medida. No se trata de que los adquirentes se queden en la misma situación que tendrían de no haber adquirido el bien objeto del retracto, sino de que se queden en la misma situación que tendrían de no haberse ejercido el retracto. Si las sucesivas adquisiciones no quedan ineficaces como consecuencia del ejercicio del retracto, los sucesivos adquirentes no se han de haber afectados en el beneficio o pérdida que experimentaron al adquirir el bien objeto del retracto a un determinado precio y venderlo a otro superior o inferior. Pero esto sólo es posible cuando el precio del retracto es igual al de la última adquisición. Si el precio del retracto es inferior al de la última adquisición, habrá una diferencia negativa que se tendrá que repartir entre todos los adquirentes y si es superior, habrá una diferencia positiva que también se tendrá que repartir entre todos los adquirentes.

Supongamos cuatro adquisiciones sucesivas, cuyos precios son 70, 75, 65, 76. El último adquirente, con el precio del retracto, no podrá recuperar todo el precio de su adquisición. No es justo que sea el único que quede afectado negativamente por el ejercicio del retracto. Lo equitativo es que la diferencia entre el precio de la última adquisición y el del retracto se la repartan a partes iguales entre los cuatro adquirentes. Si el precio del retracto se paga al primer comprador, el último adquirente, para recuperar el precio de su adquisición, se tendrá que dirigir contra él, pues es quien se enriquecería injustamente si pudiera retener el precio del retracto. Le podrá reclamar 71.5 (70, del precio del retracto, más 1.5, resultado de distribuir la diferencia entre el precio de la última adquisición y el precio del retracto entre los cuatro adquirentes). Por otro lado, el último adquirente podrá reclamar 1.5 a cada uno de los subadquirentes intermedios. Si el precio del retracto se ha de pagar al último adquirente, éste sólo tendrá que reclamar 1.5 a cada uno de los adquirentes anteriores. Por tanto, en este caso, el único subadquirente que tiene interés en defender que el precio del retracto se ha de entregar al último adquirente y no al primer comprador es el

último adquirente y, por motivo de defender lo anterior, de entre los subadquirentes, sólo se le ha de demandar a él. A ninguno de los subadquirentes intermedios afecta que el precio del retracto se pague al primer comprador o al último adquirente y por motivo de poder defender lo pertinente al respecto, no se les ha de demandar. El primer comprador está interesado en que el precio del retracto se entregue a él, pues hasta que no se le reclame puede obtener intereses y si no se le reclama lo retendrá, pero estos motivos no son atendibles y no justifican que se le haya de demandar. De momento no encontramos una razón que justifique la doctrina del TS de que también se ha de demandar a los adquirentes anteriores al último.

Si el precio de la primera adquisición, y del retracto, es superior al de la última adquisición, se producirá una diferencia positiva que también se habrá de repartir entre todos los adquirentes. Si los precios de las adquisiciones sucesivas son 70, 65, 75, 58, el último adquirente recuperará, con el precio del retracto, el precio de su adquisición y aún quedará un remanente de 12 que se habrá de repartir entre los cuatro adquirentes. Si el precio del retracto se paga al primer comprador, vale lo expuesto en el párrafo anterior. Si se paga al último adquirente, los adquirentes anteriores pueden pretender que no se le pague todo el precio del retracto, sino sólo la parte del precio coincidente con el precio de su adquisición y el remanente se entregue a ellos en la cuantía correspondiente. Por tanto a los adquirentes anteriores al último (tanto al primer comprador como a los subadquirentes) se les ha de demandar para poder defender esta solución, pues no les es igual cobrar la cantidad del remanente a la que tiene derecho directamente del precio del retracto que tener que reclamarla al último adquirente. Aquí encontramos un motivo que justifica la exigencia del TS de demandar también a los adquirentes anteriores al último.

Según lo expuesto anteriormente, sólo hay razón para demandar a los adquirentes anteriores al último cuando el precio del retracto es superior al de la última adquisición, aunque veremos más adelante que también hay razón para demandarles por motivo de que puedan alegar lo pertinente sobre el precio real de la primera adquisición y, en algunos casos, de la segunda. Como ya hemos expuesto anteriormente si sólo se hubiera de demandar a los adquirentes anteriores al último cuando el precio de la primera adquisición es superior al de la última, aunque de la demanda y contestación de la demanda resultara que el precio de la primera adquisición es inferior al de la última, también se les habría de demandar, pues pudiera ser que los precios expresados en los contratos no fueran

los reales y una vez fijados estos, resulte que el precio de la primera adquisición es superior al de la última.

- C.3) El retrayente ha de demandar a quienes afecte la determinación por la sentencia de la cuantía del precio que ha de pagar el retrayente. También a quienes afecte la determinación del precio real de la última adquisición

La sentencia de retracto ha de determinar, sin duda, la cuantía del precio que ha de pagar el retrayente. Ahora trataremos de ver si la determinación del precio del retracto afecta a los adquirentes anteriores al último adquirente y por este motivo se les ha de demandar, para que puedan alegar lo oportuno sobre la cuantía del precio el retracto. Y también si afecta al último adquirente, por lo que habrá otro motivo para demandarle, aparte de por verse privado de la propiedad de la cosa.

Partimos de que el precio del retracto es el de la primera adquisición, la que desencadenó el retracto, no el de la última. Esto es así porque lo dice la ley. Tanto el CCC como el CC. Cuando el CCC [art. 568-1.1.c)] y el CC (art. 1521) nos dicen que el retracto faculta a su titular para subrogarse en el lugar del adquirente en las mismas condiciones convenidas, se están refiriendo a las condiciones de la primera adquisición, la que desencadenó el retracto, por tanto el retrayente habrá de pagar como precio del retracto el precio de la primera adquisición, no el de la última. Y así lo ha entendido el TS. En el supuesto de la ya citada S de 27 febrero 1954¹⁷⁸, que admite el ejercicio del retracto en caso de varias adquisiciones sucesivas, obliga al retrayente a pagar el precio de la primera adquisición. La de 7 julio 1995¹⁷⁹ también precisa que el precio del retracto ha de ser el de la primera adquisición, aunque, en el caso, sólo se demandó al primer comprador por desconocer el retrayente que aquél había transmitido la finca¹⁸⁰. Entonces, lo que pueden pretender no es que se fije como precio del retracto el de la primera o última

¹⁷⁸ Aranzadi 981.

¹⁷⁹ Naturalmente el precio a satisfacer ha de ser el pagado al primer adquirente, en cuya posición se subroga el retrayente, y ello aunque una Sentencia de 7 de febrero 1959 (Aranzadi 465) que por ser única no constituye jurisprudencia, hiciera referencia a que el pago, en caso de segunda transmisión, había de ser el de ésta (Aranzadi 5564).

¹⁸⁰ En el supuesto de la también citada S 13 marzo 1912 (JC, marzo 1912, núm. 97, pp. 790 ss.), que asimismo admite el retracto en caso de varias adquisiciones sucesivas, la sentencia de primera instancia, estimatoria del retracto, y al que el TS confiere validez al casar la sentencia revocatoria de la Audiencia, dice que se ha de pagar el importe del precio de la finca, sin más precisión, pero como el retrayente había consignado el importe del precio de la primera adquisición, parece que también entiende el juez que este es el precio del retracto.

adquisición, sino que, como el precio expresado de la primera adquisición puede ser distinto del real, lo que pueden pretender es que el precio real sea uno u otro.

Asimismo trataremos de ver si la fijación de la cuantía del precio real de la segunda adquisición afecta a los adquirentes anteriores al último y por este motivo se les ha de demandar, para que aleguen lo pertinente sobre el precio real de la última adquisición.

1. El ejercicio del retracto conlleva la ineficacia de las subadquisiciones

Partimos de que los reembolsos entre los sucesivos adquirentes tienen lugar según lo expuesto anteriormente. Si son así las cosas que se fije el precio real de la primera adquisición y, por tanto, el del retracto en una u otra cuantía es indiferente a todos menos al primer comprador, siempre que el precio se haya de pagar a éste. Si el precio de la segunda adquisición es 65 y el de la última 80, se fije como precio de la primera adquisición 70, 75 u 85 el último adquirente lo único que podrá hacer es recuperar de su transmitente 80 y el subadquirente intermedio recuperar del primer adquirente 65.

Si el precio se ha de pagar al último adquirente, a este ya no le es igual que se fije el precio de la primera adquisición y, por tanto, el del retracto en una cuantía u otra, pues en la medida que el precio que se fije sea mayor, la cantidad que tendrá que reclamar a su transmitente será menor e incluso no le tendrá que reclamar nada si el precio de retracto que se fija es igual o superior al de su adquisición. Al subadquirente intermedio, parece que no le es igual que se fije el precio de la primera adquisición en una cuantía u otra, pues no le resulta igual que el último adquirente le reclame una cantidad inferior o superior. Sin embargo, si ha de reembolsar al último adquirente una cantidad inferior, la cantidad que podrá recuperar de su transmitente será inferior. La diferencia entre lo que ha de desembolsar y lo que puede recuperar será la misma, por lo que, en definitiva, le será igual que se fije como precio de la primera adquisición uno u otro. En efecto, si el precio de la primera adquisición y del retracto se fija en 70 y se entrega al último adquirente, éste le podrá reclamar 10. El no podrá reclamar nada a su transmitente, el primer comprador, y le habrá de entregar 5. Si se fija en 75, sólo habrá de reembolsar 5 al último adquirente, pero habrá de entregar 10 al primer comprador. Si se fija en 85, el subadquirente intermedio no tendrá que reembolsar nada al último adquirente, pero habrá de entregar 15 al primer comprador. A éste tampoco le es indiferente que se fije el precio de su adquisición y, por tanto, del retracto en 70, 75 u 85 pues

en el primer caso recibirá 5 del subadquirente intermedio, en el segundo, 10, en el tercero, 15 y además, en el tercero, podrá reclamar 5 al último adquirente (la diferencia entre el precio del retracto y el precio de la última adquisición).

Por tanto, como la fijación del precio de la primera adquisición no afecta a los subadquirentes intermedios, sino sólo al primer adquirente y al último, sólo a estos se les ha de demandar por el motivo de que puedan alegar lo pertinente sobre la cuantía real del precio de la primera adquisición.

Es cierto que la cuestión de los reembolsos entre los sucesivos adquirentes no se ha de decidir en el juicio del retracto, pero como la cuantía de los reembolsos que se pueden exigir en un juicio posterior depende de la cuantía del precio del retracto que se haya fijado en el juicio de retracto, se habrá de demandar en el juicio de retracto a quienes resulten afectados por la fijación del precio del retracto, que es el de la primera adquisición.

La fijación del precio de la última adquisición es una cuestión que no se ha de decidir en el juicio del retracto, por lo que parece que no se habrá de demandar a ninguno por esta cuestión. La fijación del precio de la última adquisición, en principio, sólo afecta al último adquirente y a su transmitente en cuanto que este es el precio que el segundo ha de reembolsar al primero. Pero como la cuestión de los reembolsos entre los sucesivos adquirentes no se ha de dilucidar en el juicio del retracto, no es necesario demandarles en el mismo por motivo de que aleguen lo pertinente sobre la cuantía real del precio de la última adquisición. Lo mismo sucede en cuanto a las adquisiciones intermedias. Sin embargo, cuando el precio de la última adquisición es inferior al de la primera y, por tanto, al del retracto, partiendo de que el precio del retracto se ha de pagar al último adquirente, vimos que los adquirentes anteriores podían pretender que el juez ordenase que se entregase al último adquirente sólo la parte del precio del retracto coincidente con el precio de su adquisición y el remanente se entregase a los adquirentes anteriores y entonces, y no es igual a los adquirentes anteriores que se fije en una cuantía o en otra el precio de la última adquisición, pues en la medida que se fije uno superior (siempre que sea inferior al precio del retracto) el remanente que hay que entregar a los adquirentes anteriores será menor. Si los precios expresados de las tres adquisiciones son 70, 65 y 60 y es dudoso si el precio real de la última adquisición es 60 ó 62 y los adquirentes anteriores al último no son demandados en el juicio del retracto y no se les da la oportunidad de alegar que el precio real de la última adquisición es 60 en vez de 62 y el juez estima que el precio real de la última adqui-

sición es 62 y que, por tanto, el último adquirente puede retener 62 del precio del retracto, y que el remanente se ha de repartir entre los dos adquirentes anteriores (4 a cada uno) (salvando la dificultad de que el juez pueda decidir que se entregue a los dos adquirentes anteriores parte del precio del retracto sin haber sido demandados), es cierto que en un juicio posterior los adquirentes anteriores al último, como esa sentencia no tendrá efectos de cosa juzgada para ellos, pues no han sido parte en el juicio, pueden pretender que, como el precio real de la última adquisición es 60 y no 62, el último adquirente les debía haber entregado 5 y no 4, por lo que ahora les tendrá que entregar 1. Pero no les es lo mismo haber recibido los 5 del retrayente que tener que reclamar al último adquirente el 1 que les falta, por lo que, aunque a primera vista no lo parezca, se les ha de demandar en el juicio de retracto por motivo de poder alegar lo pertinente sobre el precio real de la segunda adquisición.

2. El ejercicio del retracto no conlleva la ineficacia de ninguna de las adquisiciones

2.1 Aplicación de las normas del saneamiento por evicción

Como hemos visto, los implicados en posibles reclamaciones son el primer comprador, el penúltimo subadquirente y el último adquirente. Si el precio del retracto se ha de pagar al primer comprador, al último adquirente le es indiferente que se fije como precio de la primera adquisición y, por tanto, del retracto uno u otro, pues lo único que podrá hacer es reclamar el precio de su adquisición a su transmitente, el penúltimo adquirente. Sin embargo, no le es indiferente que se fije un precio u otro ni al primer comprador ni al penúltimo adquirente. Supongamos cuatro adquisiciones cuyos precios son 70, 75, 65, 76. Se discute si el precio de la primera adquisición y, por tanto, del retracto es 70, 75 u 80. Si es 70, como ya vimos, el penúltimo adquirente podrá reclamar 73 al primer comprador (70 del precio del retracto más 3 de repartir entre ambos la diferencia entre el precio de la última adquisición y el del retracto) y los dos desembolsan 3 de su patrimonio. Si es 75, el penúltimo adquirente podrá reclamar al primer comprador 75.5 (75 del precio del retracto y 0.5 de dividir entre ambos la diferencia entre el precio de la última adquisición y el precio del retracto) y así ambos sólo han de desembolsar 0.5 de su patrimonio. Si es 80, el penúltimo adquirente podrá reclamar 78 (76 por el precio que ha tenido que reembolsar al último adquirente más 2 de dividir entre

ambos la diferencia positiva entre el precio del retracto y el precio de la última adquisición), así ambos ven incrementado su patrimonio en 2. Por tanto, el primer comprador y el penúltimo subadquirente han de ser demandados en el juicio de retracto para que pueden defender que el precio real de la primera adquisición y, por tanto, del retracto es el más alto posible.

Si el precio del retracto se entrega al último adquirente ya no son sólo el primer comprador y penúltimo adquirente los interesados en fijar el precio real de la primera adquisición en una cuantía u otra, sino también el último adquirente, pues en la medida en que reciba un precio mayor, tendrá que reclamar una cantidad inferior a su transmitente. Ante la eventualidad de que el juez determine que el precio del retracto se ha de entregar al último adquirente a este también siempre se le ha de demandar por motivo de que pueda alegar lo pertinente sobre el precio real de la primera adquisición.

En cuanto al precio real de la segunda adquisición, si el precio del retracto se ha de entregar al primer comprador, es una cuestión que no interesa en el juicio del retracto, pues sólo afecta a la cuantía de las reclamaciones que puedan hacer el último adquirente a su transmitente y éste al primer comprador, cuestiones que no se han de dilucidar en el juicio del retracto. Pero si el precio del retracto se ha de entregar al último adquirente, aunque sólo en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición, y es superior al de la última adquisición, no es indiferente ni al último adquirente ni al penúltimo ni al primer comprador que se fije un precio u otro para la última adquisición entre los posibles precios inferiores o igual al precio del retracto. Suponemos cuatro adquisiciones sucesivas cuyos precios son 70, 75, 65, 67. Que el precio real de la última adquisición se fije en 65, 67 u 70 no es indiferente a ninguno de los anteriores. Indudablemente no le es lo mismo al último adquirente recibir una cuantía u otra. En cuanto al primer comprador y penúltimo adquirente, si se fija en 65, podrán pretender que el último adquirente sólo tiene derecho a recibir 65 de los 70 del precio del retracto y que el resto, 5, se ha de entregar a ellos. Si se fija en 67, tendrán derecho a una cantidad menor, 3. Si se fija en 70, no tendrán derecho a ninguna cantidad. Si el precio del retracto es inferior a todos los posibles precios de la última adquisición, aunque se haya de entregar al retrayente, no hay que entrar a dilucidar en el juicio del retracto el precio real de la última adquisición, pues dicho precio sólo servirá para establecer la cantidad que el último adquirente puede exigir a su transmitente, cuestión que no se ha de decidir en el juicio del retracto. Ante la eventualidad de que el precio del retracto se haya de entregar al último

adquirente y que sea superior al precio de la última adquisición, se habrá de demandar al primer comprador, penúltimo adquirente y último adquirente para que puedan defender el precio real de la última adquisición.

2.2 Aplicación de las normas del enriquecimiento injusto

A ninguno de los adquirentes es indiferente que se fije en uno u otro el precio de la primera adquisición y, por tanto, el del retracto. Como vimos, todos los adquirentes tenían que distribuirse tanto la diferencia negativa entre el precio del retracto y el precio de la última adquisición como la positiva. A ninguno le dará igual que se fije como precio de la primera adquisición y, por tanto, del retracto, uno u otro, pues cuanto mayor sea el precio que se fije a la primera adquisición y, por tanto, al retracto, la diferencia negativa será menor con lo que lo que habrá de poner de su patrimonio será menor o la diferencia positiva será mayor con lo que la cuantía con que se enriquecerán será mayor. Por tanto se ha de demandar a todos los adquirentes, también al primer comprador y subadquirentes sucesivos, para que puedan defender el precio real de la primera adquisición que consideren pertinente.

La fijación del precio real de la segunda adquisición, justifica, como hemos visto anteriormente, que se demande a todos quienes, si el precio del retracto es superior al precio de la última adquisición y se ha de entregar al último adquirente sólo en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición, tengan derecho a que se les entregue el exceso y como en este caso son todos los adquirentes, por motivo de fijar el precio real de la segunda adquisición se les ha de demandar a todos.

C.4) Conclusiones sobre que se haya de demandar a todos los adquirentes por razón de que les afecten las decisiones que ha de contener la sentencia sobre el precio del retracto

1. El ejercicio del retracto conlleva la subrogación del retrayente en el lugar del primer comprador y la ineficacia de las subadquisiciones posteriores

Si se parte de que el ejercicio del retracto conlleva la subrogación del retrayente en lugar del primer comprador y la ineficacia de las subadquisiciones vimos que ya había razones para demandar a todos los adquirentes (también al primer comprador) sin necesidad de entrar a ver si las decisiones que la sen-

tencia de retracto ha de contener sobre el precio del retracto afectaban a los adquirentes y, por este motivo, también se les había de demandar. Una vez visto a quienes afectan las decisiones de la sentencia del retracto sobre el precio del retracto resulta que, por razón de verse afectados por estas decisiones, se ha de demandar:

1) Al primer comprador, por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto sea superior al de la última adquisición y de que se entregue al último adquirente, pueda defender que sólo se le entregue en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y el remanente se le entregue a él en la parte a la que tenga derecho. Por motivo de poder alegar lo pertinente sobre el precio real de la primera adquisición. Por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto se entregue al último adquirente, poder defender lo pertinente sobre el precio real de la segunda adquisición.

2) A todos los subadquirentes, por razón de poder defender que el precio del retracto se ha de entregar al último adquirente.

3) A los subadquirentes anteriores al último, por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto sea superior al de la última adquisición y de que se entregue al último adquirente, puedan defender que sólo se le entregue en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y el remanente se les entregue a cada uno de ellos en la parte a la que tengan derecho. Por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto se entregue al último adquirente, poder defender lo pertinente sobre el precio real de la segunda adquisición.

4) Al último subadquirente, por motivo de poder alegar lo pertinente sobre el precio real de la primera adquisición.

2. El ejercicio del retracto no conlleva la ineficacia de ninguna de las adquisiciones sucesivas

En estos casos buscábamos una razón que justificase la exigencia del TS de demandar, aparte de al último adquirente, a los adquirentes anteriores (primer comprador y subadquirentes intermedios). Si a los reembolsos entre los sucesivos adquirentes aplicamos las normas del saneamiento por evicción, como consecuencia de verse afectados por las decisiones que la sentencia estimatoria del retracto ha de contener sobre el precio del retracto, se ha de demandar al primer comprador, penúltimo adquirente y último adquirente, pero no a los subadquirentes intermedios anteriores al último. En cam-

bio, si aplicamos las normas del enriquecimiento injusto se ha de demandar a todos los adquirentes, también al primer comprador y a todos los subadquirentes intermedios.

2.1 Aplicación de las normas del saneamiento por evicción

Se ha de demandar:

1) Al primer comprador, por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto sea superior al de la última adquisición y de que se entregue al último adquirente, pueda defender que sólo se le entregue en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y el remanente se le entregue a él en la parte a la que tenga derecho. Por motivo de poder alegar lo pertinente sobre el precio real de la primera adquisición. Por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto se entregue al último adquirente y sea superior al de la última adquisición, poder defender lo pertinente sobre el precio real de la segunda adquisición.

2) Al penúltimo adquirente, por motivo de poder defender que el precio del retracto se entregue al último adquirente. Por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto sea superior al de la última adquisición y de que se entregue al último adquirente, pueda defender que sólo se le entregue en la cuantía coincidente con el precio de su adquisición y el remanente se le entregue a él en la parte a la que tenga derecho. Por motivo de poder alegar lo pertinente sobre el precio real de la primera adquisición. Por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto se entregue al último adquirente y sea superior al de la última adquisición, poder defender lo pertinente sobre el precio real de la segunda adquisición.

3) Al último adquirente, por motivo de poder defender que el precio del retracto se entregue a él. Por motivo de poder alegar lo pertinente sobre el precio real de la primera adquisición ante la eventualidad de que el precio del retracto se entregue a él. Por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto se entregue a él y sea superior al de la última adquisición, poder defender lo pertinente sobre el precio real de la segunda adquisición.

2.2 Aplicación de las normas del enriquecimiento injusto

Se ha de demandar:

1) A todos los adquirentes, por motivo de que puedan alegar lo pertinente sobre el precio real de la primera adquisición y ante la

eventualidad de que el precio del retracto se entregue al último adquirente, por motivo de que puedan alegar lo pertinente sobre el precio real de la última adquisición.

2) A todos los adquirentes anteriores al último, por motivo de que, ante la eventualidad de que el precio del retracto se entregue al último adquirente y de que sea superior al de la última adquisición, puedan defender que se ha de entregar al último adquirente sólo en la parte coincidente con el precio de su adquisición y el remanente se les entregue a cada uno de ellos en la cuantía correspondiente.

3) Al último adquirente, por motivo de poder defender que el precio del retracto se le ha de entregar a él.

6. DERECHO DE TANTEO

6.1 Momento del ejercicio del tanteo

Ya hemos visto, al hablar del retracto, que para el legislador catalán el tanteo voluntario se ejerce cuando el propietario del bien ya ha celebrado con un tercero un negocio de enajenación todavía no consumado y también hemos visto el inconveniente de esta solución. Si se trata de un tanteo legal esta solución también presenta ventajas, menos acusadas si el tanteo es voluntario, frente a la solución de que el tanteo actúa ante una venta meramente proyectada. Es más difícil para el propietario del bien simular un contrato con un tercero con el objeto de que el tanteante adquiera el bien, presupuesto que éste ejercerá el tanteo para evitar la adquisición del bien por el tercero, que fingir un proyecto de venta con un tercero. Ciertamente que en los tanteos legales en que se exige que se notifique al tanteante la identidad del posible adquirente, aun admitiendo que el tanteo actúe ante una venta meramente proyectada, el tanteante tiene un medio para asegurarse de que el proyecto de venta no es fingido: hablar con el tercero. Pero el tercero podría estar confabulado con el propietario del bien y fingir que existe un proyecto de venta cuando en realidad no existe. Esta confabulación es más difícil que se dé si el tanteo actúa ante un contrato ya perfecto, pues tanto el propietario como el tercero quedarán vinculados y corren el riesgo de que la otra parte le exija el cumplimiento del contrato si el tanteante no ejerce su derecho. En los tanteos legales es más relevante para el tanteante este fraude, pues, como hemos dicho, puede ser que el tanteante sólo esté dispuesto a adquirir el bien para evitar que lo adquiera otro. En cambio, en los tanteos voluntarios el tanteante está interesado en la obtención del bien y no le importa que la venta que le notifique el propietario sea

fingida, salvo que en el momento en que se le notifique no le conven-
ga, por ejemplo, por cuestiones económicas, ejercer el tanteo.

6.2 Efectos del ejercicio del tanteo

Partiendo de que el tanteo actúa ante un negocio celebrado no consumado, hay dos posibilidades: entender que el tanteante se subroga en el lugar del que ha celebrado el negocio con el propietario del bien o entender que el propietario celebra un nuevo negocio con el tanteante que deja ineficaz, al menos frente al tanteante, el negocio celebrado entre propietario y tercero.

6.2.1 SUBROGACIÓN

Del Pozo-Vaquer-Bosch¹⁸¹ entienden que cuando el tanteante ejerce su derecho se subroga en el contrato ya celebrado entre el propietario del bien y el tercero, sin que el tanteante celebre un contrato nuevo con el propietario del bien, solución que también ha sido la propugnada para el régimen del CC¹⁸². Extraña, sin embargo, que el legislador catalán, a diferencia de lo que sucede con el retracto, en ningún momento habla de la subrogación del tanteante. Si estuviera en su mente la subrogación del tanteante en el lugar del que celebra el negocio con el propietario, en vez de caracterizar el tanteo por *facultar a su titular para adquirir a título oneroso un bien en las mismas condiciones pactadas con otro adquirente*, lo habría podido caracterizar por *facultar a su titular para subrogarse, en las mismas condiciones, en el lugar del que ha celebrado un negocio oneroso antes de que haya tenido lugar la transmisión del derecho*. Se podría pensar que el legislador sería incoherente si, después de considerar

¹⁸¹ *Efectos del ejercicio del derecho de tanteo: la subrogación del titular del derecho en el acuerdo transmisivo (Derecho civil de Cataluña... , p. 401).*

¹⁸² ALBALADEJO (*Derecho Civil...*): *A celebraríam con un tercero la compraventa de la cosa y debería notificar a B que la ha vendido, para que, si éste quiere adquirirla, ejercite su derecho de tanteo, en cuya virtud, poniéndose en el lugar del comprador, haga que en vez de a éste la cosa se le entregue o transmita a él (p. 805).*— *En el tanteo, el tanteante sí que desplaza a un tercero, con quien el dueño había celebrado ya el contrato de enajenación. Pues como el derecho actúa entre éste y la transferencia de la cosa, resulta que el tanteante ocupa el puesto (se subroga en él) de dicho tercero en aquel contrato (p. 811).* COCA (*Tanteo y retracto...*, p. 56): *Dado que el tanteo es preadquisitivo, nada obsta a que el mecanismo de actuación sea la subrogación del tanteante en la posición del comprador, con lo que el negocio de compraventa cumple su función de servir de módulo determinante de la contraprestación del tanteante de una forma absoluta: el tanteante se inmiscuye en eses contrato, convirtiéndose en el comprador.* COCA y MUNAR (*Comentarios...*, p. 674): *Técnicamente habrá una subrogación del tanteante en la posición jurídica del comprador.* RODRÍGUEZ MORATA (*Derecho de tanteo...*, p. 144): *en la notificación... existe una específica voluntad de ofrecer las condiciones del contrato... para que, en su caso, pueda subrogarse en el lugar del comprador.*

que en el retracto hay subrogación, estimase que en el tanteo no la hay. Sin embargo, veremos que quizás no sea así.

González Pacanowska¹⁸³, para el régimen del CC, admite que en el tanteo legal se hable de subrogación aunque sugiere que más correcto sería hablar de cesión de contrato, cesión impuesta por la ley. Pero para el tanteo voluntario, aun de eficacia real, opina que resulta difícil admitir esa cesión sin contar con la voluntad del comprador (presuponemos que dicha autora se apoya en que la ley no impone tal cesión en el tanteo voluntario, pues no está regulado) y concluye que la declaración de voluntad de ejercicio del tanteo puede entenderse como aceptación de la oferta que encierra la notificación hecha al tanteante por el propietario del bien. Mas no considera González Pacanowska que si el tanteante ejerce su derecho, el contrato entre el propietario y el tercero no será eficaz, al menos frente al tanteante, y también podemos argumentar, partiendo de sus premisas, que es difícil admitir esa ineficacia sin contar con la voluntad del tercero. Si se trata de un tanteo real inscrito el tercero ya sabe que su adquisición puede quedar frustrada y –partiendo de sus premisas, insisto– no sería necesario su consentimiento para que se produzcan las consecuencias del ejercicio del tanteo.

Observamos que la STS 22 septiembre 1993¹⁸⁴, en que parece que se notifica una venta celebrada, condena al propietario del bien a otorgar una escritura de venta y no de subrogación. Pero, aunque tal como transcribe el TS la notificación del propietario al tanteante (*que tiene concertada con la Sociedad... la venta de la referida propiedad*¹⁸⁵) pudiera deducirse que le notifica la venta ya celebrada con la sociedad, más adelante¹⁸⁶ el TS dice que lo que se notificó fue la intención de vender la finca.

Entender el funcionamiento del tanteo de una manera o de otra tiene sus consecuencias, al menos, en cuanto al plazo de ejercicio de las acciones que el comprador puede dirigir contra el vendedor cuyo cómputo se inicia con la celebración del contrato, como la acción para exigir la entrega de la cosa o la acción de saneamiento por gravámenes ocultos (1483 CC). Si hay subrogación, el plazo comenzará desde el momento en que el tercero celebró el contrato con el propietario del bien. Si hay nuevo contrato, desde el momento en que el propietario del bien celebró el contrato de venta con el tanteante. Nos parece más equitativo esto último, pero no vemos cómo coordinarlo con la tesis de la subrogación. Quizás, entonces, el legislador no ha aludido para nada a la subrogación del tanteante porque no ha queri-

¹⁸³ *Retracto...*, p. 330.

¹⁸⁴ Aranzadi 6654.

¹⁸⁵ FD 1.º, al principio.

¹⁸⁶ FD 7.º, al final.

do que haya subrogación para evitar este inconveniente. Es cierto que la subrogación del retrayente también presenta este inconveniente, pero, por otro lado, presenta otras ventajas como que las acciones derivadas del contrato de compraventa se ejerzan entre el propietario originario y el retrayente y no entre éste y el tercero que adquirió del bien. Y sopesando ventajas e inconvenientes el legislador ha considerado que tienen más peso las ventajas que los inconvenientes. Pero la subrogación del tanteante sólo presenta inconvenientes, pues no hay ninguna ventaja, ya que el tanteante se subroga en el contrato celebrado con el tercero o celebre un nuevo contrato con el propietario originario del bien, las acciones derivadas del contrato de compraventa se ejercerán siempre entre el tanteante y el propietario del bien.

El tanteo, como ya puso de relieve Arechederra¹⁸⁷, no es una cuestión de dos (el propietario del bien y el tanteante), sino de tres (los anteriores y el tercero), pues el tanteo afecta al tercero. Y esto no sólo si el tanteo actúa ante un contrato ya celebrado, sino también si actúa ante un contrato meramente proyectado. Si actúa ante un contrato celebrado y entendemos que hay subrogación, que es la tesis que estamos analizando, el tercero se ve excluido del contrato para ser sustituido por el tanteante. En este caso pienso que el tanteante debería dirigir la acción contra el propietario¹⁸⁸ y, siguiendo a Díez Soto¹⁸⁹, también contra el tercero. ¿Cómo puede una sentencia decir que un comprador se ve sustituido por otro en su posición contractual sin haber sido demandado el primero? Contra el propietario deberá dirigir la acción no sólo por ser propietario, sino porque como consecuencia de la subrogación le cambian el obligado a pagar el precio. Si actúa ante un contrato meramente proyectado (parece ser la solución de los tanteos legales del CCC), al tercero se le priva de la posibilidad de adquirir el bien que tenía intención de adquirir. Quizás en este caso como la sentencia no se pronuncia sobre una relación jurídica de la que sea sujeto el tercero, pues no se ha llegado a

¹⁸⁷ *Aquí el propietario no se ha desligado de la cosa aún y se encuentra compelido por una atención al tercero interesado y el debido respeto al titular del derecho de tanteo. Este esgrime indistintamente su pretensión frente al propietario y tercero (Los derechos..., p. 129).*

¹⁸⁸ Contra el propietario deberá dirigir la acción por ser el propietario. Podría pensarse que también por haber subrogación en virtud de la cual el propietario pasara de tener como deudor al tercero a tener al tanteante. Pero obsérvese que el propietario, al conceder el tanteo, de algún modo ya consintió en tener como deudor al tanteante.

¹⁸⁹ Este autor considera el retracto, pero como para él el retracto puede ejercerse ante una venta celebrada no consumada, lo que dice vale para el tanteo que se ejerce ante una venta celebrada no consumada. Afirma que *no plantea ninguna duda la legitimación pasiva del comprador y no sólo en el caso de que sea él quien tenga en su poder la cosa... sino también cuando la cosa esté todavía en poder del vendedor*. Lo justifica en que *en el curso del juicio... han de dilucidarse necesariamente cuestiones acerca de las cuales el comprador tiene siempre un interés directo (subrogación del retrayente en sus derechos y acciones... (Ejercicios y efectos..., p. 119).*

celebrar ningún contrato, se puede defender que no hay litisconsorcio pasivo necesario. Pero la sentencia no afectará al tercero que no ha sido parte en el juicio de tanteo y si estima que el mismo no se ha ejercido conforme a derecho puede interponer una demanda haciendo valer su interés en comprar el bien. La mayoría de los casos de acción de tanteo que se han planteado ante la jurisprudencia (tanteos legales arrendaticios) son casos en los que todavía el propietario no ha celebrado un contrato de venta por lo que el propietario notifica la intención de vender y la demanda se dirige sólo contra el propietario del bien¹⁹⁰. Pero también hay un caso en la jurisprudencia de las Audiencias en que el propietario había celebrado un precontrato con el tercero y el tanteante sólo demandó al propietario del bien sin que esto fuera óbice para la estimación de su demanda¹⁹¹. En la ya citada STS 22 septiembre 1993 igualmente sólo se demanda al propietario del bien, pero ya hemos visto que es dudoso que ya se hubiera celebrado la venta con el tercero.

Si hubiera subrogación, para formalizar la transmisión, se tendría que otorgar una escritura de subrogación y no una escritura de venta. Surge la cuestión de quién habrá de otorgar la escritura de subrogación. En mi opinión, lo correcto será que la otorguen los tres afectados, propietario, tanteante y también el tercero, pues no se entiende que pueda ser sustituido en la posición contractual del contrato que ha celebrado con el propietario sin expresar su consentimiento. Si no la otorga voluntariamente, igual que si no la otorga voluntariamente el propietario del bien, el tanteante tendrá que exigírselo judicialmente. Pero esta escritura de subrogación no es suficiente para que el tanteante inscriba el dominio a su favor en el Registro. Es sólo eso una escritura de subrogación. Para escribir el dominio a su favor se necesita una escritura de venta. Si el propietario hubiera vendido al tercero en escritura pública y luego se otorga escritura de subrogación, pienso que el Registrador podrá

¹⁹⁰ En supuestos de tanteo voluntarios estos se habían configurado de manera que titular del derecho tenía que notificar al tanteante su intención de vender y no la venta ya celebrada. STS 16 febrero 1973 (Aranzadi 476): *se adjudicó a su referida hermana determinado negocio, concediendo a los demás hermanos... el derecho de tanteo en el caso de que aquélla tratase de traspasar, obligándose a poner en conocimiento de los luego demandantes... la referida intención.* STS 13 diciembre 1958 (Aranzadi 4047): *si tratase de arrendar o vender el trozo de terreno... se ha de ofrecer antes al dueño que a la sazón lo sea de la casa número 5...*

¹⁹¹ En el caso de la SAP Teruel 29 septiembre 1993 (AC 1618), sobre tanteo a favor del arrendador por traspaso del local de negocio, el arrendatario había formalizado con un tercero un precontrato de traspaso plasmado en un documento del que se dio traslado al arrendador. En el caso de la SAP de Toledo 15 febrero 2007 (BDA JUR 239066), aunque la Audiencia dice que el arrendatario ejerce su derecho de tanteo cuando el propietario tiene concertado un precontrato de transmisión, no se había celebrado el precontrato, pues lo que notificó el arrendador fue su intención de vender, no la celebración de ningún precontrato.

inscribir el dominio a favor del tanteante. Pero si el propietario hubiera vendido al tercero en escritura pública ya se habría producido la tradición instrumental y, entonces, no se habría ejercido el tanteo, sino el retracto. Por lo que resulta que en la práctica lo que se hará es que el propietario otorgue escritura pública de venta a favor del tanteante¹⁹².

6.2.2 EL TANTEANTE CELEBRA UN NUEVO CONTRATO CON EL PROPIETARIO DEL BIEN Y EL CELEBRADO CON EL TERCERO DEVENDRÁ INEFICAZ

Se podría considerar que el tanteante, como consecuencia del ejercicio del tanteo, celebra un nuevo contrato con el propietario del bien¹⁹³. El problema es qué sucede con el contrato entre propietario y tercero. Si el tercero sabía de la existencia del tanteo se puede defender la existencia de una condición suspensiva, que el tanteante no ejerza su derecho por lo que si lo ejerce el contrato entre tanteante y tercero no llegará a producir efectos. Si el tercero ignora el tanteo, tal contrato seguirá siendo eficaz aunque inoponible al tanteante y al no poder cumplirlo el propietario, éste responderá de daños y perjuicios ante el tercero.

Parece aplicable a esta tesis la configuración de la notificación al tanteante como una oferta irrevocable de venta que para los tanteos legales hace el TS¹⁹⁴ y cierta doctrina¹⁹⁵, partiendo de que el tanteo se ejerce ante una venta proyectada aún no celebrada. Sin embargo, los que admiten que en el tanteo hay subrogación también hablan de oferta irrevocable, unos no precisan qué se ofre-

¹⁹² BOSCH (*Opción...*), para quien el tanteo produce una subrogación en la posición del tercero (p. 212) dice que *el ejercicio del tanteo dará lugar a la celebración del contrato que será el que se inscribirá* (p. 231). Es decir para formalizar el ejercicio del tanteo admite que se habrá de celebrar un nuevo contrato. Si hay subrogación no se habría de celebrar un nuevo contrato.

¹⁹³ Es la tesis que sostiene GONZÁLEZ PACANOWSKA (*Retracto...*, p. 330): *la tesis de la «subrogación»... no cuenta ningún apoyo legal en lo que se refiere al ámbito civil... La declaración dirigida al ejercicio de su derecho significa... que se perfecciona un contrato de compraventa entre el tanteante y dueño de la cosa... distinto del celebrado con el tercero...es la solución adoptada por el legislador alemán, pero no parece aventurado mantenerla para nuestro Derecho...*

¹⁹⁴ STS 19 diciembre 1991 (Aranzadi 9408, referida al derecho de tanteo arrendaticio urbano): *el tanteo se presenta como una oferta legal de venta, que no aflora por la decisión del propietario, sino sólo cuando pretende enajenar el bien dado en arriendo, ya que el precepto citado se lo impone como carga y obligación de notificar fehacientemente al inquilino su propósito de vender o ceder solutoriamente...* STS 22 septiembre 1993 (Aranzadi 6654, referida al derecho de tanteo arrendaticio rústico): *porque se ejercitó aquel derecho dentro de plazo –lo que de alguna manera denota aceptación por el arrendatario de la oferta implicada en la notificación inicial de 21-3-1989–...*

¹⁹⁵ DÍEZ SOTO (*Ejercicios y efectos...*, p. 218) opina que en condiciones normales en la notificación se puede considerar implícita la oferta de contratar, pero que el propietario del bien también puede dar a la notificación otro sentido.

ce¹⁹⁶, por lo que puede entenderse que se ofrece la subrogación y, entonces, considerar la notificación como oferta no es incompatible con la subrogación. Otros¹⁹⁷ hablan de oferta de contrato, lo cual si entendemos que se ofrece un contrato de subrogación, tampoco es incompatible. Pero otros¹⁹⁸ hablan, a la vez, de subrogación y oferta de contrato de venta, lo cual parece incompatible, a no ser que esta expresión la utilicen en el sentido de oferta de subrogación en contrato de venta. Si esto es así, como expone Díez Soto, el ejercicio del tanteo se concreta en la aceptación de la oferta implícita en la notificación, dando lugar con ello a que el contrato deba considerarse perfeccionado¹⁹⁹. Llevando esta construcción hasta sus últimas consecuencias, tratándose de un bien inmueble, si tanto la notificación como el ejercicio del tanteo se hubieran hecho en escritura pública, bastarían estas para que el tanteante inscribiera su adquisición en el Registro de la Propiedad (aportando, además, al Registrador los documentos necesarios para que éste pueda comprobar que el tanteo se ejerció correctamente), pero en la práctica esto no es así. En este aspecto esta construcción es similar a la del derecho de opción, pues como veremos, se entiende que cuando el optante ejercita su derecho queda perfeccionado el contrato de compraventa. Y salvo que se haya pactado otra cosa, como también veremos, el optante necesita para inscribir su derecho de la colaboración del propietario de la cosa, pues éste habrá de otorgar escritura pública. De hecho, en las sentencias que estiman el derecho de tanteo, se condena al propietario a otorgar escritura pública de venta a favor del tanteante²⁰⁰. Rigurosamente, la escritura no tendría que ser de venta, pues la venta ya está perfeccionada.

Si el propietario de bien no otorga voluntariamente la escritura, el tanteante tendrá que ejercer la acción de tanteo. Personalmente pienso que la demanda habría de dirigirse contra el propietario del bien y

¹⁹⁶ BOSCH (*Opción...*, p. 203): *La notificación del acuerdo transmisivo tiene una naturaleza similar a la de una oferta irrevocable hecha al tanteante.*

¹⁹⁷ COCA y MUNAR para el tanteo del arrendatario (*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. LASARTE, Madrid 1996, p. 695): *declaración unilateral de voluntad que constituye una oferta de contrato y que, una vez emitida, es irrevocable para el emisor –propietario arrendador–, quedando obligado a mantenerla, durante el plazo que tiene el arrendatario para ejercer su derecho de tanteo.*

¹⁹⁸ RODRÍGUEZ MORATA, también para el tanteo arrendaticio [*Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. BERCOVITZ, Cizur Menor (Navarra 2002), p. 597]: *La notificación prevista en el artículo 25.2 LAU tiene la naturaleza de una oferta legal de contrato de venta (STS 19 diciembre 1991), y, como tal, vincula a quien la hace, quedando obligado a mantenerla, por la obligatoriedad derivada de la doctrina de los actos propios... el arrendador no podrá revocar la oferta sin consentimiento expreso del arrendatario. Durante el plazo de caducidad de la notificación, que según el art. 25.2 es de treinta días, la oferta del contrato de venta deviene, pues, irrevocable por el arrendador.*

¹⁹⁹ *Ejercicios y efectos...*, p. 234.

²⁰⁰ STS, ya citada anteriormente de 22 septiembre 1993 (Aranzadi 6654); SAP Burgos 19 julio 2007 (BDA JUR 2008 43143).

el tercero, pues la cuestión afecta a éste ya que está interesado en adquirir el bien y si el tanteo no se ejerce conforme a derecho, se le ha de dar la oportunidad de alegarlo. Sin embargo, vemos que en los supuestos en que, según la relación de los hechos expuesta por la sentencia, se notifica la intención de enajenar, el tanteante demanda sólo al propietario del bien²⁰¹. No obstante encontramos algún supuesto en que también se demanda al tercero²⁰². Desde un punto de vista de técnica jurídica quizás no se den los requisitos para que haya litisconsorcio pasivo necesario, si entendemos que para que se de éste es necesario que haya una pluralidad de titulares en la relación jurídica discutida en el pleito y aquí el tercero todavía no está vinculado con una relación jurídica con el propietario del bien. De todas formas al tercero no le afectará la sentencia, pues no fue parte en el pleito y si el tanteante, a pesar de no reunir los requisitos legales, obtiene sentencia favorable, el tercero podrá interponer demanda haciendo valer su interés en adquirir la cosa.

Otra posible forma de entender el funcionamiento del tanteo es que la notificación del propietario de la cosa al titular del derecho no encierra una oferta de contrato, sino una invitación a que el tanteante formule la oferta de contrato al propietario de la cosa. Si el propietario tiene obligación de aceptar esta notificación, en la práctica, no hay mucha diferencia con la forma de entender el tanteo expuesta anteriormente. La única diferencia es que se retrasaría el momento de perfección del contrato. Pero la diferencia es relevante si se entiende que el propietario del bien no tiene obligación de aceptar la oferta del tanteante, sino que puede rechazarla y no enajenar el bien al tanteante, aunque tampoco podrá enajenar el bien a un tercero, pues, de hacerlo, el tanteante podrá ejercer el retracto. Esta tesis ha sido sugerida en la doctrina española²⁰³, pero es recha-

²⁰¹ SAP Burgos (BDA JUR 2008/43143). En esta sentencia los demandados son varios, pero todos ellos hermanos y como condena a los demandados al otorgamiento de la escritura pública parece lógico deducir que los demandados eran los arrendadores propietarios y entre ellos no estaba el tercero a quien tenían intención de vender las fincas. SAP Asturias 24 noviembre 2005 (Aranzadi Civil 2349). SAP Córdoba 11 septiembre 1993 (Aranzadi Civil 1612)

²⁰² SAP Soria 15 julio 2005 (BDA JUR 2006/19265): la sentencia dice explícitamente que la acción ejercitada es la de tanteo y que lo que se notificó al arrendatario fue la intención de venta de la finca, mas también dice que el propietario había celebrado la venta con el tercero y que éste había recibido la posesión.

²⁰³ PASQUAU («Comentario a la STS 22 septiembre 1993», CCJC 1993, p. 1032): *su virtualidad no alcanza a exigir al dueño, una vez practicada la notificación, la celebración del contrato... El arrendatario podrá simplemente contestar que está interesado en la adquisición de la finca en las condiciones ofrecidas al tercero, en cuyo caso el dueño deberá decidir si vende (ahora sí, al arrendatario) o no vende*. Parte de que el derecho de tanteo no es más que una fase preliminar o instrumental del derecho de retracto, que presupone un contrato ya perfeccionado (o en opinión de algunos una transmisión ya consumada), por lo que el derecho a la preferencia adquisitiva no nace con la notificación a efectos del tanteo, sino con la celebración del contrato, siendo tal notificación sólo un medio de saber si hay o

zada por el TS, que estima que la notificación vincula al propietario de forma que éste no puede evitar la adquisición del tanteante si éste decide ejercer su derecho ni en el supuesto de que abdicaran de la compra los posibles adquirentes²⁰⁴.

6.3 Simulación del negocio de enajenación celebrado con el tercero y desistimiento del mismo

Si se ejercita el tanteo y luego se demuestra que la venta celebrada era simulada por el propietario del bien y el tercero, ¿se habría de conceder al tanteante la posibilidad de pedir la ineficacia de su adquisición? En el tanteo voluntario, que es el que examinamos, el tanteante tiene interés en la adquisición del bien en sí mismo considerado²⁰⁵, por lo que, en principio, parece que habría adquirido el bien aunque hubiera conocido que la venta era fingida y, en consecuencia, no hay razón para concederle la posibilidad de pedir la ineficacia de su adquisición. Pero si el tanteante pudiera probar que en aquel momento no estaba interesado en la adquisición del bien (por ejemplo, no tenía dinero y tuvo que pedir un préstamo) y que no lo hubiera adquirido de no haber un tercero que adquirirá el bien si el no ejerce su derecho, podrá pedir la ineficacia de su adquisición. La acción que interpondrá es una acción de error o dolo.

En los tanteos legales la situación es diferente. Se puede presumir que el tanteante ejerce el tanteo para no cambiar de sujeto de la relación jurídica que lo fundamenta. Con base en esta presunción el tanteante podrá pedir la ineficacia de su adquisición si la venta con el tercero era simulada. Corresponde al propietario del bien demostrar que el tanteante hubiera ejercido su derecho aun cono-

no vía libre para contratar con el tercero. Lo justifica diciendo que puede preferir no vender que vender al arrendatario: unas condiciones favorables de venta ofrecidas por razón de amistad o a cambio de otras ventajas que el arrendatario no puede garantizar, un aplazamiento del precio concedido en función de la solvencia del tercero...

²⁰⁴ Según la ya citada STS de 19 diciembre 1991, expone que la notificación da lugar a una efectiva vinculación en cuanto el arrendador no puede desistir de su decisión, ni puede quedar sin efecto la misma, en el caso de que abdicaran de la compra los designados como posibles adquirentes (SS de 2-7-1951, Aranzadi 1896, y 19-1-1952, Aranzadi 268). Y según la también citada STS 22 septiembre 1993, *no es admisible que posteriormente se pretenda dejar sin efecto el derecho ya ejercitado... porque el propietario manifieste haber desistido de la venta, pues ha de recordarse que lo esencial para dar lugar al derecho de tanteo es que el propietario haya decidido vender la cosa... y no puede quedar al arbitrio de dicho propietario eliminar las consecuencias del tanteo ya ejercitado, con sólo desistir de la venta*. En la primera de las dos sentencias tal afirmación constituía un *obiter dictum*, pero en la segunda, una de las *ratio decidendi*.

²⁰⁵ Si se constituye el tanteo normalmente es porque el propietario no está dispuesto a vender el bien y se conviene que si cambia de opinión y decide venderlo, el tanteante tenga preferencia.

ciendo la simulación de la venta. Si el propietario del bien obró de mala fe no hay que imponer al tanteante la carga de la prueba de que no habría comprado el bien de haber conocido la existencia de la simulación.

Si después de la notificación al tanteante y antes de que éste haya ejercido su derecho, el propietario y tercero desisten de la venta que celebraron se plantea si el tanteante ve impedido su ejercicio. A favor de que el tanteante pueda ejercer su derecho podemos aducir que lo que pone en acto su derecho es la notificación, es decir, a partir de la notificación su derecho ya es puede ejercer y, por tanto, lo que suceda después no le ha de afectar. A favor de lo contrario se puede aducir que, finalmente, el propietario del bien no lo va a vender y, por tanto, falta el presupuesto de ejercicio del tanteo. Estimo preferible la primera solución, pues una vez que una persona ha adquirido un derecho no puede ser privado de él sin su consentimiento o sin que la ley lo establezca. Para el caso del tanteo arrendaticio el TS estima que el tanteo se puede ejercer aunque los terceros hayan desistido de la compra²⁰⁶.

Si el tanteante rehúsa ejercer su derecho y luego se pone de manifiesto que la venta celebrada era simulada o las partes desisten de la venta celebrada parece que no se presenta ningún problema.

²⁰⁶ STS 19 diciembre 1991 (Aranzadi 9408): *De esta manera el tanteo se presenta como una oferta legal de venta, que no aflora por la decisión del propietario, sino sólo cuando pretende enajenar el bien dado en arriendo, ya que el precepto citado se lo impone como carga y obligación de notificar fehacientemente al inquilino su propósito de vender ... dando lugar a una efectiva vinculación en cuanto el arrendador no puede desistir de su decisión, ni puede quedar sin efecto la misma, en el caso de que abdicaran de la compra los designados como posibles adquirentes [SS de 2-7-1951 (Aranzadi 1896) y 19-1-1952 (Aranzadi 268)].*

Nacionalidad por carta de naturaleza: un ejemplo de equidad

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

Aun sin ser el más común de los modos de adquirir la españolidad, no deja de ser relativamente habitual la concesión de nacionalidades por carta de naturaleza al amparo del art. 21.1 CC, bien a personas concretas, bien a colectividades, como han sido en tiempos recientes las naturalizaciones concedidas a favor de los sefarditas, saharauí, guineanos, de las víctimas del atentado terrorista del 11-M o de los brigadistas internacionales.

No obstante su relativa habitualidad y tradición, son muchos los problemas, de fondo y forma, que plantea este modo de adquirir la nacionalidad; habiéndolos hasta el extremo de haber quien cuestiona la legalidad, e incluso la constitucionalidad, de aquellas naturalizaciones colectivas y de la carta de naturaleza en general, lo que justifica, creemos, el presente estudio realizado en favor de la carta de naturaleza como ejemplo –a seguir– de equidad ponderadora e integradora que, de conformidad con los arts. 21.1 y 3.2 CC, corrige para casos concretos las posibles injusticias del sistema legal español de adquisición de nacionalidad.

PALABRAS CLAVE

Nacionalidad. Extranjería. Carta de naturaleza. Adquisición. Equidad.

SUMARIO: I. *La relativa práctica en la concesión de nacionalidad española por carta de naturaleza, individual o colectiva.*–II. *Justificación material de la carta de naturaleza, en general, como mecanismo corrector fundado en la equidad.*–III. *Justificación formal de las naturalizaciones colectivas, en particular, como auténticas cartas de naturaleza: su legalidad y constitucionalidad*

I. LA RELATIVA PRÁCTICA EN LA CONCESIÓN DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR CARTA DE NATURALEZA, INDIVIDUAL O COLECTIVA

«Desde la promulgación del Código Civil en 1889, la regulación jurídica de la nacionalidad, concebida como vínculo político y jurídico que liga a la persona física –sic– con su Estado, ha sido objeto de sucesivas reformas¹, motivadas, unas veces, por la necesidad de adaptar la legislación a nuevas realidades que han ido surgiendo, y otras, a partir de 1978, por la exigencia de dar cumplimiento a los mandatos de la Constitución Española.»

Lo decía, justificando precisamente la última reforma habida hasta la fecha, la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad.

Aunque no del todo en igual proporción, también abundan los estudios doctrinales sobre nacionalidad, realizados desde muy diversas perspectivas, acordes a la compleja naturaleza (política y jurídica, por un lado, pública y privada, por otro) de que goza la nacionalidad; en lo estrictamente jurídico-privado sobresalen, en número, los estudios acerca de cómo se adquiere la nacionalidad española, aunque de entre ellos siempre se ha prestado escasa atención al de la carta de naturaleza, cuyo origen, no obstante, se remonta al propio Derecho Romano, pasando por el Derecho medieval y llegando a consagrarse en todas nuestras Constituciones, desde la «Pepa» hasta la de 1931², excepto en la vigente que delega totalmente la materia de nacionalidad a la ley (art. 11 CE-1978), para así arribar, desde su redacción originaria, al Código Civil, que hoy en su art. 21.I dispone: «La nacionalidad española se adquiere por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales»³.

¹ Ahí están la Ley de 15 de julio de 1954, la Ley 51/1982, de 13 de julio, la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, o, como última, la Ley 36/2002, de 8 de octubre.

² Prescindiendo de la de José napoleón, decía el art. 5 CE-1812: «*Son españoles... 2.º los extranjeros que hayan obtenido de las Cortes carta de naturaleza*». Así también, pero sin mencionar las Cortes como poder concedente de la carta, el art. 1.3.º de las CCEE de 1837, 1845, 1869 y 1876. El art. 23 CE-1931 dirá: «*Son españoles:... 4.º Los extranjeros que obtengan carta de naturaleza... en los términos y condiciones que prescriban las leyes*».

³ En su primera redacción, el art. 17 CC se limitaba a reproducir el art. 1.3.º CE-1876, la vigente por entonces: «*Son españoles:... 3.º Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza*», disponiendo en su art. 25 CC lo que, con algunas modificaciones, dispone el vigente art. 23 CC. Lo que dice hoy el art. 21.I CC lo decía, con alguna diferencia, el art. 19 tras su redacción en 1954, no antes.

Tal vez haya quien explique su ocasional estudio por la propia rareza de su práctica⁴. Nada más lejos de la realidad. No es, desde luego, el más común de los modos de adquirir la españolidad; sin duda, al respecto sobresalen los modos originarios. Pero su empleo no deja de ser habitual. Ya De Castro, en su *Derecho Civil de España*⁵, nos decía que la carta de naturaleza «ha sido la forma más normal y usada de permitir que el extranjero ingrese en la comunidad nacional»⁶. En esa tradición, con mayor frecuencia la carta de naturaleza ha venido siendo concedida a personas concretas, pero en ocasiones lo ha sido a favor de colectividades. Uno de tales casos de naturalización –que podría llamarse– «colectiva», desgraciadamente hartamente conocido, fue el del Real Decreto 453/2004, de 18 de marzo, sobre concesión de la nacionalidad española a las víctimas extranjeras de los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004 (en adelante, RD 11-M)⁷. No era, ni mucho menos, la primera vez que un Gobierno concedía la nacionalidad por carta de naturaleza a un «colectivo». Ahí están, *a.e.*: los Decretos-ley de 20 de diciembre de 1924 y de 29 de diciembre de 1948, de concesión de la carta de naturaleza a favor de los judíos sefardíes; el RD 1347/1969, de 26 de junio, sobre nacionalidad española para los naturales de Ifni; el RD 2258/1976, de 10 de agosto, sobre «opción» de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara; el RD 2987/1977, de 28 de octubre, sobre concesión de la nacionalidad española a determinados guineanos; y el RD 39/1996, de 19 de enero, derogado, por absorción, por el RD 1792/2008, de 3 de noviembre, sobre concesión de la nacionalidad española a los combatientes de las Brigadas Internacionales en la guerra civil española.

⁴ No en vano, SANCHO REBULLIDA, F. (en el Manual de Lacruz, I, 1998, pp. 735 ss); y LOZANO SERRALTA (*La naturalización en el Derecho español*, en Información Jurídica, 1952, pp. 698 y 699), indican su escasísima práctica, señalando este último que entre 1925 y 1951 hubo 360 nacionalizados por carta de naturaleza; en cambio, para PANTALEÓN PRIETO, F. (en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinados por BERCOVITZ y AMORÓS GUARDIOLA, Madrid, 1986, p. 84, nota 39), «aunque no excesiva, la concesión de cartas por naturaleza no es del todo infrecuente».

⁵ En la p. 142.

⁶ Remitiéndose en nota al elenco de ilustres nacionalizados recopilado por LERA (*Nacionales por naturalización*, Tokio, 1903), añadiendo DE CASTRO los casos de Joseph Conrad y Henri James. Yo, como cinéfilo, añadiría las concesiones de carta de naturaleza a Fernando Fernán Gómez (mediante RD 1574/1984, de 20 junio), a Federico Luppi Malacalza (por RD 629/2003, de 23 mayo), a Jorge Perugorria Rodríguez (mediante RD 631/2003, de 23 mayo), o a favor de Arturo Ripstein (en el RD 633/2003, de 23 mayo). También pueden verse citados otros numerosos ejemplos en las notas de ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. (*Nacionalidad española. Normativa vigente e interpretación jurisprudencial*, Pamplona, 2008, pp. 104 y ss.).

⁷ Que fue objeto específico de mi estudio en «Espanñolidad (y dinero) para las víctimas extranjeras del 11-M», en RDP, 2004, pp. 684-713.

Aunque son relativamente recientes, tampoco este tipo de naturalización colectiva es novedosa. Remoto y celebre es el caso de la *Constitutio Antoniniana*, del 212 d.C, dada por Caracalla, que extendió el *status civitatis romanae* a todos los habitantes del territorio dominado por Roma.

No obstante su relativa habitualidad y tradición, son muchos los problemas, de fondo y forma, que plantea este modo de adquirir la nacionalidad; habiéndolos hasta el extremo de haber quien cuestiona la legalidad, e incluso la constitucionalidad, de aquellas naturalizaciones colectivas y de la carta de naturaleza en general, como lo han hecho eminentes juristas⁸, lo que justifica, creemos, el presente estudio realizado en favor de la carta de naturaleza como ejemplo –a seguir– de equidad ponderadora e integradora que, al amparo de los arts. 21.1 y 3.2 CC, corrige para casos concretos las posibles injusticias del sistema legal de adquisición de nacionalidad.

II. JUSTIFICACIÓN MATERIAL DE LA CARTA DE NATURALEZA, EN GENERAL, COMO MECANISMO CORRECTOR FUNDADO EN LA EQUIDAD

Observadas de la carta de naturaleza su tradición histórica y su plasmación positiva vigente, cuyo art. 21.1 CC, empleando conceptos jurídicos indeterminados, habla, por un lado, de discrecionalidad, y, por otro, de excepcionalidad, una muy importante parte de la doctrina y de cierta clase política critica e incluso rechaza, proponiendo su derogación o afirmando su inconstitucionalidad, la carta de naturaleza por ser rémora histórica injustificable hoy al tratarse de un privilegio que al no estar reglado se presta a arbitrariedades y abusos⁹:

⁸ Sin entrar de momento en detalles y sin la necesidad de cerrar ahora el elenco de quienes así opinan, baste nombrar a Fernández Rozas, Pantaleón Prieto, Rodrigo Bercovitz y a Lete del Río.

⁹ Así, por las razones que a continuación se exponen, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (*Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, 1987, pp. 181 a 184), para quien tal privilegio choca con la CE; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (en *Comentarios al CC y a la LRC y RRC*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, pp. 302, 303, 325 a 327, 329 y 330); PANTALEÓN, F. (en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinados por Bercovitz y Amorós Guardiola, Madrid, 1986, pp. 76, 83, 84, 91); SANTOS ARNAU, L. y VILA COSTA, B. (*Comentario a la Ley 51/1982, de 13/7, de modificación de los arts. 17 a 26 CC en materia de nacionalidad*, en RJC, 1983, pp. 863 y 864); DÍAZ GARCÍA, N. (*La reforma de la nacionalidad*, Madrid, 1991, p. 78); LETE DEL RÍO, J. M. (*La nueva regulación de la nacionalidad* –en adelante, Monografía–, 2.ª ed., Madrid, 1987, pp. 86 y ss., Manual, p. 139, en *Breve exégesis de la nueva ley de nacionalidad (de 17/12/1990)*, en AC, 1991, p. 309, y en *Adquisición de la nacionalidad española por otorgamiento de carta de naturaleza*, en AC, 1996, pp. 399 y ss); DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J. (en *Comentarios del*

Lo de las «*circunstancias excepcionales*» del art. 21.1 CC, se dice, constituye un concepto jurídico excesivamente indeterminado, vago e impreciso que se presta a variopintas y latas interpretaciones muy subjetivas que, a la postre, pueden servir para que el Gobierno, en el ejercicio de la discrecionalidad que el propio art. 21.1 CC le concede, eluda o defraude los requisitos legales, de fondo y procedimiento, exigidos por los otros mecanismos de adquisición de la nacionalidad. Sería, así, la carta de naturaleza un cajón de sastre, una vía de escape, y burla, a los demás medios legales de adquisición de la españolidad.

Y lo de la «*discrecionalidad*», se dice, es tal y tanta que posibilita que la carta sea una gracia, un beneficio o privilegio singularísimo a conceder o denegar arbitrariamente, según la libre decisión más política que jurídica del Consejo de Ministros, pues, a diferencia de la naturalización por residencia, aquélla ni está reglada, ni es obligatoria, como lo prueba que pueda concederse aun cuando no concurren circunstancias excepcionales en el interesado, o denegarse aun cuando sí concurren, o que habiendo varios interesados en idénticas circunstancias, se conceda a unos y deniegue a otros; o de que incluso ni siquiera haya contestación a la petición del extranjero que insta la carta de naturaleza, como lo prueba, dicen, el art. 366. III RRC, al indicar que «*no es imperativa la resolución de las peticiones de gracia*».

A favor de esta posición tan crítica la propia Historia muestra cómo la carta de naturaleza puede prestarse a abusos. Lo demuestran, en efecto, las ocho Leyes del Título XIV, Libro I de la Novísima Recopilación que, conforme a las Pragmáticas y Reales Cédulas que recopila y cita, prohibieron, no sólo para el futuro, sino incluso revocándolas, casi todas las cartas de naturaleza hasta entonces concedidas¹⁰, ante la práctica abusiva que de ellas se hizo permitiendo que, sin reciprocidad y

CC, Ministerio de Justicia, T. I, Madrid, 1993, pp. 193 y 194, aunque matiza en pp. 195 y 196); ALBACAR (en *Comentarios al CC, T. I*, pp. 261 y 262); MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J. (*La nacionalidad, en Codificación, persona y negocio jurídico*, Barcelona, 2003, pp. 149 y 150). En la clase política, destacan, entre otras, la enmienda n.º 31 del Grupo comunista ante la reforma del CC en 1982, proponiendo que la carta de naturaleza quedase como sistema residual de dispensa de los plazos legales de residencia para adquirir la nacionalidad por este sistema; y la enmienda n.º 77 de IU-IC en la reforma del CC sobre nacionalidad de 1990, proponiendo su abolición.

¹⁰ Se decía, *a.e.*, en la Ley 1, que «*por esta ley revocamos y damos por ningunas, y de ningun valor y efectos todas qualesquier nuestras cartas de naturaleza, que fasta aquí hemos dado y diéremos de aquí en adelante á todas qualquier personas estrangeras, y no naturales de nuestros reynos*». Confirman tales revocación y prohibición de futuro las Leyes 2 y 3, de igual Título y Libro. Y la Ley 4 vendrá a consagrar la prohibición absoluta: «*aunque proceda la mayor causa que se pueda considerar*».

facilitando la evasión de capitales, muchos extranjeros-naturalizados gozasen de dignidades y beneficios eclesiásticos o seculares que usualmente no eran concedidos a los súbditos naturales de origen¹¹.

Mas que haya sido maleempleada, como puede serlo cualquier institución, no demuestra, en mi opinión, que la carta de naturaleza sea de suyo, *natura sua*, fraudulenta, ni arbitraria, aunque pueda degenerar en su uso. De hecho, continuando con el caso anterior, la *ratio* inicial que durante el Medioevo motivó la concesión de numerosas cartas de naturaleza a los extranjeros fue su participación en la Reconquista. ¿Acaso no era por entonces conveniente, dentro de lo justo, compensar tales servicios? Otra cosa fue, como así sucedió, que luego, prescindiendo de la justificación originaria o de cualquier otra, se continuasen concediendo naturalizaciones por carta con total y absoluta arbitrariedad. No en vano, siendo conscientes de que lo sucedido obedeció a la práctica viciada de un buen instrumento, las propias Leyes prohibitivas de la Novísima Recopilación permitieron, aunque como algo excepcional, la concesión en el futuro de más cartas de nacionalidad siempre que hubiese «alguna muy justa y evidente causa» o «salvo por grandes servicios», decían las leyes 1 y 2, y «sino en caso que precisamente lo pidan grandes conveniencias al Real Servicio» o «si no es en caso de precisa necesidad... ó por especiales méritos de alguno sugeto determinado, ó por no haber cosa proporcionada con que poder premiar sus oficios sino con algun Oficio ó Dignidad, que pida para su goce posesion de naturaleza», decía la Ley 6; e incluso se permitió mantener las concesiones pretéritas siempre que el naturalizado acreditase, en el plazo de dos meses a contar desde el 4 de agosto de 1525, que se «hicieron por servicios hechos á Nos y á nuestra Corona de Castilla», según decía la Ley 3.

¹¹ Sin necesidad de reproducir tan extensas normas, baste con reproducir el comentario que sobre ellas hace GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (*Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil español*, T. I, Madrid, 1862, pp. 196 y ss.), al estimar la naturalización como «un beneficio singularísimo ese privilegio que abre al extranjero –sic– las puertas de una patria que no es la suya, con la cual no le unían antes vínculos algunos, cuya protección anhela, tal vez más que por la fuerza del sentimiento, por deseo de obtener honras y mercedes. Posiblemente ha habido en este punto sobrada facilidad: el abuso en conceder cartas de naturaleza á extranjeros con el fin de habilitarlos para obtener prelacías, dignidades y beneficios, dio margen á que se publicaran las ocho leyes del título XIV, Libro I de la Novísima Recopilación, con los reales decretos y pragmáticas que van por nota. En una obra de esta clase es poco esencial el estudio de estas leyes; pero los canonistas no las olvidan, y nosotros tenemos que recordarlas para comprender los efectos y tambien el perjuicio de ciertas naturalizaciones».

Lo mismo podría decirse, justificando la oportunidad y justicia en su concesión, de las naturalizaciones posteriores¹² y de los RRDD, más recientes antes mencionados, sobre concesión de la nacionalidad por carta de naturaleza en favor de los sefarditas (judíos descendientes de los expulsados de España en tiempos de los Reyes Católicos por la Real Cédula de 31/12/1492; cfr., art. 22 CC vigente¹³), de los saharauí (antiguos «españoles nativos o indígenas», frente a los «peninsulares», desamparados, sin exageración, por España desde 1976¹⁴), de los guineanos (residentes en España y pertenecientes a las «provincias» de Fernando Poo y de Río Muni, por haber sido fieles súbditos españoles antes de la descolonización y su independencia, como Estado creado *ex novo*, en 1968)¹⁵, a favor de los miembros de las Brigadas Internacionales participantes

¹² En tiempos de la Codificación, como antes se indicó, GARCÍA GOYENA, F. (en sus *Concordancias*,..., T. I, Madrid, 1852, p. 30), decía que de las cartas de naturaleza existía una «práctica habitual, y a veces abusiva»; mas no por ello se dejó de prever tal modo de adquisición de la españolidad en el art. 18.3.º del Proyecto de CC de 1851, que, bien es verdad, obedecía, reproduciendo su contenido, al art. 1.3.º CE-1876.

¹³ BENSABAT BENARROCH (*La nacionalidad española de los judíos sefarditas*, en RGLJ, 1979, pp. 143148), MOGILEVICH, B. (<http://www.congresosefardadmundial.org/congreso/ponencias/ponencia13.htm>), consideran los DD-Leyes de 1924 y de 1948, y hoy el art. 22 CC (con precedente en el Decreto republicano de 29/4/1931), como una reparación, que honra hoy a España, del daño ocasionado en 1492.

¹⁴ En el RD 2258/1976, de 10 de agosto, se decía: «... España ha puesto término definitivo a su presencia en dicho territorio y a sus poderes y responsabilidades en la administración del mismo con fecha de 26 de febrero de 1976, concluyendo así un prolongado período de vinculación permanente y afectiva de su población con nuestro país. (...) En consideración a estas circunstancias, resulta justo conceder la facultad de optar –sic– por la nacionalidad española a aquellas personas pertenecientes a la población autóctona del Sahara que, reuniendo las condiciones necesarias, expresen ese deseo en un plazo prudencial. (...) Por tanto, y en uso de las atribuciones que me confiere el art. 19 CC –correlativo hoy al art. 21.1 CC–...». Para un repaso objetivo y desapasionado sobre lo acontecido en el Sahara es aconsejable la lectura de la STS de 28/10/1998; y también nos remitimos a PEÑA BERNALDO (pp. 32 a 35, 39 y 40). Para una visión más crítica, y en parte apasionada y apasionante, RUIZ MIGUEL, C.: *Nacionalidad española de ciudadanos saharauis: secuela de una descolonización frustrada (y frustrante)*, en RGD, 1999 (y en <http://www.afrol.com/es/Paises/Sahara/documentos/nacionalidad.htm>).

¹⁵ El RD 2987/1977, de 28 de octubre, decía: «Atendiendo a las razones singulares que concurren en determinados guineanos especialmente vinculados con España –por haber sido súbditos españoles–, resulta justo entender que se dan en ellos las circunstancias excepcionales previstas en el art. 19 CC –correlativo al actual 21.1 CC– a los efectos de la concesión graciosa de la nacionalidad española». Y decía en su art. 1: «A los efectos del art. 19 CC –hoy 21.1 CC–, se entiende que concurren circunstancias excepcionales en los guineanos residentes en España al tiempo de publicarse la presente disposición, siempre que les haya sido de aplicación, con anterioridad al 12 de octubre de 1968 –fecha de la independencia de Guinea-Ecuatorial, en que los guineanos dejaron de ser súbditos españoles–, lo dispuesto en el párrafo primero del art. 2 del texto legal aprobado por el Decreto n.º 1885/1964, de 3 de julio»; es decir, como explica PEÑA BERNALDO (p. 36), «haber ostentado, como naturales de Fernando Poo y Río Muni, los mismos derechos y deberes reconocidos a los españoles por las leyes fundamentales», conforme a la Ley guineana de 20/12/1963. Y se añadía en la Disp. Adicional 1.ª: «Sin perjuicio de que, en su interés, puedan formular la declaración a que se refiere el art. 2, se reconoce a todos los efectos que los guineanos que, tras el 12 de octubre de 1968, hubiesen estado al servicio de las armas españolas o ejercido cargo o empleo público de España como súbditos españoles, optaron por seguir teniendo esta última condición».

en la Guerra Civil española¹⁶, en la que, a diferencia de otras guerras (como la carlista, la de Cuba,...¹⁷), nunca se tuvo un gesto de consideración para con sus víctimas, y, finalmente, a favor de las víctimas extranjeras del atentado terrorista del 11-M¹⁸.

Pero más allá de la causa justificativa, de la concreta circunstancia excepcional en que se amparan tales normas, es necesario ante todo defender en general la carta de naturaleza como posible modo de adquirir la nacionalidad española.

En general, tal vez convenga recordar¹⁹ que toda regulación sobre nacionalidad, y no sólo la relativa a la carta de naturaleza, implica una cuestión de política legislativa por abordar una materia de Orden Público que afecta al estado civil, siendo por ello materia de Derecho privado y público, en la que subyace una tensión entre el individuo y el Estado, entre los principios de personalidad y de comunidad, como decía De Castro²⁰, que si bien no se desgaja de vínculos naturales (históricos, culturales,...), reposa también en valores políticos, que son determinantes en el contenido de esa regulación; todo lo cual, sin duda y sin necesidad de crítica por ello, supone cierta discrecionalidad, que no arbitrariedad ni capricho, por parte del Poder Público a la hora de legislar sobre los medios de adquirir la nacionalidad española, encontrándose solo vinculado por los parámetros del art. 11 CE.

Y, en particular sobre la naturalización, como también nos decía De Castro²¹, «la concesión de la carta es un acto administrativo de

¹⁶ El RD 39/1996, de 19 de enero, como también recuerda el RD 1792/2008, de 3 de noviembre, decía en su preámbulo: «*Es de justicia reconocer la labor en pro de la libertad y de la democracia llevada a cabo por los voluntarios integrantes de las Brigadas Internacionales durante la guerra española de 1936 a 1939. Los supervivientes de la contienda merecen ver de un modo patente la gratitud de la Nación y para ello nada más justo que entender que se dan en ellos las circunstancias excepcionales previstas en el art. 21 CC a los efectos de la concesión de la nacionalidad española por carta de naturaleza*».

¹⁷ Vid., MARTÍNEZ-CARDOS (pp. 564 y 565).

¹⁸ En el preámbulo del RD 11-M se decía: «*Los atentados terroristas acontecidos el 11 de marzo de 2004 en Madrid han causado una gran catástrofe humana sin distinción de nacionalidad u origen. (...) La gravedad de los atentados cometidos, la necesidad de ayuda a la situación de las víctimas extranjeras, así como el deseo de facilitar su arraigo, lleva a considerar que concurren las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 21 del Código Civil en las víctimas y sus familiares, a los efectos de la concesión de la nacionalidad española por carta de naturaleza*»; idea ésta que reitera en la primera frase de su art. 1: «*A los efectos del art. 21 CC sobre adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza, se entiende que concurren circunstancias excepcionales en las víctimas de los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004. Se entenderán por víctimas, en todo caso, los heridos en dichos atentados, así como el cónyuge, los descendientes y los ascendientes, en ambos casos, en primer grado de consanguinidad de los fallecidos*».

¹⁹ Como así se advierte en la común manualística (DE CASTRO, pp. 393 y 394; PUIG PEÑA, T. I, vol. 2.º, pp. 107 y 108; CASTÁN, T. I, vol. 2.º, Madrid, 1978, p. 440; PEÑA BERNALDO, pp. 6 y 7; Díez-PICAZO, Manual, pp. 302 a 304; LETE DEL RÍO, Manual, pp. 128, 129 y 133, entre otros).

²⁰ *Ult. loc. cit.*

²¹ *Op.cit.*, p. 413.

carácter no reglado, pero no arbitrario, pues se ha de atender al concederla a los superiores intereses del Estado». Porque la discrecionalidad, que late en toda regulación sobre nacionalidad en general, no significa arbitrariedad, «significa la posibilidad de elegir entre varias situaciones justas aquella que se considere conveniente»²²; conveniencia pues, política si se quiere, pero siempre conveniencia dentro de lo justo. Por eso, toda carta de naturaleza ha de estar en el fondo justificada (*ex art. 220 RRC*²³, aunque tal justificación no suela expresarse en los RRDD de concesión individual²⁴); no queda en ella lugar para la arbitrariedad, expresamente proscrita por los arts. 9.3 y 106.1 CE, y también, en materia de nacionalidad, por el art. 15 de la Declaración de Derechos Humanos (aplicable para todos, nacionales y extranjeros, *ex arts. 10.2 y 13.1 CE y art. 3.2 LO Extranjería*).

Ni siquiera cabe compartir la generalizada idea de que la carta de naturaleza constituya un mecanismo absolutamente no reglado. Tampoco hay que confundir discrecionalidad con falta de reglamentación. Como también decía De Castro²⁵, en toda carta hay que respetar las normas generales sobre nacionalidad y las disposiciones especiales, tanto las de forma (especialmente, por su rango legal, las de los arts. 21.3 y 4, y 23 CC), como las de fondo, especialmente la existencia de «*circunstancias excepcionales*», lo que obliga a denegar la naturalización cuando tales circunstancias excepcionales no concurren, sean irrelevantes (no excepcionales) o lo sean menos que otras (v. gr., que el extranjero sea un espía, un

²² Así lo dice, aunque refiriéndose a la adquisición de la nacionalidad por residencia, para afirmar su carácter reglado y negar su discrecionalidad frente a la carta de naturaleza, y aun refiriéndose a la expresión «*orden público e interés nacional*» del art. 22 CC como concepto jurídico indeterminado, multitud de SSTs de la Sala 4.ª, dejando bien claro que no cabe confundir discrecionalidad y arbitrariedad; entre otras, las SSTs de 7/10/1996, 26/7/1997, 24/4/1999, 5/6/1999, y de 25/10/1999, añadiendo ésta que «*la inclusión de un concepto jurídico indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados*».

²³ Como dice LASARTE (Manual, p. 288), en réplica a la crítica generalizada, «la consecución –del RD de concesión– exige un expediente preparatorio que garantiza suficientemente la decisión final». Como así lo prueba el art. 220 RRC, donde según ESPINAR VICENTE, J. M. (*La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, 1.ª ed., Madrid, 1994, p. 135), «se concretan datos mínimos que permiten perfilar los hechos determinantes sobre los que se ha de proyectar el ejercicio de tal potestad». Y como dice, siguiendo a CASTRO, PUIG PEÑA (T. I, vol. 2.º, p. 120), acerca de las circunstancias excepcionales, «esta exigencia delimita el carácter de la discrecionalidad; es una gracia ciertamente, pero ha de estar especialmente justificada».

²⁴ Como salvedad, FERNÁNDEZ ROZAS (p. 190, con nota 100), y LETE DEL RÍO (Monografía, p. 86), citan el RD 31/1979, de 5 de enero, que concedió la carta de naturaleza a Carlos Hugo de Borbón-Parma, por el hecho de «su pertenencia a una familia tan estrechamente unida a la historia de España».

²⁵ En p. 414.

terrorista, un traficante de drogas o de armas,...)²⁶. Es, pues, un sistema de concesión, al menos, parcialmente reglado, o «de discrecionalidad vinculada», como dice Pantaleón²⁷, lo que ya impide su comparación con sus precedentes históricos, con las antiguas naturalizaciones por carta regias absolutamente arbitrarias, que, precisamente, fueron las proscritas por la Novísima Recopilación.

En efecto, las «*circunstancias excepcionales*», que constituyen un innegable concepto jurídico indeterminado –¡como el del *bonus pater familias*, tan empleado en el CC!–, pueden ser de muy variada índole (política, social, económica, cultural, deportiva, militar,...). Y, en efecto, es posible que por esa indeterminación el art. 21.1 CC sea un cajón de sastre, una vía de escape para que atendidas esas circunstancias de toda índole del extranjero a naturalizar se pueda conceder la españolidad a pesar de no cumplir dicho extranjero alguno o incluso ninguno de los taxativos requisitos legales para adquirirla por otra vía (opción, residencia,...)²⁸, o a pesar de que ni siquiera el extranjero haya prestado algún servicio directo a España (v. gr., por tratarse de un apátrida, asilado, refugiado, o encontrarse en situación de desamparo,...²⁹). Mas esa es, o debe ser, precisamente, la función de la carta de naturaleza dentro del sistema legal de adquisición derivativa de la nacionalidad, pues frente a la rigidez, e incluso a la deficiencia, de éste, que no permite su interpretación extensiva o por analogía³⁰, aquélla actúa como vía flexibilizadora y correctora del sistema común atendidas las circunstancias excepcionales *super casum* y *ad per-*

²⁶ Afirmación, con ejemplos incluidos, hecha por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (p. 330) y por el propio FERNÁNDEZ ROZAS (pp. 186 y 187), para quien lo de las circunstancias excepcionales debe observarse desde una doble dimensión, positiva y negativa: que sí se den tales circunstancias y que no haya otros factores impositivos de la concesión.

²⁷ PANTALEÓN (p. 75). Y siguiéndole, FERNÁNDEZ ROZAS (p. 182), quien habla de discrecionalidad parcialmente vinculada y de naturalización relativamente reglada; ESPLUGES MOTA, C. y otros: *Nacionalidad y extranjería*, Valencia, 2004, (p. 49); Díez DEL CORRAL (p. 193).

²⁸ Así, como mecanismo especialmente supletorio para dispensar los plazos legales de residencia para adquirir la nacionalidad, la conciben, con tono crítico, ESPINAR VICENTE (pp. 107 a 109); FERNÁNDEZ ROZAS (pp. 186 y 187); SANTOS ARNAU y VILA COSTA (pp. 863 y 864), siguiendo todos ellos la enmienda n.º 31 del Grupo comunista en la reforma del CC de 1982 en materia de nacionalidad.

²⁹ Frente al anterior elenco hecho entre paréntesis, que es indicado por la *communis opinio*, estas otras circunstancias son indicadas por PAZ AGUERAS, J. M. (*Comentarios a la nueva ley de nacionalidad*, Madrid, 1984, p. 27). Sobre el caso particular del refugiado, el art. 34 del Convenio sobre el Estatuto de Refugiados de Ginebra de 28/7/1951, dice: «*Los Estados contratantes –entre los que está España (BOE de 21/10/1978)– facilitarán en todo lo posible la asimilación y la naturalización de los refugiados. Se esforzarán, en especial, por acelerar los trámites de naturalización y por reducir en todo lo posible los derechos y gastos de tales trámites*».

³⁰ Como advertía DE CASTRO (p. 398), «por tratarse de un estado civil, ser de orden público y afectar a la capacidad, –las normas sobre nacionalidad– han de interpretarse de modo estricto y no cabe extender las disposiciones que la regulan por interpretación analógica y menos por criterios extrajurídicos».

*sonam*³¹. En el art. 21.1 CC subyace una medida justa, equitativa, de la equidad ponderadora e integradora con resultado corrector del art. 3.2 CC. Sin exageración, creemos que se amolda al espíritu del RD de 31 de mayo de 1974 que vino a reformar el Título Preliminar del CC, introduciendo como novedad con alcance general a la equidad en su doble función interpretadora e integradora que le confiere el art. 3.2 CC. La carta de naturaleza del art. 21.1 CC podría estimarse como un caso en que la equidad viene reconocida expresamente por ley para resolver casos concretos evitando que la aplicación en ellos de las normas generales sobre adquisición de la nacionalidad resulte injusta. La carta de naturaleza sería –parafraseando el Preámbulo de aquel RD-1974– un «*elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de los casos*».

Por supuesto, no deja de ser la contenida en el art. 21.1 CC una equidad singular frente a la más general del art. 3.2 CC, al venir aquélla referida a la creación de normas (el RD de carta de naturaleza), no a la aplicación de normas ya creadas, y no atribuida, como prevé el 3.2 CC, al Poder Judicial, ni atribuida por el art. 21.1 CC, frente a la tradición histórica, al Poder Legislativo, sino al Poder Ejecutivo, sin que ello haga quebrar la separación de Poderes Públicos, ni suponga injerencia del Gobierno en la potestad del Parlamento (cfr., arts. 11 CE y 21.1 CC). ¿Acaso lo supone, de suyo, el indulto, amparado hoy, también como medio equitativo corrector, en el art. 62.i CE?

La comparación entre carta de naturaleza e indulto, salvando las distancias, no es improcedente; ambos son, en su idéntica *ratio*

³¹ *Vid.*, por todos, para mayor detalle, ESPINAR VICENTE (pp. 105 a 108), quien en síntesis concibe la carta de naturaleza como un sistema de discrecionalidad correctora y flexibilizador residual, como vía de escape y como cláusula de cierre, fundado en exigencias de justicia ante las deficiencias técnicas y la rigidez y taxatividad del sistema legal ordinario de adquisición de la nacionalidad. Así también RAMOS CHAPARRO, E. (*Ciudadanía y Familia: los estados civiles de la persona*, Barcelona, 1999, p. 214), quien, sin demérito de los demás, lo explica de un modo inmejorable: «La concesión discrecional de la nacionalidad por carta de naturaleza –dice–, en cuanto se basa en circunstancias excepcionales o no tipificadas, supone una derogación *ad personam* del régimen de los requisitos ordinarios, y tiene, por ello, un significado afín al privilegio o a la dispensa, que nos recuerda el carácter público del vínculo ciudadano, al introducir directamente al Poder político en la mecánica causal de un estado civil, mediante un acto singular, que es la base del hecho relacionante... Esta fórmula legal (preestablecida también, en cuanto tal, por el ordenamiento) es un elemento final de flexibilidad en el sistema adquisitivo, que deja, en última instancia, en manos de la decisión gubernamental, una adquisición “irregular”, pero querida y solicitada por el sujeto. Siempre cabe el peligro de que un rígido sistema legal determinante pueda impedir la incorporación a la sociedad nacional de alguna persona, cuyas circunstancias excepcionales queden fuera de la letra de la ley, pero recomienden, por alguna justa causa, la adquisición del vínculo; ante este riesgo técnico inevitable, el propio legislador ha establecido la válvula de escape, reconociendo directamente al Poder Ejecutivo del Estado, una potestad creadora excepcional del *status civitatis*». Últimamente, en sus últimas ediciones, parece acoger esta explicación FERNÁNDEZ ROZAS (pp. 185 y 186).

teleológica, mecanismos correctores de equidad, que igualmente, como sucede con los derechos también (cfr., art. 7.2 CC), pueden ser ejercitados abusiva o antisocialmente, sin que ello justifique su abolición; y las diferencias que entre ambos hay son sólo de medida: mientras que la potestad de indultar es otorgada por la propia CE al Gobierno, para que la ejercite mediante RD (cfr., art. 62.i CE y art. 30 Ley de 18/6/1870, de la Gracia de indulto, modificada por la Ley de 14/1/1988), el art. 11 CE delega, sobre nacionalidad en general, en la ley, y ésta en el art. 21.1 CC otorga la potestad para conceder cartas de naturaleza al Consejo de Ministros; mientras que el indulto permite exonerar, incluso en su totalidad, de responsabilidad penal, aun habiéndola según las normas penales (el régimen común), siempre que ello obedezca a «razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia –o utilidad– pública» (arts. 4 y 130.3.º CP, arts. 2.3, 4, 11, 16 y 25 Ley del Indulto, y art. 666 LECrim)³², la carta de naturaleza permite conceder la nacionalidad española aun cuando ésta no pueda adquirirse por las demás vías legales.

Precisamente por esto último, más que válvula abierta de escape, de burla, más bien, con Espinar Vicente³³, habría que estimar a la naturalización por carta como cláusula de cierre, como mecanismo supletorio de último grado para adquirir la españolidad, que debe, pues, en principio excluirse cuando quepa cualquier otra vía legal adquisitiva de la nacionalidad³⁴.

³² Como dice MUÑOZ CONDE (*Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Valencia, 2002, p. 419), «desde un punto de vista político-criminal el derecho de gracia puede ser utilizado como medio de conseguir la rehabilitación del condenado, corregir errores judiciales o templar el excesivo rigor de penas legalmente impuestas», y ello lo dice a pesar de que «en la práctica se ha utilizado muchas veces por simples razones coyunturales de política general e incluso como un arma política para evitar condenas de amigos o cuando políticamente se consideraba conveniente». Por su parte, AGUADO RENEDE, C. (*Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, Madrid, 2001, p. 253), en sus conclusiones, considera la gracia, en general (el indulto, la amnistía, ...), «como institución de existencia incontrolable –pero– en tanto se trata de una institución que cumple un papel de cláusula de cierre –o válvula de seguridad, dice luego– del sistema del Estado de Derecho, la conveniencia de que la gracia exista plantea pocas dudas, pese a los muy autorizados pareceres en contrario que ha habido siempre y que subsisten hoy»; como puede verse, entre las opiniones más recientes, en la de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (*Una lectura crítica de la Ley del indulto*, en Indret, n.º 2, 2008).

³³ *Ult. loc. cit.*

³⁴ También parece acoger tal explicación ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (pp. 105 y 106). Así, *a.e.*, pudiendo haber naturalización por residencia, que además es más rápida de obtener, a ella debería acudir el extranjero antes que a la carta de naturaleza. De este modo lo dijo la RDGRyN de 6/3/1970, ante la avalancha de naturalizaciones por carta instada por la Legión extranjera, tal vez movida por el art. 29 del Reglamento del Voluntariado de 11/9/1970, que era reproducción de la Regla 23 de la Real Orden de 4/9/1920 y que tenía su precedente en el RD de 31/9/1909, sobre las Compañías de Moros Tiradores de Ceuta, que instaba a los extranjeros miembros de tales cuerpos militares a solicitar la españolidad tras dos años de intachable servicio. Ante tal avalancha de peticiones, dijo aquella Resolución de la DGRyN: «Reiteradamente se ha venido solicitando al Jefe de Estado por miembros de la Legión o de otras unidades militares la concesión de la nacionalidad por carta de naturaleza, la cual exige un Decreto del mismo, previa la deliberación del Consejo de Ministros... En la mayor

Aquella comparación entre carta por naturaleza e indulto, por ser ambas medidas excepcionales fundadas en razones de conveniencia y justicia, y aquella –creemos– necesaria conexión entre los arts. 21.1 y 3.2 CC, explican, exigen que las circunstancias a ponderar en cada caso y según cada extranjero equivalgan a la existencia de una justa causa, lo que impide, o hace rechazable, que la carta de naturaleza sea un privilegio indiscriminado, contrario a la igualdad (art. 14 CE)³⁵, por tratar injustificadamente a unos extranjeros mejor que a otros. La justicia, como valor supremo (art. 1.1 CE), exige una igualdad proporcional, el *suum cuique tribuere* de Ulpiano, exige tratar por igual a los iguales y de desigual forma a los desiguales, debiéndose favorecer dentro de la desigualdad a los que merezcan mayor protección o reconocimiento. A ello debe obedecer toda carta de naturaleza.

III. JUSTIFICACIÓN FORMAL DE LAS NATURALIZACIONES COLECTIVAS, EN PARTICULAR, COMO AUTÉNTICAS CARTAS DE NATURALEZA: SU LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD

Lo usual, dentro de su inusual práctica, es que las cartas de naturaleza se concedan por RD de forma individualizada, a personas concretas, conforme al procedimiento establecido en los arts. 220 a 224 y, también en parte, en los arts. 365 a 369 RRC; en síntesis, del modo en que sigue:

1.º La solicitud del extranjero aspirante a ser naturalizado, conforme a los requisitos de legitimación (art. 21.3 CC)³⁶ y de con-

*parte de los casos, concurren circunstancias suficientes para la concesión de la nacionalidad por residencia, dado que los interesados llevan en España el tiempo exigido para la concesión y la economía de procedimientos aconseja que se siga entonces esta tramitación, la ordinaria». En la misma línea, la RDGRyN de 23/4/1970. Tal vez por ello se sorprende PANTALEÓN (p. 84, nota 39), que Fernando Fernán Gómez adquiriese la nacionalidad por carta (RD 1574/1984, de 20/6) y no por residencia. No obstante, según PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (p. 325), cabría por razones de economía y coincidencia procesal acumular ambas solicitudes (por carta y por residencia), o incluso instar la carta y *ad cautelam* la naturalización por residencia. Así pareció aconsejarlo la RDGRyN de 28/5/1971; y así, recientemente, parece concebir la carta de naturaleza como mecanismo supletorio de último grado –junto con la nacionalización por residencia de un año– la RDGRyN de 14/1/2000.*

³⁵ Norma ésta que, aunque hable de «*españoles*» y se aplique a ellos preferentemente, también resulta aplicable a los extranjeros, como detenidamente defiende y argumenta RAMOS CHAPARRO (pp. 261 a 264), a cuyas explicaciones nos remitimos.

³⁶ Para el estudio de dicho art. 21.3 CC, nos remitimos, por su concisión, a las explicaciones de Díez del Corral (pp. 193 y 194), y para mayor profusión, a las de Lete del Río (AC, 1996, pp. 404 a 407). Asimismo, frente a unos pocos que critican la posibilidad, introducida en 1990, de que los menores e incapacitados puedan instar, con ayuda o con la

tenido de la petición (cfr., arts. 220, 230, 231 y 348 RRC)³⁷, cuyos extremos más importantes, especialmente el de la existencia de las circunstancias excepcionales, habrán de acreditarse, en general por cualquier medio de prueba (cfr., arts. 221, 222 y 226 a 228 RRC); dicha petición se habrá de realizar ante el M.º de Justicia o ante el Encargado del Registro Civil competente (art. 365 RRC)³⁸.

2.º Trámite de instrucción ante la DGRyN, bajo la supervisión del Ministerio de Justicia, que, sin necesidad de contar con el Ministerio Fiscal³⁹, podrá comisionar al efecto al Encargado del RC y recabar informes oficiales necesarios del Ministerio del Interior, para así dictar el Informe en el que, según el art. 366.1 RRC, «se limitará –aquél– a enjuiciar los requisitos de fondo y forma, y a destacar los hechos probados y notorios que puedan ilustrar para la decisión» (cfr., arts. 222, 344 y 365 ss RRC).

3.º La fase decisoria: a propuesta –no vinculante– del Ministerio de Justicia, formada a partir de aquel Informe de la DGRyN, decidirá finalmente el Consejo de Ministros, que, si en efecto estima la solicitud, concederá la carta de naturaleza *ad personam* y nominalmente, a favor del solicitante, mediante RD (cfr., arts. 21.1 CC y 223 RRC), que se publica en el BOE⁴⁰, normalmente advirtiendo al

suplencia de sus representantes legales, la carta de naturaleza por ser cuestión personalísima, con la común opinión hay que estimarlo como favorable.

³⁷ Un modelo de solicitud de la nacionalidad por carta de naturaleza puede verse en el suplemento n.º 77 del BOE de 25/7/2007.

³⁸ Aunque exceda del objeto del presente estudio, sorprende en cuanto a la petición de naturalización que el art. 220.2.º RRC todavía exija que se haga referencia al «estado civil» y, en su caso, a la situación actual «del cónyuge y de los hijos sujetos a la patria potestad» del solicitante:

Por una parte, habiendo sido derogado en 1975 por razones de igualdad el principio de la unidad familiar del antiguo art. 19 CC, en cuya virtud la españolidad del esposo naturalizado se extendía *ipso iure* a su consorte y a sus hijos, parece sobrar en general aquella mención. Como así lo creen, comentando en general el art. 220 RRC, LUCES GIL (*Análisis de las modificaciones introducidas en el régimen de la nacionalidad española por la ley de 2/5/1975*, en RGLJ, 1975, p. 106), y PEÑA BERNALDO (pp. 361 y 362), aunque advierte éste que quizá aquella mención tenga importancia para otras cuestiones (derecho de alimentos, legítimas, ... *ex arts. 9, aps. 7 y 8, y 10.2 CC*), amén de que puedan ser interesados directamente *ex art. 346 RRC*. No obstante la abolición, es de advertir que aún hoy PÉREZ VERA y ABARCA (p. 8), plantean la posibilidad de extensión de la nacionalidad *ex art. 236 RRC*, lo que, con razón, critica PANTALEÓN (p. 93), porque tal norma reglamentaria carece ya hoy del apoyo legal que antes tenía y la hacía aplicable, por lo que resulta incluso contraria al art. 11 CE.

Por otra parte, aunque en consonancia con aquel 220.2.º RRC, el art. 235 del propio RRC sigue diciendo que «en los traslados de la concesión de nacionalidad... por carta de naturaleza, ... se advertirá expresamente que los hijos del interesado sometidos a la patria potestad tienen derecho a optar a la nacionalidad española conforme a los arts. 19 y 20 CC», cuando tal reenvío puede tener difícil aplicación, por cuanto esa remisión se hacía cuando tales normas del CC tenían un contenido diverso al vigente.

³⁹ Cuya ausencia en este expediente, en el que se ventila una cuestión de orden público que afecta al estado civil, es muy criticada, calificándola incluso de ilegal *ex arts. 63.2 y 97.2.º LRC*, por PANTALEÓN (p. 76), y, siguiéndole, PEÑA BERNALDO (pp. 642 y 643).

⁴⁰ Que sea aquella la forma, la de RD, es muy criticado por ESPINAR VICENTE (pp. 132 ss): 1.º porque si la carta es un acto administrativo con destinatario determinado, el RD por su propia naturaleza tiene un alcance normativo y general (*ex arts. 62 y 63 CE*);

beneficiario de que para adquirir efectivamente la nacionalidad española por naturaleza, como dicen los arts. 21.4 CC y 224 RRC, habrá de proceder aquél en el plazo de caducidad de 180 días naturales, a computar desde el siguiente en que recibió la notificación en el domicilio indicado en la solicitud⁴¹, a cumplir con los requisitos del art. 23 CC (juramento o promesa⁴² de obediencia al Rey, la CE y las leyes españolas; renuncia, en su caso, a la nacionalidad anterior; e inscripción en el Registro Civil, Nacional o Consular⁴³)⁴⁴, momento en que ya se adquirirá la españolidad (cfr., art. 330 CC), y, por extensión, la ciudadanía europea, si no se tenía antes, y la vecindad civil que sea elegida por el naturalizado en la solicitud (cfr., arts. 15 CC y 225 RRC⁴⁵)⁴⁶; todo ello sin efectos retroactivos (cfr., frase final del

2.º porque mientras la carta se concede por RD, para la naturalización por residencia basta una Orden del M.º de Justicia; y 3.º porque mientras el art. 11 CE consagra sobre nacionalidad un principio de reserva de ley, en el art. 21.1 CC parece haber una deslegalización, sólo habiendo ciertas referencias de fondo en el art. 220 RRC. Por su parte, PANTALEÓN (p. 84), se plantea que pueda hoy sólo el Rey conceder cartas de naturaleza, pero lo niega por no encajar tal posibilidad en el art. 62, letras f) e i) CE, que parecen limitarse a los indultos y a los honores.

⁴¹ Así *ex arts.* 5, 21.4 CC, 32 LRC, 5, 6.2, 224, 360.3 y 368 RRC. Que el cómputo es civil lo afirma PEÑA BERNALDO (T. I-3.º, p. 651, y T. IV-5.º, p. 389): «Los 180 días empezarán a contarse en el día siguiente al de la notificación; esta exclusión del día inicial es sólo a efectos de cómputo y no significa que sea enteramente inhábil; recibida la notificación, pues, puede el beneficiario comparecer ante el Registro a cumplir los requisitos prescritos, sin esperar al día siguiente». Y siguiéndole, PANTALEÓN (p. 91); ALBACAR (p. 264); Díez del Corral (p. 194); LETE DEL RÍO (AC, 1996, pp. 403 y 411).

⁴² Antes, la Novísima Recopilación (Ley 9, tít. XI, Lib. IV, siguiendo la Instrucción de 21/7/1791), el art. 101 LRC-1870 y el art. 25 CC originario hablaban de juramento, expresión ésta que para MANRESA (pp. 175 y 177), por respeto a la libertad de creencia religiosa, no debía de hacerse ante Dios, bastando con hacerla por el honor. Hoy ya, *ex art.* 16 CE, el art. 23 CC permite bien jurar, bien prometer.

⁴³ *Ex arts.* 64 LRC, 230 y 231 RRC (cuyo precedente se encuentra, precisamente, en los DD-Leyes de 1924 y de 1948, sobre sefarditas que, en contra del antiguo art. 101 LRC-1870, como novedad incluyó la posibilidad de inscribir la carta de naturaleza en los Registros diplomáticos españoles), conforme al modelo no impreso n.º 13 de la Orden de 24/12/1958 (cfr., además, los arts. 64, 66 LRC, 199, 228, 229 y 236 RRC; y *vid.*, al respecto, LOZANO SERRALTA, M.: *La naturalización en el Derecho español*, en Información Jurídica, 1952; ATARD y GONZALEZ, R: *Derechos de las personas. Alrededor del art. 25 CC*, en RGLJ, 1916, pp. 273 y ss., y 410 y ss; y CASTRO, p. 415, nota 2). Así también los arts. 2 RD-1976, sobre el Sahara, y del RD-1996, sobre brigadistas Internacionales, y el art. 3.1 RD 11-M.

⁴⁴ La cláusula habitual en los RRDD de carta de naturaleza suele ser: «Esta –o la presente– concesión producirá efectos con los requisitos, las condiciones y plazos previstos en el CC». Aunque a veces son más explícitos en la remisión: «Esta concesión –o aprobación de nacionalidad, como a veces se dice–, conforme al art. 23 CC, no tendrá efecto alguno mientras no aparezca inscrita en el RC»; o «esta concesión no producirá efectos hasta que el interesado se inscriba como español en el RC, previas las declaraciones legalmente exigidas, y caducará si se dejan transcurrir 180 días desde la notificación sin cumplimentar estas condiciones».

⁴⁵ Lo habitual en los RRDD de concesión de la nacionalidad española por carta de naturaleza es indicar la vecindad civil (común o territorial) que adquiere el nacionalizado, mas por la sencilla razón de que así puede, y debe, determinarse al tratarse de concesiones *ad nomen* e individualizadas, según la vecindad civil elegida por el nuevo español hecha en la solicitud de la carta.

⁴⁶ No habiendo hoy distinción de efectos, absolutos o limitados, dentro de la naturalización por carta, al estar ya derogada la Novísima Recopilación (*ex art.* 1976 CC) –que

último párrafo de la Base 9.^a Ley de Bases de 11/5/1888⁴⁷ y arts. 330 CC y 64.3 LRC)⁴⁸.

Siendo este el procedimiento habitual, la singularidad de los RRDD de concesión de carta de naturaleza colectiva (a favor de los sefarditas, saharauis, guineanos, víctimas del 11-M y brigadistas internacionales), es evidente por la aparente alteración o inversión de aquel proceder. En todos ellos, sin previa solicitud, la iniciativa ha sido tomada por el propio Consejo de Ministros, dictando *ad hoc* un RD donde permite obtener la carta de naturaleza a un colectivo indeterminado, pero determinable de personas por una serie de circunstancias excepcionales⁴⁹, concediendo –normalmente– para la solicitud un plazo⁵⁰, y delegando en la DGRyN la decisión final que,

distingúa entre naturalización absoluta (la única que equiparaba plenamente al naturalizado con el español), secular, eclesiástica y honoraria–, y al no hacerla el CC al amparo de la igualdad de todos los españoles (*ex art. 14 CE*), el extranjero españolizado por carta es español, aunque de forma derivativa, no de origen, de modo que queda equiparado al español salvo las excepciones que la propia ley contemple (v. gr., art. 25 CC) al amparo de la propia CE (v. gr., arts. 11, aps. 2 y 3, 60.1 CE). El art. 21.1 CC sólo concede discrecionalidad al Gobierno para determinar cuándo concurren o no «*circunstancias excepcionales*» en el extranjero peticionario, pero no se la otorga en la determinación del alcance de la nacionalidad en caso de concederla. En general, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, tras indicar (pp. 6 y 7), que según la Declaración del TC de 1/7/1992 no cabe conceder la nacionalidad *ad gustum* o sólo para determinados efectos, luego (pp. 127 a 131), advierte, con la común opinión, que sí cabe diferencia de trato entre españoles de origen y españoles naturalizados, pero, *ex arts. 14 y 13.2 CE*, sólo aquella que sea permitida por la propia CE a los efectos de pérdida, de doble nacionalidad, de obtención de cargos públicos,... (v. gr., cfr., aps. 2 y 3 art. 11 y art. 60.1 CE). Por eso, dirá PEÑA (p. 124), que los españoles por carta «no nacen españoles, se hacen españoles; no son naturales del Reino... sino naturalizados».

⁴⁷ Que se mostraba muy acorde con el art. 101 LRC-1870, que, en lo que aquí importa, decía: «*Las cartas de naturaleza concedidas á un extranjero por el Gobierno español no producirán ninguno de sus efectos hasta que se hallen inscritas en el Registro Civil del domicilio elegido por el interesado o en el de la Dirección General, si no hubiese de fijar su residencia en España*». En su Exposición de Motivos ya se advertía: «*En todos los casos, como la adquisición de la nacionalidad no puede por menos de partir de un momento preciso y fijo, en que se pierda lo que antes se disfrutaba para lograr la nuevamente elegida, porque dos nacionalidades á un tiempo no se pueden tener* –hoy ya sí *ex art. 24.2.II CC–, natural es que el cambio empiece á producir sus efectos desde el día de la inscripción en el Registro Civil*». Para mayor detalle al respecto, acerca de la génesis y del sentido de tales normas, destacan, entre otros, ATARD (p. 273 ss); y DE CASTRO (pp. 442 y 443).

⁴⁸ Queda a salvo la excepción de retroacción al momento del acta de juramento o promesa (cfr., arts. 35, 64.3 LRC y 226 a 231 RRC), o al de remisión del documento autenticado ante el Ministerio de Asuntos Exteriores (arts. 230 y 231 RRC), en caso de desdoblamiento entre acta (de promesa o juramento) e inscripción, que puede resultar común en la práctica, sobre todo para el caso de que, como «*obstáculo de hecho*» (art. 229 RRC), el Encargado del RC conceda un plazo de gracia para acreditar el contenido alegado en la solicitud (*ex arts. 226 y 227 RRC*). Para mayores detalles sobre dicho posible desdoblamiento, en general, *vid.*, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (pp. 404, 416 a 418, 421 y 422), y PERE RALUY (*Derecho del Registro Civil*, T. II, Madrid, 1962, pp. 597 a 599).

⁴⁹ Aunque bien es verdad que en los Canjes de Notas efectuados por España con Egipto, el 16/1/1935, y con Grecia, el 7/4/1934, se establecieron unas listas nominativas.

⁵⁰ De entre todos los casos, tal vez sea el del RD 11-M del todo injustificable –según hicimos con detalle en RDP, 2004, pp. 703-705, nota 61– por carecer tal plazo de razón concreta –más allá de la seguridad jurídica y del orden público–, por su *dies a quo* retroactivo (al 11-M) –[anterior a la propia fecha de publicación del RD (vs. arts. 9.3 CE y 2.3

lógicamente, no tomará forma de RD publicable en el BOE, y que siendo estimatoria de la petición servirá de título para que el extranjero beneficiario cumpla ya entonces con los requisitos del art. 23 CC para adquirir la nacionalidad española en el plazo, ahora sí, de los arts. 21.4 CC y 224 RRC.

Muy criticado ha sido tal proceder de dichos RRDD por juristas como Pantaleón, Bercovitz y Lete del Río, quienes concluyen afirmando la ilegalidad e incluso la inconstitucionalidad de tales RRDD, porque al tener un destinatario colectivo y quedar la decisión en la DGRyN (*vs.* art. 21.1 CC), en verdad el Gobierno ha impuesto, reglamentariamente (*vs.* art. 11.1 CE) y por extensión analógica de los arts. 20 y 21 CC (*vs.* art. 4.2 CC, al ser normas excepcionales), una nueva especie de opción, o incluso un modo de adquirir la nacionalidad totalmente nuevo, que sólo cabría crear mediante ley (*ex* art. 11.1 CE)⁵¹.

CC)– y por los problemas prácticos que para instar o para acreditar el contenido de la instancia genera la brevedad del plazo (sólo seis meses). También imponían un plazo para la petición de carta de naturaleza casi todos los RRDD de concesión de carta «colectiva», que naturalmente se computa desde su fecha de publicación en el BOE: de un año, los arts. 2 RD-1976, sobre los naturales del Sahara, y RD-1977, sobre guineanos, y de tres el art. 2 RD-1996, sobre brigadistas, eximiéndoles a éstos de plazo alguno el art. 2 del vigente RD-2008 en tanto se tenga concedida la carta con anterioridad, de conformidad con el RD-1996, aunque no adquirida aún la nacionalidad. Mas a salvo este último caso, en los otros dos obedecía el plazo a la necesidad de zanjar lo antes posible si quienes siendo hasta entonces súbditos españoles –categoría ésta siempre hartamente discutida y destinada a desaparecer– tras la descolonización, e independencia sólo en el caso de Guinea, serían definitivamente españoles o extranjeros. Al respecto, pueden verse, PEÑA BERNALDO (p. 33 y ss), y sobre todo, la STS de 28/10/1998. No obstante, de «fecha fatal» y de «plazo preclusivo», hablaban la RDGRyN de 6/3/1996, refiriéndose al RD-1977, sobre guineanos, y la STS de 18/5/1999, acerca del RD-1976, sobre saharauí. Mas recuérdese que el establecimiento del plazo en tales RRDD estaba plenamente justificado.

⁵¹ Refiriéndose a los RRDD de concesión de carta de naturaleza a los naturales del Sahara y de Guinea, dice PANTALEÓN (p. 88): «El tenor literal del vigente art. 21 CC, al igual que el derogado art. 19, contempla únicamente la concesión individualizada de la carta de naturaleza, previa solicitud del interesado. Y tratándose, como se trata, de una norma excepcional o de privilegio, no puede aplicarse a supuestos distintos de los comprendidos expresamente en ella (art. 4.2 CC). Cabe, por supuesto, mediante Ley (art. 11.1 CE), la concesión de carta de naturaleza (o el otorgamiento sin más de la nacionalidad española) a una colectividad de personas sin previa solicitud (incluso aunque no concurren en ellas circunstancias algunas). Pero, en ese caso, estamos fuera del ámbito de aplicación del art. 21. Por eso es precisa al efecto una disposición con rango de ley». Como argumento menor, que en su día fue alegado por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (p. 660) a favor de las cartas de naturaleza colectiva, añadirá PANTALEÓN (en la misma p. 88): «el hecho de que el antiguo art. 235 RRC permitiera expresamente concesiones colectivas de la «venia» para poder recuperar la nacionalidad española contemplada en el derogado art. 25.II CC, sería en todo caso (prescindiendo del carácter reglamentario del precepto) un argumento a favor de la posición que mantengo, nunca en contra. Por la sencilla razón de que, tras la reforma de 1977, el art. 235 RRC no dice ya nada al respecto». En la misma línea, BERCOVITZ (pp. 736 y ss), y LETE DEL RÍO (en AC, 1996, p. 414), refiriéndose éste sobre todo al RD de los Brigadistas Internacionales. Añadirá, además, PANTALEÓN (en p. 88, nota 42), y siguiéndole LETE DEL RÍO (*loc. cit.*), que «la concesión de una carta de naturaleza colectiva es sustancialmente idéntica a la creación de un derecho de opción. Ahora bien, ¿no es claro que solo por Ley cabe crear nuevos derechos de opción? ¿Cómo va a ser posible entonces «defraudar» la reserva de Ley otorgando mediante Decretos cartas de naturaleza colecti-

De admitir tales observaciones críticas, tal vez lo más acertado sería un RD-Ley, en vez de ser un RD, al amparo del art. 86 CE, al modo de los DD-Leyes de 1924 y de 1948 sobre naturalización de los sefarditas, o al del Decreto-Ley de 11/7/1969, sobre derecho de opción a favor de los nacionales y residentes de Gibraltar; aunque siempre con la necesidad –no siempre fácil– de justificar la «*extraordinaria y urgente necesidad*» de tal RD-Ley, como exige el art. 86 CE. Porque admitido hoy según la jurisprudencia del TC que las materias no regulables mediante RD-Ley son, en esencia, las materias reservadas a Ley Orgánica (art. 81 CE), no parece haber impedimento para que mediante RD-Ley se regule materia relativa a la nacionalidad, ubicada en el art. 11 CE, como materia, según la propia jurisprudencia constitucional, regulable mediante ley ordinaria y reservada a la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.2.º CE)⁵².

Pero sin la necesidad de entrar en tales apreciaciones, más políticas –de oportunidad política– que jurídicas, tal vez, en el fondo y en la forma ni RD-Ley, ni ley ordinaria sean necesarios, bastando, como se ha venido haciendo siempre, con un RD, sin que ello, según intentaremos demostrar a continuación, haya supuesto injerencia en el Poder Legislativo, ni contravención de la CE.

Por supuesto, como advertía De Castro⁵³, «por tratarse de un estado civil, ser de orden público y afectar a la capacidad, –las normas sobre nacionalidad– han de interpretarse de modo estricto y no cabe extender las disposiciones que la regulan por interpretación analógica y menos por criterios extrajurídicos». Pero es que en aquellos RRDD que se vienen aquí tratando ni se ha creado reglamentariamente un nuevo tipo de adquisición de la nacionalidad en contra del principio de reserva de ley del art. 11 CE, ni se ha hecho aplicación extensiva o analógica, ni del art. 21.1 CC, sobre carta de naturaleza, ni del art. 20 CC, sobre opción. A saber:

vas, sin previa solicitud?». Y, por último, observando Pantaleón que en esos RRDD la decisión final recae directamente en la DGRyN, que incluso en algunos de esos RRDD es la que parece ordenar la inscripción en el RC, considerará que tales normas no encajan realmente ni en la opción, ni en la carta de naturaleza, de modo que tratándose de una forma diversa de concesión de la nacionalidad insiste en la necesidad de su regulación mediante ley. En todo ello insistirá, siguiéndole, LETE DEL RÍO (p. 414), refiriéndose sobre todo al RD de los Brigadistas Internacionales y afirmando abiertamente su ilegalidad y, por tanto, su inconstitucionalidad (*ex art. 11.1 CE*). Por su parte, RUIZ MIGUEL (p. 3 y ss) criticará la ilegalidad y la inconstitucionalidad sobrevenida del RD-1976 sobre saharauis, pero por razones políticas y jurídicas de fondo diversas.

⁵² Porque lejos quedan ya las tesis de LOPEZ Y LOPEZ (*Comentarios a las Leyes políticas*, Tomo II, Madrid, p. 183 ss), FERNÁNDEZ ROZAS (p. 83 y ss), y de PEÑA BERNALDO (pp. 19 y 20), proponiendo que el art. 11 CE contenía un derecho fundamental a regular, por tanto, mediante Ley Orgánica. Lo ha negado la jurisprudencia del TC, que hoy ya cita el propio PEÑA BERNALDO (pp. 21, 23 y 24), que haciendo una interpretación restrictiva del art. 81 CC, por sus cualificadas exigencias de aprobación, no incluye el art. 11 CE, bastando con una ley ordinaria estatal para regular la nacionalidad.

⁵³ En p. 398.

No es éste ya, desde luego, el momento de resucitar viejas polémicas acerca de la competencia para conceder la carta de naturaleza (si corresponde al Rey o al Jefe del Estado en general, si a las Cortes o si al Gobierno) que en su día provocó la difícil interpretación sistemática del CC y de la LRC de 1870 con otras normas, incluso constitucionales o ya por entonces derogadas, como la Novísima Recopilación, cuya vigencia en este punto algunos afirmaban⁵⁴. Hoy, claramente, la competencia corresponde al Gobierno, al Consejo de Ministros que, a instancia del Ministro de Justicia, estimará, en su caso, la concesión de carta de naturaleza mediante forma de Real Decreto (cfr., arts. 21.I y 223 RRC). Y así lo ha hecho el Gobierno con aquellos RRDD en el ejercicio de sus funciones, creemos, sin extralimitarse.

En contra de lo que afirman Pantaleón, Bercovitz y Lete, en aquellos RRDD no hay, en sentido estricto, carta de naturaleza impuesta a un «colectivo» o grupo social indeterminado de personas. ¡Lejos quedan ya aquellas imposiciones de nacionalidad por carta, propias del Derecho Romano y las regias del Medioevo, en casos de anexión o de cesión de territorios⁵⁵! Aquí y ahora no hay imposición, ni creación siquiera de un nuevo derecho de opción a la nacionalidad española, ni siquiera aunque el RD de 1976, a favor de los naturales del Sahara, hablara de la concesión de la nacionalidad por opción —«*un falso o mal llamado derecho a optar*», según aclaraba la STS de 28/10/1998, siguiendo a Peña Bernardo de Quirós—⁵⁶. En él y en todos los demás RRDD se requiere: en primer lugar, la solicitud del extranjero legitimado *ex art.* 21.3 CC, presentada ante el Ministerio de Justicia o ante el Encargado del RC competente (conforme al párrafo 1.º de la Base 9.ª de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 y a los arts. 64 LRC,

⁵⁴ Al respecto, pueden verse, entre otros, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (pp. 196 a 198); GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (pp. 306 y 307); DE CASTRO (pp. 412 y 414); CASTÁN (T. I, vol. 2.º, pp. 276, 277 y 281). Actualmente, PANTALEÓN (p. 84) se plantea que pueda hoy sólo el Rey conceder cartas de naturaleza, pero lo niega por no encajar en el art. 62,f) e i) CE, que parece limitarse a indultos y honores.

⁵⁵ En efecto, son ya del pasado romano los casos de nacionalización por imposición del pueblo, en la época de la República, o del Emperador, tanto a personas singulares, como a los habitantes de una ciudad o de una entera región. Como más celebre caso, la *Constitutio Antoniniana*, del 212 d.C, dada por Caracalla, que extendió el *status civitatis romanae* a todos los habitantes del territorio dominado por Roma. Esas son, para QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (p. 376), y para MARTI DE VESES (en la voz *Nacionalidad*, en NEJ, T. XVI, pp. 806 y 807), las auténticas naturalizaciones colectivas. Pero hace tiempo ya que la naturalización perdió su posible carácter impositivo. Así, explica MARTI DE VESES (*cit.*) que la determinación de las reglas de nacionalidad para cada estado soberano ha de ser conforme a los Convenios Internacionales, la costumbre internacional y los principios internacionales generalmente admitidos en materia de nacionalidad, citando al respecto (en p. 807), como uno de tantos, que para la naturalización de un extranjero siempre se requiere de su consentimiento.

⁵⁶ Según él (p. 39) lo demuestra que la carta fuese hecha por RD, no mediante Ley. Tal vez, sin embargo, sea más determinante que tal RD de 1976, a pesar de hablar —en tres ocasiones— de opción, se amparase en el art. 19 CC, que por entonces era el que regulaba la carta de naturaleza.

230, 231 y 365.1 vs. 341 y ss RRC)⁵⁷; que la DGRyN conceda, o no, tal solicitud –lo cual ya impide hablar de nacionalidad por opción–, haciéndolo, además, de forma individualizada a cada solicitante, no de forma colectiva o generalizada –por cierto, sólo expresamente prohibida para el indulto *ex art. 62.i CE*, pero no exigida, ni siquiera implícitamente, por el art. 21.1 CC para la carta de naturaleza–; y que una vez concedida y notificada (*ex arts. 349.3 y 368 RRC*), el extranjero peticionario favorecido proceda, por su propia iniciativa para así ya adquirir la españolidad, a cumplir con los requisitos indicados de los arts. 23 CC y 224 RRC⁵⁸. No hay, pues, imposición, ni automatización, propias de la opción, sino libre decisión del extranjero, primero para instar la nacionalidad y luego, en su caso, para hacer efectiva su concesión, como sucede con cualquier carta de naturaleza⁵⁹.

⁵⁷ El art. 2 RD de 1976, sobre naturales del Sahara, decía que éstos podrían instar la solicitud «*mediante comparecencia ante el juez encargado del Registro Civil del lugar de su residencia o el Cónsul español de la demarcación correspondiente*»; añadiendo en su art. 3: «*El encargado levantará acta por duplicado y remitirá inmediatamente uno de los ejemplares a la DGRyN*» (de forma similar, el art. 3 RD-1977, sobre guineanos, y el 3 RD-1996, sobre brigadistas). El RD-1996, sobre brigadistas, decía en su art. 2 –y ahora en el art. 3.1 del RD 1792/2008 que lo suple– que la solicitud se haría «*por comparecencia ante el encargado del Registro Civil municipal o consular correspondiente a su domicilio*». Y, por su parte, según el art. 3.1 RD 11-M: «*Los interesados –los del art. 1 RD 11-M, y legitimados para instar el proceso ex art. 21.3 CC (cuya aplicación no excluye el RD 11-M)– podrán presentar la solicitud directamente en el Ministerio de Justicia –pudiendo ser instado incluso por correo ordinario, como así lo permite la Oficina Oficial del 11-M– o bien en los Registros Civiles correspondientes a su domicilio –si residen en territorio español–, así como en los Registros Civiles Consulares –correspondientes al domicilio del interesado residente en el extranjero–, aportando la documentación que justifique su condición de víctima del atentado debidamente acreditado por el Ministerio del Interior y, en su caso, la relación de parentesco a que se refiere el art. 1.*».

⁵⁸ Como en general dijera sobre la carta de naturaleza DE CASTRO (p. 414), ante el silencio del CC, los requisitos para su concesión han quedado a decisión de la Administración, que decide según sus actos precedentes, pero siempre respetando las normas generales sobre nacionalidad y, en particular, los requisitos del art. 25 CC (hoy 23 CC). Al margen del particular caso saharauí, que como dice PEÑA BERNALDO (p. 39), no requería de juramento ni de renuncia, «*porque no se trataba de una adquisición de nacionalidad española ex novo por quien ya es extranjero, sino sólo de la plenificación del rango de una nacionalidad que ya se tenía*», el art. 4.3 RD 1792/2008, que suple al RD-1996, sobre brigadistas Internacionales, presenta como gran novedad la de eximir al peticionario que reciba la carta de la necesidad de renuncia a la anterior nacionalidad, exención que realiza aquella norma, aun siendo reglamentaria, derogando, para un caso concreto, la aplicación del art. 23.b) CC, pero haciendo todo ello al amparo –específico y legal– del art. 18 de la *Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura*, y que ya vino a eximir de la declaración de renuncia del interesado a su anterior nacionalidad pues tal exigencia había llevado a que un buen número de brigadistas no hiciera efectiva la adquisición de la nacionalidad española y a que, por lo tanto, un buen número de solicitudes fueran archivadas por expiración del plazo de los 180 días que impone el art. 23 cc (ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, p. 107, nota 342, computa tan sólo 30 cartas de naturaleza entre 1997 y 1999).

⁵⁹ A primera vista, sin embargo, sí parece haber cierta automatización en algunos de los RRDD que estamos viendo. Así, el art. 3.2 RD-1977, sobre guineanos, decía que la DGRyN, «*a la vista de lo instruido, calificará el derecho del solicitante a acogerse a los beneficios de la presente disposición y... ordenará la correspondiente inscripción en el Registro, previa la renuncia y juramento a que se refiere el art. 19 CC*», correlativo al actual 23 CC. De modo parecido, el art. 3.2 RD de 1976, sobre saharauis, y el art. 3.2 RD

Ni siquiera hay anticipación o antelación del Gobierno a la solicitud; a lo más, simple invitación que, de modo similar a la opción, pero sin impedirlo el art. 21.1 CC, puede generar cierta expectativa jurídica en los beneficiarios determinados por el RD⁶⁰. En el ejercicio de sus funciones el Gobierno ha cumplido una doble labor: interpretativa –no integradora por analogía, como creen Pantaleón y Lete– y delegatoria. El RD de naturalización colectiva es respetuoso en lo formal con el expediente exigido por los apartados 1, 3 y 4 del art. 21 CC y con el art. 23 CC, como normas de rango legal que cumplen y desarrollan el mandato constitucional (*ex* art. 11 CE), y lo que hace el Gobierno es desempeñar su genuina función de desarrollo reglamentario (*ex* arts. 97 CE y 21.1 CC), con la intención de tipificar, de interpretar auténticamente, con carácter vinculante pues, para un hecho concreto y para un grupo indeterminado, pero determinable de personas, el sentido que ha de dársele a un concepto jurídico indeterminado, el de las «*circunstancias excepcionales*» del art. 21.1 CC⁶¹; y hace el Gobierno todo ello mediante RD, como el propio art. 21.1 CC exige, como genuino RD de alcance normativo general con un destinatario colectivo⁶². Asimismo, si el art. 11 CE-1978, como hicieron algunas Constituciones anteriores, delega en la ley para que regule la nacionalidad, el art. 21 CC, en concreto, como dice Espinar Vicente⁶³, parece, por un lado, haber deslegalizado la materia (como lo prueba la vigencia y validez de los arts. 220 y ss RRC), y, por otro, haber conferido competencia al Gobierno, frente a tiempos pretéritos en que ello podría ser competencia legislativa; no parece entonces que nada

de 1996, sobre brigadistas internacionales: «A la vista de lo instruido, la Dirección General de los Registros y del Notariado calificará el derecho del peticionario a acogerse a los beneficios de la presente disposición y ordenará la correspondiente inscripción en el Registro, previos los requisitos exigidos por los párrafos a) y b) del art. 23 CC». Así también el vigente art. 4.3 RD 1792/2008, que lo suple. Y por ello, aun sin referirse a esta última exención, PANTALEÓN (p. 88); y LETE DEL RÍO (p. 414), critican que sea la DGRyN la que de oficio proceda a la inscripción en el RC, sin la necesidad de que así lo pida el solicitante favorecido por la carta. Al margen del particular caso saharauí, en los otros casos no había tal imposición *ex officio* de la inscripción registral, como lo prueba la remisión final hecha en tales normas al art. 23 CC (la necesidad de promesa, y de renuncia, en su caso), lo que presupone la actuación previa del extranjero peticionario beneficiado antes de proceder a la inscripción de la nacionalidad.

⁶⁰ Como dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (p. 661): «De las leyes resulta, sí, que para que el beneficio concedido por el Gobierno sea efectivo tiene que haber petición o solicitud del interesado; pero no dice que esta solicitud haya de ser necesariamente anterior a la primera decisión oficial (la que declara la excepcionalidad de las circunstancias que concurren en ese grupo de personas)».

⁶¹ Como dice PEÑA BERNALDO (p. 661): «El Gobierno, en estas concesiones, no da nuevas normas generales; aplica las vigentes a determinadas personas existentes, identificadas por las circunstancias que el Gobierno estima excepcionales. La concesión colectiva se produce a favor de una pluralidad indeterminada (pero determinable) de personas».

⁶² Por eso, se han de desvanecer las objeciones que ESPINAR VICENTE (pp. 132 y ss) opone en general al RD de concesión de carta de naturaleza por ser más un acto administrativo, con destinatario concreto, que un auténtico reglamento (*ex* arts. 62 y 63 CE).

⁶³ En p. 132.

impida que sea una norma de rango reglamentario, ora el RRC o cualquier RD, la que concrete y determine los requisitos de fondo y de forma para la concesión de la carta de naturaleza, en tanto se respeten, como hacen aquellos RRDD de naturalización, las normas con rango de ley⁶⁴. Lo que sí se altera a veces en tales RRDD, es verdad, es lo establecido en algunas normas del RRC, mas siendo aquéllas normas de igual rango jerárquico que las del RRC, pero posteriores en el tiempo y especiales por referirse a una singular «circunstancia excepcional» justificativa de la naturalización por carta, han de estimarse como legítimas y de aplicación preferente al RRC.

Ejercitada entonces, de aquella forma reglamentaria, la discrecionalidad (o convertida ésta en discrecionalidad absolutamente vinculada) y estando determinadas objetivamente (u objetivadas) las circunstancias excepcionales del art. 21.1 CC a modo de estricta condición normativa (de *conditio iuris*)⁶⁵, es lógico, por tanto, que el Gobierno haya delegado en la DGRyN la decisión final (alterando en parte lo dispuesto en el art. 366 RRC); y no lo hace para conferirle también a ésta discrecionalidad, sino para que resuelva según el criterio, o *conditio sine qua non*, contenido en el RD que ya no permite discrecionalidad o interpretación ninguna, al menos *in abstracto*⁶⁶; solo en la observación *super casum* de que concurra aquel criterio en cada petionario en particular, como simple cuestión de aplicación de la norma. La DGRyN habrá de constatar, conforme a los arts. 220 y 221 RRC, que el extranjero solicitante sea destinatario contemplado en el RD de concesión⁶⁷. De ahí la innecesidad ya de que vuelva a decidir

⁶⁴ Y recuérdese, de nuevo, que si el art. 4.3 RD-2008, sobre Brigadistas Internacionales naturalizados, les exime de tener que renunciar a su anterior nacionalidad, derogando, así, para un caso concreto, lo impuesto en el art. 23 CC, lo hace al amparo –específico y legal– del art. 18 de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, y que ya vino a establecer tal exención.

⁶⁵ En general, al amparo de la discrecionalidad, cree PANTALEÓN (p. 89) que las cartas de naturaleza pueden someterse en su ejercicio, que no en sus efectos una vez concedidas, a condición, siempre que no sea resolutoria, y a término, siempre que éste no sea final. Y, en particular, precisamente PEÑA BERNALDO (p. 658), viene a decir que las concesiones colectivas de carta de naturaleza –no ya las nacionalidades ya concedidas– son condicionales.

⁶⁶ El propio PANTALEÓN (p. 89), tras admitir que la carta de naturaleza puede someterse a condición para su surgimiento o para ejercitar la facultad de adquirir la nacionalidad, dice: «La comprobación del cumplimiento o no de la condición se atribuirá lógicamente, bien al Encargado del Registro, bien a la Dirección General... De ahí que manifieste mis graves dudas ante la posibilidad de someter la carta de naturaleza a condiciones en la comprobación de cuyo cumplimiento exista un amplio margen de discrecionalidad. Ello vendría prácticamente a suponer una inadmisibles atribución de competencia para conceder o no la facultad de adquirir la nacionalidad española por esta vía al órgano encargado *prima facie* de apreciar si la condición se ha cumplido o no».

⁶⁷ Quizás por esto sí resulta más criticable, como advierten PANTALEÓN (p. 84), y siguiéndole LETÉ DEL RÍO (*loc. cit.*), que los arts. 3.2 RD-1976, sobre Sahara, y RD-1977, sobre Guinea, concediesen la potestad decisoria a la DGRyN que podía conceder la carta «a no ser que –en el extranjero se observase– una conducta personal contraria a los intereses de la Nación».

el Consejo de Ministros. ¡Ya lo hizo en el RD de naturalización! Además, al evitarse un nuevo pronunciamiento que haya de formalizarse mediante RD individualizado y publicado en el BOE, se gana en celeridad para su tramitación⁶⁸, e incluso así tal vez, apurando la *ratio legis*, se respete, y así proteja, el anonimato de los naturalizados⁶⁹; máxime cuando lo que marca el *dies a quo* de los 180 días que impone el art. 23 CC no es la fecha de publicación del RD en el BOE, sino la de notificación de la carta de naturaleza concedida (arts. 21.4 CC, 224.1 y 349.II RRC), que también conviene sea confidencial, no pública (cfr., art. 360 RRC).

Y, precisamente, quedando delegada en la DGRyN la decisión sobre la concesión o denegación de la carta, se supera el principal de los obstáculos que la común doctrina opone a la posibilidad de impugnar las resoluciones sobre carta de naturaleza, el de su propia justificación de fondo⁷⁰: al fundarse en la observación discrecional

⁶⁸ Recuérdese el caso particular del art. 34 del Convenio sobre el Estatuto de Refugiados de Ginebra de 28 de julio de 1951: «*Los Estados contratantes —entre los que está España (BOE de 21/10/1978)— facilitarán en todo lo posible la asimilación y la naturalización de los refugiados. Se esforzarán, en especial, por acelerar los trámites de naturalización y por reducir en todo lo posible los derechos y gastos de tales trámites.*».

⁶⁹ Refiriéndose a la posible justificación de que en los RRDD de concesión de carta de gracia se silencie el motivo, dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (p. 330): «Pueden premiarse con la concesión de servicios que no es oportuno revelar, sin peligro para el interés público, o puede deberse a razones de interés público o conveniencia nacional que no siempre es discreto explicar».

⁷⁰ En efecto, la mayoría de la doctrina se muestra contraria, matices aparte, a su posible impugnación, por las razones que luego se verán, especialmente si la resolución es denegatoria; así, entre muchos otros: PERE RALUY (pp. 899 y 900); LACRUZ (Manual, p. 177); PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (pp. 304 a 306, 312 a 317, 327 y 403); PANTALEÓN (pp. 75, 76, 89 y 90); BERCOVITZ (pp. 739 y 740); DÍEZ DEL CORRAL (pp. 195 y 196); LETE DEL RÍO (Manual, pp. 140 y 142, y AC, 1996, pp. 408 y 409); ALBACAR (pp. 261 y 262). A favor de la posible impugnación, también con sus matices y por las razones que luego se verán. FERNÁNDEZ ROZAS (pp. 183, 186 a 188, 206 y 207); ESPINAR VICENTE (pp. 135 y 136); DÍAZ GARCÍA (pp. 84 a 86). Solamente existe cierta unanimidad en la doctrina, siguiendo a CASTRO (p. 416), para admitir la impugnación sólo de las concesiones de carta de naturaleza que debieron haber sido denegatorias cuando se hayan violado en ellas las normas esenciales y sustantivas, no las secundarias y reglamentarias, del procedimiento, en los casos de *subreptio* (de obtención de la carta por falsas alegaciones), o en los de *obreptio* (por ocultación de datos) —ex art. 25.2 CC (cfr., arts. 52.a, 53.c, 55 y 57 LO Extranjería), o, en general, cuando no se den de forma clara y manifiesta las «*circunstancias excepcionales*» que requiere el art. 21.1 CC. Y suelen citarse como ejemplos, la concesión sin previa solicitud del agraciado, la concesión hecha por órgano incompetente, la concesión cuando la solicitud fue hecha por personas incapaces o ilegítimas, la concesión sin previo expediente de tramitación, ... Por supuesto, no parece ser argumento —concluyente, al menos— favorable a la impugnación la posible aplicación analógica del art. 22.5 CC, que permite recurrir ante la vía judicial contencioso-administrativa las concesiones o las denegaciones de nacionalidad por residencia. No parece explicar su extensión que el art. 21 CC regule conjuntamente la naturalización por carta y por residencia. No se puede negar la conexión histórica y sustancial entre ambas naturalizaciones (tradicionalmente, y aún a veces hoy, concedida la carta cuando no se cumple la residencia legalmente exigida, pudiéndose incluso a veces instar ambas cumulativamente). Pero cuando el CC se refiere simultáneamente a ellas lo deja bien claro (cfr., aps. 3 y 4 del art. 21 CC y art. 23 CC), tan claro como cuando se refiere específica y separadamente a cada una de ellas (art. 21.1, sólo para la carta de naturaleza, y arts. 21.1 y, precisamente, 22 CC *in totum*, para la naturalización por residencia). El silencio, pues, al respecto del art. 21.1 CC, frente a lo dispuesto en el art. 22.5 CC, es negativo.

de que concurren o no circunstancias excepcionales, ello confiere –se dice– libertad al Gobierno para conceder o denegar la carta, poniendo de manifiesto que se trata de un acto eminentemente político, de mera oportunidad política, excluido, por tanto, de cualquier control judicial. En contra de tales afirmaciones, por lo que concierne en particular a los RRDD de naturalización colectiva⁷¹, en ellos, como ha quedado dicho, la decisión política del Gobierno, su discrecionalidad, ha quedado positivada, tipificada, objetivamente «juridificada», o reglamentada. No debe, pues, haber obstáculo al recurso judicial contra las decisiones de la DGRyN que se aparten del RD⁷². No pudiendo ser política la decisión de la DGRyN, tampoco será político su posible control judicial. Los tribunales no serán los que, en vía de recurso, otorguen o denieguen la naturalización, ni siquiera enjuiciarán la oportunidad del RD, sino si la concesión o denegación emitida por la DGRyN se amolda o no al mismo, siendo tal control posible, precisamente, cuando en su decisión la DGRyN no exprese su motivo concreto, o incluso cuando ni siquiera emita resolución ninguna (cfr., arts. 362 y 366 RRC)⁷³. En los RRDD de naturaliza-

Añádase –como se ha venido diciendo reiteradamente hasta aquí– que, como dice DE CASTRO (pp. 398 y 399), las normas sobre nacionalidad son de interpretación estricta y, por ende, no permiten su extensión por analogía. Precisamente por ello, tampoco parece argumento –concluyente, al menos– contrario a la impugnabilidad el art. 223.3 RRC, cuando dice que «podrán no motivarse las resoluciones denegatorias por razones de orden público o interés nacional». En sus anteriores párrafos, es verdad, dicha norma se refiere a la carta de naturaleza y a la nacionalidad por residencia, pero ese último párrafo, el trascrito, sólo se refiere a esta última, como lo prueba el art. 21.2 CC *in fine* –en cuya posible contradicción con la norma reglamentaria no se puede entrar aquí–; norma ésta, además, que no impide el recurso ante la denegación de nacionalidad por residencia fundada en razones de orden público o interés nacional, como así dicen, por ser éstos conceptos jurídicos indeterminados, las SSTs de 7/10/1996, 26/7/1997, 24/4/1999, 5/6/1999, y de 25/10/1999.

⁷¹ En general bien podría recordarse –del epígrafe II– que discrecionalidad no equivale a arbitrariedad, ni a desviación de poder, ni a cosa parecida, y que estando todo ello proscrito a los Poderes Públicos (*ex art.* 9.3 CE), de tratarse de una resolución –estimatoria o denegatoria– arbitraria, del todo justificable sería permitir su control judicial (*ex arts.* 103.1 y 106.1 CE), del que aquella no escaparía por el mero hecho de fundarse en un concepto jurídico indeterminado, como es el de «*circunstancias excepcionales*».

⁷² En general, dice FERNÁNDEZ ROZAS (p. 206): «Por lo que hace referencia al posible carácter político del acto de concesión de la nacionalidad... hay que significar... que, aun admitiendo tal calificación –que luego (en p. 207) niega–, el argumento sólo tendría validez respecto de los Decretos que concediesen o denegasen la carta por naturaleza... no aquéllos que deriven de órgano inferior». Y el propio PANTALEÓN (p. 89), tras admitir que la carta de naturaleza puede someterse a condición para su surgimiento o para ejercitar la facultad de adquirir la nacionalidad, dice: «La comprobación del cumplimiento o no de la condición se atribuirá lógicamente, bien al Encargado del Registro, bien a la Dirección General. Sus decisiones... al respecto –me parece indudable– han de poder ser impugnadas ante los Tribunales ordinarios».

⁷³ Acerca de los recursos en general contra la DGRyN, el art. 362 RRC ha de interpretarse como norma prohibitiva de recurso gubernativo, pero permisiva de recurso judicial, porque, según la STS de 7/6/1986 (pionera a la que seguirán muchas otras formando jurisprudencia), en su referencia a la vía jurisdiccional está totalmente derogado por inconstitucional (*vs.* arts. 103.1 y 106.1 CE), de modo que sólo hay que entenderlo vigente para la vía administrativa. Y precisamente sobre lo administrativo, dentro de ese Cap. VII, el art. 366 RRC, sobre tramitación de las concesiones discrecionales de nacionalidad fun-

ción colectiva se ha consagrado un referente normativo indisponible para la DGRyN, de tal modo que no habrá lugar a la distinción de trato: concurriendo las circunstancias, de forma y fondo, impuestas en el RD, no podrá la DGRyN discrecionalmente otorgar la carta de naturaleza a unos y denegarla a otros. Ello sería contrario al art. 14 CE, norma ésta que, en contra de lo que cree Peña Bernaldo de Quirós⁷⁴ por aferrarse a su literalidad («*todos los españoles...*»), es también aplicable, aunque sea supletoriamente, a los extranjeros *ex aps.* 1 y 2 del art. 13 CE y art. 3 LO Extranjería⁷⁵. Y, por eso mismo, tampoco puede decirse –como suele decirse– para negar la posibilidad de recurso que la solicitud de carta del extranjero, como decía Castro⁷⁶, «tiene significado de ocasión o motivo, pero no de causa jurídica», de modo que si se le deniega la carta, al tratarse de no conceder un derecho, no de denegarlo, el extranjero carecerá de derecho, incluso de interés legítimo o de expectativa alguna jurídicamente protegible, como exige el art. 346 RRC, susceptible de tutela judicial (*ex art.* 24.1 CE)⁷⁷. Ciertamente, no existiendo como tal, ni como subjetivo, ni como fundamental, el derecho a la nacionalidad, a lo más como derecho humano (*ex arts.* 15 y 16 Declaración Universal) y como

dadas, entre otras razones, en la existencia, o no, de circunstancias excepcionales, dice en su último párrafo: «*No es imperativa la resolución de peticiones de gracia. Se libraré recibo de su presentación*»; lo que para muchos –citados arriba, en una nota anterior– sirve para entender que no cabe recurrir las resoluciones denegatorias, por la sencilla razón de que ni siquiera habría resolución denegatoria que recurrir.

⁷⁴ Para él (p. 315, nota 16), «la doctrina del respeto al criterio con que el Gobierno ha resuelto casos precedentes no puede invocarse en cuestiones que han de decidirse por criterios de oportunidad política y que además afectan a extranjeros, quienes, por tener esa condición, quedan fuera de la norma constitucional que impide las discriminaciones de trato (cfr., art. 14 CE)»; insistiendo en ello en p. 327.

⁷⁵ *Vid.*, la detenida explicación al respecto de RAMOS CHAPARRO (pp. 261 a 264).

⁷⁶ En p. 413.

⁷⁷ En efecto, estando ya hoy superada la consideración de la carta de naturaleza como contrato, en su día defendida por Jelinek, por Chironi o, entre nosotros, por Peré Raluy, con DE CASTRO (p. 413), a quien sigue hoy en este punto la unanimidad de la doctrina y reproduce la jurisprudencia de la Sala 4.^a del TS, hay que considerar «la carta de naturaleza como una gracia, respecto a la que la solicitud tiene significado de ocasión o motivo, pero no de causa jurídica. La concesión de la carta es un acto administrativo», añadiendo (en p. 413, nota 3), que «la naturalización es un acto unilateral de soberanía, respecto al que la solicitud del extranjero es simple *conditio iuris*...», pues no puede hablarse de contrato donde falta *consensus*; tanto más cuanto se denomina naturalización al acto del Estado que concede la nacionalidad a quien todavía no la ha solicitado». Hay, pues, siempre una doble *conditio iuris*: la solicitud y el acto de concesión; pero no un contrato. Por eso, cuando, como es regla procesal común en materia de naturalización, el extranjero hace su petición, o cuando, como sucede con los RRDD de naturalización generalizada, el propio Estado ejerce su discrecionalidad al concretar las circunstancias excepcionales, en ningún caso hay promesa u oferta contractual de adquisición o de concesión, respectivamente, de nacionalidad. Algunos hay que comparan, sobre todo en lo procedimental, la carta de naturaleza con la adopción (como en su día hicieron GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, I, p. 304; FALCÓN, I, pp. 123 y 125; o VALVERDE, I, p. 346; y hoy hace RAMOS CHAPARRO, pp. 202 y 203), o incluso con el matrimonio (como PEÑA BERNALDO, p. 124), cuando la nacionalidad ha sido ya adquirida por el naturalizado (adoptado-casado). Mas, admitiendo tal comparación, en ningún caso resultaría admisible la concepción de la carta de naturaleza como contrato, como tampoco lo son la adopción, ni –aunque sea discutido– el matrimonio.

probabilidad fáctica (*ex art. 11 CE*), difícilmente puede tener amparo judicial (*ex arts. 24.1 y 53.2 CE*)⁷⁸. También es de reconocer que en el procedimiento habitual de la carta de naturaleza, el extranjero sólo adquiere una expectativa –llámese derecho potestativo⁷⁹, o facultad de configuración jurídica⁸⁰– a adquirir la españolidad con la concesión por RD, no antes, pues en efecto para adquirirla ha de cumplir con los requisitos *ad solemnitatem* del art. 23 CC (*ex arts. 21.4 CC y 224 RRC*). Mas, precisamente, esa función –hemos visto ya– cumple, de modo similar a la opción, el RD de carta de naturaleza al generar en los posibles beneficiarios una expectativa, un interés legítimo que, sin duda, es jurídicamente susceptible de protección al amparo del art. 24.1 CE, norma ésta que, también sin duda (*ex art. 13, aps. 1 y 2 CE y arts. 20, 22 y 24 LO Extranjería*), es aplicable a los extranjeros⁸¹.

⁷⁸ *Vid.*, de nuevo, por todos, RAMOS CHAPARRO (pp. 228 a 230). No obstante, ha de tenerse en cuenta, lo que para nosotros sería un argumento favorable a lo que defendemos, que la STS de 28/10/1998 conecta el derecho de nacionalidad, el art. 11 CE, con el art. 14 CE como derecho fundamental a los efectos del recurso especial de protección de derechos fundamentales.

⁷⁹ Con PANTALEÓN (pp. 86 y 90).

⁸⁰ Con PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (p. 304).

⁸¹ Admitida, pues, la posibilidad de impugnar las decisiones en esta materia de la DGRyN, quedaría por precisar cuál es el procedimiento de recurso a seguir y quiénes estarían legitimados para interponerlo. Sobre la primera cuestión quede aquí sólo expuesto el debate al respecto existente: por un lado, los hay que se muestran a favor de la jurisdicción contenciosa-administrativa, porque el procedimiento de tramitación de la carta es administrativo, porque en la nacionalidad subyace una cuestión de orden público y, por tanto, porque cabe la aplicación análoga del art. 22.5 CC, norma ésta, dictada en la reforma de 1990, que vino a zanjar la vieja polémica que sobre esta cuestión ya existía (referida a la nacionalidad por residencia), para precisamente, siguiendo la propuesta de Fernández Rozas y de la STS de 7/6/1986 (y de otras que la siguieron), sustraer la cuestión de la jurisdicción civil y llevarla *natura sua* a la administrativa. Así opinan, entre otros, FERNÁNDEZ ROZAS (pp. 183 y 203 y ss); ESPINAR VICENTE (p. 136), quien también se apoya en el art. 25.2 CC; ALBACAR (p. 262); DÍAZ GARCÍA (p. 86); HERNÁNDEZ DE LA TORRE NAVARRO (*La vía contencioso-administrativa en la concesión o denegación de la nacionalidad por residencia. Con referencia a la adquisición por carta de naturaleza*, en Cuadernos del CGPJ, n.º 98, Madrid, 2007, p. 167 ss), y véase la STS de 28/10/1998. Por otro lado, los hay que defienden la competencia jurisdiccional civil, amparándose en los arts. 92 LRC, 362 RRC, 25.2 y 22.5 CC (éste *a contrario sensu*), por entender que la nacionalidad ante todo es un estado civil, como lo prueba su ubicación en el CC –cuestión ésta harto debatida en sí misma, aunque así lo defiendan las SSTs de 7/10/1996, 24/4/1999, 5/6/1999 y 25/10/1999–, cuya dimensión privada va más allá de su dimensión pública y está muy por encima de que su concesión, cuando se trata de adquirir discrecionalmente la nacionalidad, se sustancie por un expediente administrativo; pero que por eso mismo, era necesario el art. 22.5 CC, para sustraer excepcionalmente la cuestión del orden civil, pero por eso mismo, siendo norma singular o excepcional, no puede aplicarse por analogía. En esta posición se sitúan, entre otros, PERE RALUY (pp. 900 y 901); DÍEZ DEL CORRAL (*loc.cit.*); BERCOVITZ (*loc.cit.*); LETE DEL RÍO (AC, 1996, p. 408). Sobre la segunda cuestión, cabe admitir, con la común opinión, que por tratarse de la nacionalidad, una cuestión jurídica público-privada, de orden público que afecta al estado civil de las personas, la legitimación activa para la impugnación debe ser amplia, pudiendo corresponder a cualquiera que presente un interés legítimo (v. gr., el propio peticionario por la expectativa que genera el RD de naturaleza; cfr., arts. 20 y 22 LO Extranjería), siendo incluso posible la impugnación de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, lo que para algunos, como PANTALEÓN (p. 76, nota 12), supondría enmendar su injustificable ausencia *ex art. 365.3 RRC* en la tramitación de la fase de instrucción de la carta de naturaleza (cfr., arts. 3 y 92 LRC).

El tercero de confianza en el suministro de información

Propuesta de un modelo contractual para la sociedad de la información

TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL

Profesora Titular Interina de Derecho Mercantil

Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

La información se ha convertido en la Sociedad Tecnológica en uno de los activos más valiosos para la actividad económica y una pieza esencial en la arquitectura de las relaciones sociales. El suministro de información como eje del programa prestacional es un elemento común a numerosas actividades profesionales (auditoría, rating, clasificación de buques, inspección de calidad, certificación), pero la percepción del extraordinario valor añadido que puede aportarse en las actividades de provisión de información se ha acentuado con la metamorfosis tecnológica de la Sociedad y la Economía. Asumiendo la importancia que adquiere la información como objeto contractual, el objetivo del artículo es doble. En primer lugar, definir y analizar los contratos de suministro de información en cuyo marco prestacional emerge la sugerente figura de los terceros de confianza. En segundo lugar, identificar y proponer un concepto de tercero de confianza bajo perfiles jurídicos. Así, en el marco de los denominados contratos de suministro de información se abordan los siguientes aspectos: la concepción jurídica de las funciones llamadas de generación de confianza, la inserción de su actividad en el esquema prestacional del contrato de suministro o provisión de información y la recreación de los diversos escenarios de responsabilidad que tienen como eje la actuación del tercero de confianza.

PALABRAS CLAVE

Contratos de suministro de información, tercero de confianza, responsabilidad por información inexacta, servicios de la sociedad de la información, provisión de contenidos.

ABSTRACT

Information is nowadays one of the most valuable assets for economic activities and a crucial facilitator of social relationships. Although the provision of information is a common element in a wide range of professional activities (rating, consultancy, certifying services, classification societies, auditing), technological metamorphosis of society and economy has sharply accentuated its potentiality. Accordingly, this paper aims at first defining and analyzing from a legal perspective the so-called contracts for information supply. Within that contractual framework, the suggestive notion of trusted third party emerges. Therefore, the ultimate aim of this paper is to elaborate a proposal for a legal concept of trusted third party. Several legal aspects thereof will be discussed: legal configuration of trust-generating activities, contractual regulation of informationproviding activities, due diligente for the information supply and liability scenarios involving a trusted third party.

KEY WORDS

Contracts for the provision of information, trusted third party, gatekeeper, liability for information provision, internet services providers, contents provision.

SUMARIO: I. *Información y confianza en la relación contractual.*—II. *Los contratos de suministro de información: delimitación del ámbito de estudio.*—III. *Los contratos de suministro de información y los servicios de la sociedad de la información.*—IV. *La especial naturaleza de la información como objeto contractual.*—V. *La lógica económica de los terceros de confianza.*—VI. *La obligación de informar: una obligación de medios o una obligación de resultado.*—VII. *La diligencia circunstanciada.*—VIII. *El cumplimiento de la obligación: descripción del método y conformidad.*—IX. *La responsabilidad por el suministro inexacto de información.*—X. *La responsabilidad por informaciones inexactas.*—XI. *A modo de conclusión.*

I. INFORMACIÓN Y CONFIANZA EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL

Toda relación contractual implica un intercambio de información, más o menos intenso y fluido, entre las partes contratantes.

La información se presenta, desde esta perspectiva, como un mero elemento instrumental en la negociación, la formación y el cumplimiento de los contratos. La información, sin embargo, puede desempeñar en determinados contratos una función mucho más significativa, puede ocupar una posición central en la reglamentación de los intereses de las partes. El acceso, el suministro, el alojamiento, o la distribución de información son actividades que adquieren hoy un significado reforzado por los parámetros socioeconómicos, técnicos y empresariales. No son, en modo alguno, actividades desconocidas; tan sólo se presentan bajo una diferente fisonomía. El suministro de información como eje del programa prestacional es un elemento común a numerosas actividades profesionales (auditoría, rating, clasificación de buques, inspección de calidad, certificación), pero la percepción del extraordinario valor añadido que puede aportarse en las actividades de provisión de información se ha acentuado con la metamorfosis tecnológica de la Sociedad y la Economía.

Las nuevas tecnologías han dado forma a una sociedad, nueva o redecorada –según el carácter revolucionario o evolutivo con que quiera entenderse el ritmo de los cambios inyectados por las TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación)–, que sitúa la información en un lugar predominante. La denominamos así la Sociedad de la Información. Se discute entonces si esta Economía emergente de los «bienes informacionales» responde a nuevos principios económicos o tan sólo acentúa los parámetros que ya están incorporados en las fórmulas conocidas. Aparecen en escena nuevas estrategias empresariales dirigidas a explotar el atractivo e inagotable valor de la información. Nuevos modelos de negocios nacen para satisfacer las necesidades específicas de la Economía de la Información: los «infomediarios». Y el Derecho se pregunta si puede seguir dirigiendo este escenario, de nuevos personajes y nuevas historias, con el mismo guión.

El protagonismo de la información en la Sociedad, en la Tecnología y en la Economía, cuya simple mención parece dotar a las actividades de una arrolladora novedad y a los negocios de un asegurado éxito, exige, sin duda, una mirada atenta del Derecho, una atención reposada, que, reconociendo la particular naturaleza de la información, no se deje deslumbrar por el brillo de la incompreensión que tantas veces desprende lo nuevo.

En este agitado contexto pretendemos ubicar el estudio propuesto de los que hemos optado por calificar como contratos de suministro de información y en cuyo marco prestacional emerge la sugerente figura de los terceros de confianza. Junto a la informa-

ción como eje objetivo del esquema contractual, la noción de confianza configura una particular arquitectura de intereses que destila la propuesta del tercero de confianza. La generación de confianza se apoya en un conjunto de variables (prestigio, profesionalidad, visibilidad, características del tercero que confía, tipo de información suministrada, forma de suministro, advertencias contenidas en la información, usos y prácticas del sector) que explican la posición del tercero como intermediario reputacional. Desde un enfoque económico, la observación del fenómeno nos conduce a concluyentes consideraciones que avalan la identificación de la figura y su importancia. Las fuertes asimetrías de información entre el oferente de un producto o servicio y los potenciales clientes puede aconsejar el recurso a terceros de confianza, terceros independientes que actúen como certificadores de calidad, verificadores, auditores, entidades de rating o clasificación. De este modo, los costes de búsqueda y procesamiento de información para calibrar el atractivo y valorar la fiabilidad de las diferentes ofertas se reducen sustancialmente y se superan las asimetrías de información que acusan los operadores del mercado. La lógica económica indica que una vez agotados los denominados recursos transaccionales endógenos, es conveniente para las empresas articular recursos transaccionales exógenos, es decir, proporcionados por terceros (*gatekeepers*)¹, con el objetivo de señalar al mercado que son merecedores de confianza. Los sellos, notas o calificaciones son sencillos instrumentos de información que han adquirido un grado máximo de sistematización, de ahí su utilidad. El juicio sobre las bondades de una oferta requeriría el procesamiento de ingente cantidad de información, compleja, heterogénea y no siempre de fácil acceso para los interesados. El empleo de sellos, notas o calificaciones concentra la información requerida y la dispone de forma tal que facilita su comparación y, en consecuencia, permite su competencia. Pero el valor de estas señales se desprende, en realidad, de la confianza que sea capaz de generar su emisor frente a los usuarios de los sellos, notas o calificaciones. En definitiva, los denominados terceros de confianza sustentan su posición en ser merecedores de confianza y dirigen su actuación precisamente a generar confianza en terceros con respecto a quien habitualmente, aunque no siempre, es su contraparte en el contrato de suministro de información.

¹ Magistral teorización del fenómeno de la denominada «*gatekeeper liability*», de la que se extrae la noción de *gatekeeper* como tercero situado en una posición en la que es capaz de impedir la conducta dañosa negando su cooperación al infractor, en KRAAKMAN, Reinier H., «Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy», 2 J.L. Econ.&Org., n.º 1, Spring 1986, pp. 53-104.

Nuestro interés se desplaza entonces hacia el reconocimiento de esta fascinante actividad de generación de confianza desde una perspectiva jurídica. Varios son los aspectos que requieren nuestra atención: la identificación del tercero de confianza bajo perfiles jurídicos, su definición, la concepción jurídica de las funciones llamadas de generación de confianza, la inserción de su actividad en el esquema prestacional del contrato de suministro o provisión de información, la recreación de los diversos escenarios de responsabilidad que tienen como eje la actuación del tercero de confianza.

La figura de los terceros de confianza, como se puede apreciar, se basa en un recurso jurídico que se ha generalizado en Internet como instrumento de confianza. Ante la aparentemente insatisfactoria regulación, se recurre a la intervención de un tercero de confianza como certificador. Desde los prestadores de servicios de certificación de firma hasta los sellos de calidad², el entorno electrónico busca afanosamente mecanismos para superar la falta de confianza en las relaciones bilaterales, a través de una técnica de «trilateralización», esto es, de despliegue de la transacción entre

² Los sistemas de sellos de calidad o garantía además de recurrir a la competencia, al mercado, como mecanismo de sanción por incumplimiento de la normativa y como incentivo de la eficiencia –los adquirentes seleccionan la oferta en función del grado de cumplimiento de la normativa que se traduce en el nivel de confianza que transmiten, el castigo por el incumplimiento proviene del mercado y es la «no-compra»– favorecen la autorregulación. Así, por ejemplo, la Asociación *Flexible Packaging Europe* cuyo objetivo es promover y proteger los intereses de la industria europea de empaquetado flexible ha elaborado un *Código de Conducta de Buenas Prácticas en las Subastas Electrónicas (Inversas)*, al que acompaña una lista (*checklist*) de autoevaluación para que los miembros de la asociación valoren la adecuación de sus sistemas y prácticas y promuevan, en caso necesario, los cambios oportunos. El seguimiento del Código es garantía externa de transparencia, fiabilidad y buenas prácticas en seguridad y confidencialidad. La conveniencia de recurrir a la elaboración y adaptación de códigos de conducta como modelo autorregulatorio de las transacciones comerciales en la sociedad de la información ha sido señalado por la *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior*, que en su artículo 16 manifiesta el interés de que los Estados miembros y la Comisión fomenten la elaboración y evaluación de códigos de conducta a nivel comunitario, a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores. España ha seguido la línea de otros Estados miembros (art. 18 LSSICE), habiendo sido objeto de aprobación algunos códigos de conducta orientados a promover la confianza de los consumidores en el comercio electrónico: *http://www.lssi.es*, (última consulta 12/09/2010). Para un estudio de algunos de estos códigos aprobados en España, puede consultarse la Crónica a cargo de BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra, «Comercio Electrónico y Protección de los consumidores», *RCE*, núm. 16, 2001, pp. 51-76. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Códigos de conducta y sistemas de «sello de garantía»: sobre el acuerdo UNICE-BEUC *e-Confidence*», *RCE*, núm. 25, marzo 2002, pp. 51-63. *Real Decreto 292/2004, de 20 de febrero, por el que se crea el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y se regulan los requisitos y procedimientos de concesión* (BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2004), en desarrollo de lo previsto en la DF 8ª de la LSSICE. BOTANA GARCÍA, Gema, «El distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico», *RCE*, núm. 49, mayo 2004, pp. 61-74.

las partes en tres relaciones, añadiendo dos a la subsistente, que consisten en el vínculo entre cada una de las partes y un tercero independiente en el que ambas confían³. Así, la falta de confianza entre las partes, el hecho de que sean desconocidas, o las asimetrías de información, se sustituyen por relaciones con características previsibles y favorables, confianza, independencia, reputación. Esta referencia a una relación tripartita, como ya veremos más adelante, no implica necesariamente, ni en todos los casos, la conclusión de tres negocios jurídicos entre las partes implicadas. En muchas ocasiones, la llamada relación del usuario con el tercero independiente no es más que una situación de confianza –apreciación clave para la determinación del tipo de responsabilidad–, carente así de base negocial⁴.

La principal advertencia que ha de reiterarse aquí es que, a pesar de la atractiva novedad con que estas figuras parezcan iluminar su estudio en el entorno electrónico, tal carácter es sólo aparente o, mejor, es únicamente externo, superficial o, si se quiere, de configuración. La estructura contractual presenta, sin embargo, una interesante similitud con instituciones jurídico-mercantiles bien conocidas, enderezadas todas ellas sobre un común nervio causal⁵ que garantiza la viabilidad de la analogía. En efecto, y con todas las peculiaridades que cada sector implique, la auditoría⁶, en todas sus modalidades externas (de calidad, de gestión, medioambiental, de cumplimiento, informática, de sitio *web*, financiera)⁷, el *rating*

³ FROMKIN, A. Michael, «The Essential Role of Trusted Third Parties in Electronic Commerce», 75 *Or.L.Rev.*, Spring 1996, pp. 49-116.

⁴ Sobre la noción de negocio jurídico y su delimitación positiva y negativa, en particular, en relación con figuras de dudoso carácter negocial, DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Madrid: Civitas, 1985, pp. 19-51.

⁵ Sobre la doctrina de la causa, no podemos dejar de referirnos de nuevo al trabajo de Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, que acabamos de citar, en las pp. 163-326, y a la bibliografía clásica allí citada.

⁶ Por todos, ILESCAS ORTIZ, Rafael, *Las cuentas anuales de la sociedad anónima*, vol. 2.º, *Auditoría, aprobación, depósito y publicidad de las cuentas anuales*, Madrid: Civitas, 1993; PETIT LAVALL, M.ª Victoria, *Régimen Jurídico de la Auditoría de Cuentas*, Madrid: ICAC, 1994.

⁷ *Bureau Veritas*, fundada en Amberes en 1828 por iniciativa de un grupo de aseguradores y corredores marítimos, y habiendo trasladado posteriormente a París su sede, es una de las sociedades de clasificación de buques más prestigiosa –Completa información sobre este y otros servicios de la compañía en www.bureauveritas.com, www.bureauveritas.es. Hoy, su experiencia, sus conocimientos y su prestigio, le han permitido extender su negocio con solidez a otras áreas –jurídicamente análogas y económicamente sinérgicas– prestando así un amplísimo conjunto de servicios: inspección en el comercio internacional, auditoría medioambiental, certificación de calidad, seguridad e higiene en el trabajo, sistemas de gestión, protección de datos, o el programa *Bureau Veritas WebValue* destinado a evaluar los servicios electrónicos de conformidad con una norma de referencia (de buenas prácticas en diferentes campos), que se adapta a los diferentes sectores y características específicas de la empresa y actividad, y a mantener un seguimiento constante sobre la conformidad entre la actuación diaria de la compañía y el modelo de reglamentación acordado.

del mercado de valores⁸, la clasificación de buques⁹, el contrato de inspección de productos¹⁰, la supervisión de plantas industriales, la prestación de servicios de certificación de firma electrónica¹¹ y, más en concreto, los sistemas de acreditación de prestadores de servicios de certificación y de dispositivos de firma electrónica¹², comparten la vertebración causal de la actividad de generación de confianza¹³ que proponemos y de ellos, precisamente, pretendemos inducir sus elementos esenciales.

⁸ CACHÓN BLANCO, José Enrique, «Análisis jurídico del rating del mercado de valores», *DN*, núm. 48, septiembre 1994, pp. 1-10.

⁹ GÓMEZ PRIETO, M.^a Teresa, «Las sociedades de clasificación de buques», *ADM*, vol. XI, 1994, pp. 257-375.

¹⁰ GINER PARREÑO, César A., *El contrato de inspección en el comercio internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

¹¹ HUERTA VIESCA, M.^a Isabel; Rodríguez RUIZ DE Villa, Daniel, *Los prestadores de servicios de certificación en la contratación electrónica*, Navarra: Aranzadi, 2001; MARTÍNEZ NADAL, Apol·lònia, *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, 2.^a ed., Madrid: Civitas, 2000.

¹² Los sistemas de acreditación de los prestadores de servicios de certificación eran regulados en el ordenamiento español en el artículo 6 del *Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica* (BOE núm. 224, de 18 de septiembre), ya derogado. El modelo que adopta la nueva *Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica* (BOE núm. 304, de 20 de diciembre), en adelante, LFE significa un profundo cambio de enfoque. En primer lugar, un patente cambio terminológico, para hablar de certificación en vez de acreditación. En segundo lugar, la superación de un sistema de naturaleza pública para confirmar un modelo de certificaciones de origen estrictamente privado. Este modelo ya aparece dibujado a lo largo del proceso legislativo: Capítulo II del Título IV del *Proyecto de ley* (121/000158) *de firma electrónica*, BOCG núm. 158-1, de 20 de junio de 2003; artículo 26 sobre el procedimiento voluntario de certificación de prestadores de servicios de certificación y artículo 27 sobre certificación de dispositivos seguros de creación de firma electrónica. Se mantiene la disciplina de la certificación en el Capítulo II del Título V de la definitiva LFE, compuesto por los artículos 26 a 28. En relación con la naturaleza jurídica de este contrato de acreditación o certificación, la causalización del resultado (una declaración de cumplimiento) se extrae con facilidad del tenor con que el legislador define la certificación de prestadores en el artículo 26: «La certificación de un prestador de servicios de certificación es el procedimiento voluntario por el que una entidad cualificada pública o privada emite una declaración a favor de un prestador de servicios de certificación, que implica un reconocimiento del cumplimiento de requisitos específicos en la prestación de los servicios que se ofrecen al público». El sistema de acreditación o auditoría como factor para la apreciación del grado de fiabilidad con que el prestador de servicios de certificación de firma cumple sus obligaciones, está también expresamente previsto en la LMNUFE –*Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firms Electrónicas*, aprobada por Resolución 56/80 de 12 de diciembre de 2001, disponible en www.uncitral.org– artículo 10 e) y f). De este modo se configura una pirámide de acreditación descendente que puede cerrarse sobre una entidad pública o una o varias entidades privadas. Este esquema piramidal suele tener un ámbito nacional y, en ocasiones, regional. Por tanto, ante la carencia de un modelo plenamente internacional, el reconocimiento de certificados no nacionales se proyecta sobre procedimientos de «acreditación cruzada» que se basa en la ausencia de subordinación entre las entidades emisora y acreditadora y en la equivalencia sustancial de la fiabilidad de los certificados conforme a determinadas normas. *Guía para la incorporación al ordenamiento interno de la Ley Modelo sobre Firms electrónicas*, 2001.

¹³ No debemos caer en el simplismo de agrupar causalmente todas las figuras jurídico-mercantiles que compartan una similitud terminológica. Así, el denominado certificado de garantía que acompaña la compraventa de determinados bienes responde a una relación contractual distinta a la estudiada y cumple una función no identificable con la que en nuestro estudio estamos delimitando como actividad de certificación. En efecto, el sello o certificado de garantía es un documento probatorio de una cláusula de garantía, en virtud de la

La conexión funcional del tercero de confianza con el marco jurídico la integran los contratos de suministro de información. Por ello, el proceso de configuración jurídica de la figura se llevará a cabo a partir del desbroce del programa prestacional de tales contratos y la simulación de modalidades fenoménicas de actuación que la práctica empresarial concibe y recrea. Con tales parámetros, el presente trabajo se estructura como sigue. En primer lugar, es preciso delimitar el producto contractual que va a servir de escenario de pruebas de nuestra figura. Así, los apartados II, III y IV tratan de aportar claridad al concepto, primero, definiendo los contratos de suministro de información a los efectos de este trabajo y distinguiéndolos de figuras afines o aparentemente similares (II); segundo, insertando los contratos de suministro de información en el marco general de la sociedad de la información y la infraestructura contractual subyacente (III); y, tercero, haciendo notar las particularidades que aporta la información como objeto principal del programa prestacional (IV). En segundo lugar, conviene empezar a aproximarnos a la figura del tercero de confianza y será su perfil económico el que ofrezca de él una visión más clara y completa (V). Identificado el fenómeno y entendidas sus funciones y sus fines, podemos proceder al análisis del esquema relacional de suministro de información sobre el que la actividad del tercero de confianza se articula (VI-X). Este análisis contractual nos conducirá a una breve exposición de nuestras principales conclusiones (XI).

II. LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE INFORMACIÓN: DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE ESTUDIO

El amplio escenario en que hemos querido que debuten nuestros contratos tiene el riesgo de desfigurar su fisonomía hasta hacerlos irreconocibles. ¿Son nuevos contratos nacidos en relación

cual el fabricante/vendedor promete que el objeto vendido permanecerá en estado normal de funcionamiento durante un período de tiempo y que si sufriera alguna avería en tal plazo la responsabilidad del vendedor se concentrará en repararlo o sustituirlo por otro, pero no podrá exigirse la resolución del contrato, la reducción del precio o la indemnización de daños y perjuicios. En este sentido, el certificado de garantía se convierte en un simple elemento formal que acompaña las cláusulas de garantía habitualmente incorporadas en estas compraventas. Los elementos personales se corresponden con las partes del contrato, comprador y vendedor cuando éste último es el fabricante. A pesar de la posibilidad de que intervengan tres sujetos en la relación (vendedor, comprador, fabricante) no hay similitud estructural ni operativa con la actividad evaluadora a la que nos referimos. Es fácil comprobar que el emisor del certificado incorpora una promesa en relación con su propia actividad o producto, por lo que no concurre la independencia y ajenidad propia de los servicios de certificación y evaluación. Sobre las cláusulas de garantía y los certificados de garantía, CARLON, Luis, «La cláusula de garantía en la compraventa de maquinaria», *RDM*, núm. 127, enero-marzo 1973, pp. 39-86, las referencias al certificado en pp. 69-70.

con Internet y otras manifestaciones de la Sociedad de la Información? ¿O quizá nos referimos a todos los contratos que incorporan componentes informativos en alguna etapa de su formación o de su ejecución? La respuesta a ambas cuestiones no puede ser más que rotundamente negativa. De no ser así, por defecto y por exceso los planteamientos que subyacen bajo las preguntas planteadas desbordarían la noción contractual con la que se pretende trabajar y que se ha construido conforme a un proceso en dos etapas. En primer lugar, y de ahí el interés por observar la realidad social, empresarial y tecnológica, se ha tratado de detectar, configurar y discriminar un conjunto de relaciones contractuales que parecían satisfacer similares necesidades económicas. En segundo lugar, y sobre la referencia empírica anteriormente descubierta, se ha pretendido esbozar un modelo contractual capaz de explicar la heterogeneidad fenoménica seleccionada.

La delimitación del campo de estudio pasa por descomponer la expresión propuesta, contratos de suministro de información, en sus piezas constitutivas:

a) En primer lugar, nos referimos a relaciones contractuales cuyo objeto consiste precisamente en el suministro de información. En este sentido, quedan fuera de nuestra esfera de atención aquellos contratos, que aun implicando la comunicación o el suministro de información, aparecen intermediados por un interés principal distinto (por ejemplo, la compra de un periódico en papel, en relación con el comprador, responde estrictamente a la finalidad de adquisición de un bien).

b) En segundo lugar, la actividad de suministro marca un útil parámetro de identificación de la modalidad prestacional que subyace en la categoría propuesta. La Sociedad de la Información ha amplificado los ya numerosos contratos conectados con la información, pues las nuevas tecnologías nos han dotado de instrumentos de eficiencia extraordinaria para la gestión, el procesamiento, la comunicación y el almacenamiento de la información. Más aún, el valor de la nueva sociedad reside precisamente en el acceso, el acceso a la información. No queremos ocuparnos de aquellos contratos cuya esencia puede destilarse en la noción de accesibilidad, sobre la cual pivotan numerosas relaciones contractuales en el entorno electrónico (contratos de acceso a información), pues pueden reconducirse causalmente a una prestación de servicios. Ni siquiera nos preocupan aquellos modelos contractuales, que aun permitiendo la puesta a disposición de información almacenada, tienen por finalidad principal el alojamiento de datos (foros de discusión, redes sociales, portales informativos). La actividad de

suministro aparece perfilada por dos precisos trazos que la distinguen y separan de otras tareas que recaen sobre la información. El suministro consiste, primero, en la puesta a disposición de información a petición o por iniciativa de su destinatario principal. El sentido y la dirección de este flujo de actividad lo distancian del acceso y del alojamiento. El suministro supone, segundo, una actividad que aporta un valor añadido a la información resultante. Este valor añadido puede proceder de la gestión, de la recopilación, de la selección, del tratamiento, de la interpretación o de los elementos valorativos en que consiste la prestación. De este modo, se comprueba que numerosas actividades aparentemente informativas quedan excluidas del concepto de suministro por carecer de esta revaloración en el proceso de ejecución contractual.

El anuncio de que el buscador Google, en la línea abierta por el archivo pionero del Proyecto Gutenberg¹⁴, volcaría 15 millones de libros en la Red¹⁵ ejemplifica un supuesto de acceso a contenidos y no de suministro de información, en el sentido que aquí se ha querido perfilar. El proyecto empresarial de esta biblioteca virtual puede habilitar sistemas técnicos y/o contractuales que se correspondan con nuestro modelo-tipo –localización de títulos, selección y agrupación de obras, prescripción o recomendación de lecturas, informes, asesorías, sistemas de *rating*–, pero la mera puesta a disposición de contenidos carece en sí mismo del núcleo prestacional en que radica el valor añadido del suministro porque se vertebra exclusivamente en torno al acceso.

c) En tercer lugar, la noción de información soporta el peso de genericidad que más gravemente amenaza la precisión de nuestra denominación. La advertencia que hemos de apuntar para conjurar el riesgo de desbordamiento es que la información, en la categoría de contratos que nos ocupa, se convierte en el objeto esencial de programa prestacional. Habitualmente, la información se incorpora a la relación contractual de forma accesoria, como coadyuvante de su propia ejecución. En los contratos de suministro de información, la

¹⁴ El *Gutenberg Project* disponible en www.gutenberg.org comenzó a engrosar su catálogo en 1991. A esta iniciativa se han unido otras: en España, la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes (www.cervantesvirtual.com); en Estados Unidos, *The Internet Classics Archive* (www.classics.mit.edu) cobijado en el prestigioso MIT; en Francia, la Biblioteca Nacional francesa a través de *Gallica* (www.gallica.bnf.fr).

¹⁵ Según da noticia *El País* del domingo 10 de abril de 2005, «Babel en la pantalla del ordenador», pp. 41 y 41. Desde entonces, una fuerte polémica sobre la digitalización de libros y la vulneración de derechos de autor ha acompañado la iniciativa de Google. En 2008, Google firmó con la Asociación de Editores y la Unión de Escritores de Estados Unidos (Google Books). En septiembre de 2009, la Unión Europea se ha mostrado interesada en conocer los extremos del acuerdo con objeto de discutir la posibilidad de concluir una estrategia similar que garantice la propiedad intelectual a la vez que ofrezca un amplio acceso a las obras.

información no es instrumento sino objeto del cumplimiento. A partir de esta consideración, se ha de distinguir una triple categoría. La información objeto de la prestación puede adoptar la forma de información fáctica o factual, de información valorativa y de consejos o recomendaciones. En función del carácter de la información implicada nos encontraremos ante subtipos de contratos de suministro, que compartiendo una misma raíz prestacional, presentan interesantes particularidades (búsqueda de datos, selección y gestión de contenidos, asesoría, consultoría, certificación, prescripción).

d) Finalmente, conviene tener en cuenta que el esquema genérico de los contratos de suministro de información acoge varias modalidades transaccionales que, a pesar de sus diferencias, abordaremos conjuntamente. De un lado, encontramos contratos de puro suministro de información. En este tipo de contratos, que abunda en el entorno electrónico, la información es el elemento vertebral del programa prestacional. La función principal del prestador es suministrar información, sea propia o ajena, bajo unos parámetros de procesamiento, presentación, estructuración o selección que aporten valor añadido. Información y confianza se solapan en la misma relación negocial, la que se entabla entre el informante y el destinatario. El informante es aquí más que un tercero de confianza, un «segundo de confianza», y el usuario «que confía» es, en realidad, la parte contratante en la relación de suministro de información. La arquitectura general de intereses puede, no obstante, ser trilateral, si la información suministrada se refiere a un tercero y afecta a la decisión que adopte el usuario con respecto a éste (consejo de un analista financiero, clasificación de una empresa por una entidad de *rating*, informe de solvencia, inclusión en un directorio). De otro lado, sin embargo, los contratos de suministro de información pueden adoptar una configuración más precisa bajo la forma que denominaremos de contratos de certificación. En estos casos, el esquema transaccional es habitualmente trilateral. La relación contractual de suministro de información se entabla entre el informante y el cliente a quien se refiere la información (auditoría, clasificación de buques, inspección de productos, certificación de calidad). La función de generación de confianza desempeñada por el prestador despliega entonces todos sus efectos bajo una enorme fuerza centrífuga. Los terceros, potenciales usuarios (en sentido amplio) del cliente «certificado», pueden adoptar decisiones relativas a sus relaciones con éste confiando en la información emitida por el prestador-informante. La entidad suministradora de la información se convierte así en un verdadero tercero de confianza desde la perspectiva de la relación entre el cliente «certificado» y los usuarios.

La dualidad apuntada tendrá interesantes consecuencias en el análisis de la naturaleza del contrato y la calificación de sus obligaciones, así como, en la recreación de los supuestos de responsabilidad. Mientras que en los contratos de puro suministro de información prevalece la prestación de servicios, los contratos de certificación aparecen vertebrados por una significativa obligación de resultado que los presenta como contratos de obra. Con respecto al estudio de los escenarios de responsabilidad, la alternancia de las relaciones negociales según el esquema aplicable implicará una diferente localización de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual.

III. LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE INFORMACIÓN Y LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

De todo lo anterior, concluimos que la categoría de los contratos de suministro de información abarca aquellas relaciones contractuales en las que a petición de una parte contratante (el destinatario), la otra parte contratante (el prestador) suministra –a cambio de una remuneración– una información fáctica, una información valorativa o una recomendación¹⁶ confiriéndole un determinado valor añadido con intención de satisfacer los específicos intereses del destinatario. Muchas actividades profesionales bien conocidas de abogados, auditores, analistas, consultores, tasadores, inspectores o certificadores responden a este modelo prestacional. La Red tan sólo ha recreado estas fórmulas, aderezadas ahora con componentes que amplifican la eficiencia, la agilidad de la prestación y, en parte, redefinen su propio contenido. Así, la lógica de la navegación por Internet se sustenta sobre la operativa de los dispositivos de búsqueda y los servicios de localización de información (buscadores de pago); la accesibilidad de la información digital permite la comparabilidad de datos con una extensión e intensidad amplificadas

¹⁶ Obsérvese cómo puede extraerse esta triple categorización del tenor del clausulado de las condiciones generales de los servicios prestados por la compañía *Bureau Veritas* (disponible en www.bureauveritas.com, o, en versión española, en www.bureauveritas.es):

«BVE tiene por objeto suministrar al beneficiario de sus servicios en calidad de tercera parte independiente, informaciones que consisten en comprobaciones, opiniones, apreciaciones o recomendaciones, con el objeto principal de contribuir a la prevención de los riesgos a los que están expuestos dichos beneficiarios (...). Con este objetivo BVE realiza operaciones de control, inspección, evaluación, auditoría, peritaje, etc., para los que utiliza procedimientos tales como: exámenes, muestras, ensayos, análisis, medidas y cualquier otro que le permita reunir con total independencia, imparcialidad y objetividad los elementos suficientes para emitir la información solicitada. (...).»

(*shopbots*); la inseguridad asociada a las relaciones en el entorno electrónico reclama con fuerza la habilitación de modelos de tercero de confianza cuya función consiste en el suministro de información valorativa (prestadores de servicios de certificación de firma, emisores de sellos de calidad, prescriptores). De todo ello, únicamente nos interesan aquellos servicios que son prestados onerosamente o que representan, en todo caso, una actividad económica.

Hemos traído aquí conscientemente todas las piezas que componen la noción de servicio de la sociedad de la información en el marco de la ley española 34/2002, de 11 de julio, *de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico* (en adelante, LSSICE)¹⁷: prestación de un servicio a distancia y por vía electrónica, de forma onerosa o representando, en todo caso, una actividad económica, y a petición individual del destinatario. De inmediato podría interpretarse que pretendemos identificar a nuestros suministradores de información con el concepto legal de prestadores de servicio de la sociedad de la información¹⁸ que diseña bajo los parámetros comunitarios la normativa española. No hay, en

¹⁷ Ley que tiene como objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la *Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)*, así como incorporar parcialmente la *Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativas a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, regulando una acción de cesación contra las conductas contrarias a las previsiones legales* (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002).

¹⁸ La noción de prestador de servicios de la sociedad de la información delimita el ámbito de aplicación subjetivo de la LSSICE. La definición de la figura de prestador de servicios de la sociedad de la información, tanto en la ley española como en su referencia comunitaria, acusa una doble imprecisión. De un lado, una imprecisión externa, en relación con otros conceptos colaterales. De otro lado, una imprecisión interna, que se manifiesta en la clasificación con que el legislador aborda diferentes categorías de prestadores a las que asigna un diverso conjunto de obligaciones legales y régimen de responsabilidad. En relación con su delimitación externa, en el Anexo de Definiciones, la LSSICE define como «servicio de la sociedad de la información» «todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario». Concepto que comprende, no obstante, también los servicios no remunerados en la medida que constituyan una actividad económica para el prestador. Esta noción se completa con una lista no exhaustiva de servicios comprendidos en la definición y una exclusión, también meramente ejemplificativa, de servicios excluidos. Obviamente, estos parámetros vienen ya marcados por los textos comunitarios. En relación con su estructuración interna, además de la definición separada en el Anexo de los «prestadores de servicios de intermediación», los artículos 13 a 17 de la LSSICE disponen un régimen de responsabilidad específico para determinados prestadores, ofreciendo una versión ampliada de la Directiva al incluir la regulación de la actividad de provisión de enlaces y dispositivos de búsqueda (en el artículo 17). La Sección 4.^a del Capítulo II de la *Directiva sobre comercio electrónico* que emplea como rúbrica «Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios», regula bajo este régimen de responsabilidad específico exclusivamente las actividades de transmisión de datos y provisión de acceso («mere conduit», artículo 12) –nuestro artículo 14–, el almacenamiento automático y provisional de datos («caching», artículo 13) –paralelo al artículo 15 de la LSSICE– y el alojamiento de datos («hosting» artículo 14) –correspondiente al artículo 16 LSSICE–.

modo alguno, intención de provocar esta identificación. Ciertamente, entre ambas categorías hay zonas de solapamiento y contacto, pero tanto la integración de un conjunto en otro como la posible coincidencia plena de ambos, ofrecen imágenes absolutamente equivocadas por exceso y por defecto.

En primer lugar, los contratos de suministro de información no se prestan siempre por vía electrónica y a distancia, a pesar de que las nuevas tecnologías de la comunicación hayan potenciado el trasvase de muchas actividades al nuevo entorno, atraídas por la ubicuidad, la eficiencia y la reducción de costes. La emisión de un informe a cargo de un abogado encaja sin estridencias y con plena tipicidad en nuestros contratos de suministro de información. En segundo lugar, a pesar de la aparente omnipresencia de la información en los servicios que regula la LSSICE, no responden todos ellos a nuestra definición de suministro —son contratos de acceso a información, de alojamiento de datos, de distribución de contenidos—. En tercer lugar, numerosos servicios de la sociedad de la información adoptan la forma de prestaciones gratuitas, si bien representan una actividad económica. En particular, la actividad de los buscadores, que encaja en el modelo de suministro de información factual, es abordada en la ley desde la óptica de los servicios de intermediación, por lo que plantea únicamente su delicado régimen de responsabilidad en cuanto que «intermediario» (artículo 17 LSSICE). Este enfoque desvía, en un primer momento, la atención hacia una dimensión relacional distinta en la que se desvanece la presencia de la relación contractual que aquí nos interesa. En cuanto que contrato de suministro de información, la relación relevante es aquella entablada entre el usuario que realiza la consulta y el buscador. Esta relación puede adoptar tres formatos que condicionan la comprensión de esta realidad y su encaje en el tipo contractual del suministro de información.

El primer caso y el más claro, es aquel en el cual el usuario concluye con el prestador un contrato de suministro de información (acceso, localización, búsqueda y selección) remunerado y de cierta duración mediante una suscripción al servicio.

El segundo caso, mucho más borroso, viene marcado por la especial estructura prestacional que ofrece la Red. El soporte tecnológico que empapa la actividad económica en el entorno digital multiplica las posibilidades calificativas de la naturaleza del contrato. En efecto, se puede considerar que la raíz prestacional del contrato no transcurre sobre el suministro de información sino sobre la puesta a disposición de un dispositivo técnico-informático de localización y búsqueda que se aplica sobre diversos contenidos.

Este replanteamiento de la morfología implicaría la transformación del tipo contractual que resultaría así vertebrado causalmente y no sobre la actividad de suministro de información sino sobre el ofrecimiento de un servicio mediante el uso de un mecanismo tecnológico. De este modo, la diligencia de la prestación se redefine como correcto y razonable funcionamiento del dispositivo de búsqueda.

El tercer caso representa, sin duda, el supuesto más controvertido. El acceso a numerosos sitios *web* no confiere la apariencia de conclusión «expresa» de un contrato entre el usuario y el prestador. De hecho, muchos usuarios estiman que el uso de estos sitios y de su contenido y servicios no implica relación contractual alguna con el prestador. Sin embargo, los prestadores de estos servicios sujetan sus relaciones con los usuarios a un clausulado de condiciones que estiman aceptado por el mero uso del servicio ofrecido, esto es, mediante hechos concluyentes¹⁹. Hemos entrado en el terreno de los polémicos *browse-agreement*²⁰, cuyo empleo se extiende de forma casi generalizada en los sitios que pueblan Internet. Si bien no albergamos dudas en cuanto a la consideración de que el uso del servicio o el acceso a los contenidos representa un hecho suficientemente significativo del consentimiento, la mayor debilidad de esta modalidad de perfección contractual radica en la nada inusual inconsciencia de este efecto concluyente del uso –a diferencia de la asumida significación del acto de presionar el botón «Acepto» en

¹⁹ El famoso buscador Google iniciaba las «condiciones del servicio» disponible en su página, con una disposición del siguiente tenor:

«El uso de los servicios del motor de búsqueda Google (“Servicios de búsqueda de Google”), implica la aceptación de los siguientes términos y condiciones (“Condiciones de servicio”).»

En una versión más reciente de las condiciones, se reformula la cláusula incluyendo igualmente la referencia al uso de los servicios como manifestación de aceptación:

«Ud. podrá aceptar las Condiciones:

(A) haciendo clic en el botón de aceptación de las Condiciones, cuando Google le ofrezca esta opción en la interfaz de usuario con respecto a cualquier Servicio; o

(B) utilizando de forma efectiva los Servicios. En este caso, Ud. reconoce y acepta que, a partir de ese momento, Google considerará su utilización de los Servicios como una aceptación de las Condiciones.»

²⁰ La autora ya ha tenido ocasión de abordar este tema en su trabajo RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Las condiciones de uso de los sitios *web* y los *browse-wrap agreements*», en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; OVIEDO ALBÁN, Jorge, *Nueva Lex Mercatoria y contratos internacionales*, Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2006, pp. 305-346; también publicado en *Derecho del Comercio Internacional –temas y actualidades (DeCita)*, núm. 5/6, 2006, pp. 43-73. Entre otros, pueden verse también los trabajos de DAVIDSON, Dawn, «Click and Commit: What Terms are Users Bound to When They Enter Web Sites?», 26 *William Mitchell Law Review*, 2000, pp. 1171-1203; KUNZ, Christina L.; OTTAVIANI, John E.; ZIFF, Elaine D.; MORINGIELLO, Juliet M.; PORTER, Kathleen M.; DEBROW, Jennifer C., «Browse-wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements», 59 *The Business Lawyer*, 2003-2004, pp. 279-312; RAYSMAN, Richard, BROWN, Peter, «Clarifying the Rules for Clickwrap and Browsewrap Agreements», *New York Law Journal*, vol. 228, núm. 93, November 14, 2002.

los *click-agreements*– y la no menos habitual ignorancia de los propios términos contractuales –discretamente ocultos bajo un escueto enlace ubicado en la parte inferior de las páginas del sitio *web*–. Pero a través de este controvertido contrato, los prestadores incorporan a la relación de búsqueda gran parte de las estrategias convencionales²¹ que concurren en los contratos tipo de suministro de información.

IV. LA ESPECIAL NATURALEZA DE LA INFORMACIÓN COMO OBJETO CONTRACTUAL

La especial atención que la Economía y las ciencias empresariales han prestado a los «bienes informacionales», despierta en nosotros la curiosidad y el interés por apreciar esta realidad desde la óptica del Derecho. Queremos comprobar si las peculiaridades operativas que presenta la información como producto afectan también a su tratamiento jurídico en cuanto que objeto de la prestación contractual.

Repasamos la literatura económica y obtenemos una interesante imagen multifacética de los *information goods*²². La información es costosa de producir pero, las sucesivas tecnologías que ha encadenado la evolución técnica, han hecho su reproducción cada vez más barata²³. Esto debilita los incentivos de producir informa-

²¹ Póngase en relación, la siguiente cláusula que transcribimos, extraída de las condiciones de Google, con las explicaciones que se exponen más adelante en el texto:

«Google renuncia a todas y cada una de las responsabilidades respecto a la precisión, contenido, integridad, legalidad, fiabilidad, funcionamiento o disponibilidad de información o material que se muestra en los resultados de los Servicios de búsqueda de Google. Google renuncia a cualquier responsabilidad respecto a la eliminación, almacenamiento, entrega defectuosa o con retraso de cualquier información o material. Google renuncia a cualquier responsabilidad por daños resultantes de descargar o acceder a cualquier información o material en Internet a través de los Servicios de búsqueda de Google.»

²² El excelente diagnóstico de la Nueva Economía o la Economía de la Información de Carl SHAPIRO y Hal R. VARIAN, *Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy*, Boston: Harvard Business School Press, 1999.

²³ Un rasgo conductual que comparte con la *digital economics*. Tras la asunción de unos fuertes costes iniciales, progresivamente el coste marginal de producir una unidad adicional descende. Este fenómeno de «increasing returns» –que no es un fenómeno desconocido ni histórica ni sectorialmente– tiene importantes implicaciones en la estructura del mercado. Tradicionalmente los efectos del «positive feedback» se han producido del lado de la oferta, en el fenómeno conocido como economías de escala (del lado de la oferta) –*supply-side economies of scale*–. La versión de esta pauta económica en el entorno electrónico muestra una mayor virulencia, desplegando sus efectos también, y fundamentalmente, en el lado de la demanda –*demand-side economies of scale*–. Los sectores de la Nueva Economía muestran así una clara tendencia a la concentración pues el éxito y el fracaso se refuerzan en el imparable y absorbente ritmo de un «virtuous cycle» o un «vicious cycle». Un único ganador, *winner-take-all-markets*, es el resultado de una economía basada en la estructura de red.

ción si no son esperables beneficios creíbles asociados a su explotación o a su propio suministro que compensen la inversión y los gastos exigidos. Cuando la información es objeto de negocios jurídicos, su precio no ha de reflejar el coste de producción sino el valor de uso que significa para su destinatario. La información se comporta además como un «*experience good*». Por ello, los usuarios han de conocer (o experimentar) la información para apreciar su valor. Y así, uso, consumo y prueba se solapan en un mismo acto, cada vez que se suministra la información²⁴. Esta característica exige que los prestadores concentren sus esfuerzos estratégicos y competitivos en factores reputacionales, los únicos que pueden permitir la elección previa por parte del destinatario potencial de la información. La información finalmente actúa como un bien público, que no se consume ni se desgasta por su uso. En virtud de esta naturaleza, los efectos de la información adquieren un efecto expansivo imprevisible una vez liberados.

De estas enseñanzas económicas concentradamente expuestas, se pueden extraer ya algunas consideraciones jurídicas. Observamos, en primer lugar, la dificultad de determinar la remuneración en los contratos de suministro de información, asociada a su valor de uso y no a su coste de producción. Constatamos, en segundo lugar, la necesidad de disponer de una precisa exposición de los intereses del destinatario de la información a los efectos de apreciar la conformidad de la prestación y de determinar la diligencia debida del prestador. Percibimos, en tercer lugar, la relevancia que las condiciones del destinatario (su pericia, su razonable conocimiento) ejercen en la determinación de los deberes del prestador en el marco contractual. Apreciamos, en cuarto lugar, la posible emergencia de conflicto de intereses. Y advertimos, finalmente, que la responsabilidad por los daños ocasionados por la inexactitud de la información se expande peligrosamente con respecto a cualquier usuario de la misma que, confiando en su corrección y certeza, adopte una decisión que le cause daños.

Tomando las referencias apuntadas como incentivo para proseguir con el estudio, procedemos a continuación a desbrozar el mecanismo jurídico-contractual de los contratos de suministro de información (*infra* VI y siguientes), no sin antes observar con dete-

²⁴ Muchos de los productos de la Nueva Economía tienen carácter duradero, los denominados «*information goods*» permiten su empleo reiteradamente y a lo largo de períodos extensos de tiempo, pero sobre todo, se comportan como «*experience goods*» donde la estrategia en precios no puede reflejar el coste –que se aproxima a cero– sino el valor –que tiene para el usuario–. Económicamente, esta característica implica que las empresas compiten con ellas mismas en diferentes momentos temporales. Este efecto presionaría a las empresas a mantener los precios bajos. De hecho, la implicación más clara es que ante este tipo de productos el poder de mercado es menos preocupante.

nimiento la figura de los terceros de confianza bajo la óptica que nos ofrece la Economía y la riqueza fenoménica que alberga la práctica de los mercados (V) para guiar nuestro posterior análisis jurídico.

V. LA LÓGICA ECONÓMICA DE LOS TERCEROS DE CONFIANZA

La figura del tercero de confianza nace en un contexto económico en el que el mercado acusa fuertes asimetrías de información entre prestadores y usuarios, de modo tal que los costes de búsqueda y procesamiento de información para determinar la fiabilidad de las diferentes ofertas se incrementan sustancialmente. La lógica económica explica que una vez agotados los denominados recursos transaccionales endógenos, los operadores recurren a recursos transaccionales exógenos, es decir, proporcionados por terceros «confiables» (*gatekeepers*). La estructura bilateral de partida trabada entre el prestador y los potenciales usuarios y marcada por la falta de confianza se despliega en un esquema relacional más complejo que superpone a la relación inicial de desconfianza dos relaciones bilaterales de confianza entre el prestador y el intermediario y entre los terceros y el intermediario. La primera probablemente adopte la forma de una relación contractual de suministro de información, la segunda carecerá seguramente de un marco contractual y se estructurará con toda seguridad como una mera relación de confianza.

La función de los terceros de confianza es emitir señales al mercado sobre la fiabilidad, la confiabilidad, la exactitud de aspectos relativos al prestador. De este modo, a pesar de la generalizada denominación de esta figura como tercero de confianza, la estructura relacional nos indica, sin embargo, que es, en realidad, un «segundo de confianza» con respecto al prestador, habitualmente parte contratante, y un verdadero tercero en el marco de la relación, no siempre contractual, entre el prestador y el usuario o tercero. Si tratamos de encajar este esquema en cualquiera de las modalidades fenoménicas que ha adoptado la *praxis* de la generación de confianza, los resultados son reveladores. La obtención de un sello de calidad, una acreditación, una certificación, una verificación positiva, un informe favorable de auditoría, una nota elevada de *rating*, una clasificación alta del buque, o una decisión de admisión en un prestigioso *e-marketplace* son señales emitidas por un tercero de confianza (certificador, entidad de acreditación, auditor, entidad de *rating*, sociedad de clasificación de buques,

ente gestor del *e-marketplace*²⁵) a petición expresa, o no, del operador referido y que aportan información a terceros (que confían) sobre la fiabilidad, solvencia o calidad del prestador, o de sus servicios o productos.

La capacidad de estos terceros de generar confianza depende de sus activos reputacionales (seriedad, visibilidad, profesionalidad, experiencia) que son, a su vez, los recursos más sensibles a las sanciones (reputacionales) del mercado por una prestación negligente, inadecuada o percibida como errónea. Experiencias recientes en los mercados internacionales son muy elocuentes. De hecho, el origen de conocidos escándalos financieros puede radicar en un fallo del sistema de *gatekeepers*. A pesar de las múltiples explicaciones que del caso Enron se han dado, es interesante tomar en consideración la propuesta²⁶ que achaca el detonante de la crisis a un grave deterioro en la función de *wachtdog* que deben desempeñar los *gatekeepers* por erosión de la objetividad y la independencia dada la ausencia de competencia real (*Big Five*)²⁷, el menor efecto disua-

²⁵ En el sector de los *e-marketplaces* están en funcionamiento programas de certificación –*Ebtrust*, *Det Norske Veritas*; *WebTrust* y *SysTrust* establecidos por el AICPA (*American Institute of Certified Public Accountants*) y el CICA (*Canadian Institute of Chartered Accountants*); los certificados de *Virtual Private Network Consortium*; *SGSQualicert* de la *Société Générale de Surveillance*–, sellos de garantía y programas de certificación parcial o específica –*BBBOnLine Privacy Seal* filial de *Council of Better Business Bureaus* de Estados Unidos y Canadá; *Truste Privacy Seal*–, códigos de conducta –*model code of conduct for electronic commerce* de *Electronic Commerce Platform Netherlands*, October 2001; *Code of Good Practices for Use of Electronic Market Place*, www.eurocapable.com (*The European Federation of Associations of Manufacturers of Insulated Wires and Cables*); *Good trading practices in Electronic Bidding Processes: Reserve Auctions*, www.alufoil.org (*European Aluminium Foil Association*); *Fairness for Electronic Marketplaces*, publicado por www.argez.de (*Arbeitsgemeinschaft Zulieferindustrie*)–, *Standards y «guidelines»* –*Code of Practice for Information Security Management*, ISO/IEC 17799:2000; *Electronic Commerce Agreement* adoptado por UN/CEFACT (*United Nations Centre for Trade Facilitation and Electronic Business*); *Specifications for information security management systems* AS/NZS 7799.2:2003, Standards Australia–.

²⁶ En este sentido, John C. COFFEE, Jr., «Understanding Enron: It's About the Gatekeeper, Stupid», 57 *Bus. Law.*, num. 4, August 2002, pp. 1403-1420.

²⁷ El cumplimiento efectivo de la función que hemos asignado a la actividad de generación de confianza presupone la independencia de la entidad prestadora y su competencia técnica, garantías de un servicio de calidad. Confiamos en que en un entorno de certificación voluntaria, el carácter contractual de la actividad asegura la preservación de la independencia a través del alineamiento de los incentivos de las partes implicadas. Hipótesis de partida del trabajo del profesor PAZ-ARES –la teoría económica nos proporciona esta hipótesis inicial «a mayor voluntariedad (de la auditoría), mayores incentivos para la independencia y, por tanto, menor necesidad de regulación» (p. 26)– en *La ley, el mercado y la independencia del auditor*, Madrid: Civitas, 1996, al que nos remitimos para una completa explicación de la argumentación referida. Véase también al respecto, ARRUÑADA, Benito, *La calidad de la auditoría. Incentivos privados y regulación*, Madrid: Marcial Pons, 1997, en particular, pp. 15-62 y las consideraciones finales pp. 205-221. La independencia del auditor y su régimen de responsabilidad ha sido una preocupación constante en la construcción europea de un mercado financiero integrado. La Unión Europea ha mostrado un continuo interés en el tratamiento legal de estos aspectos. Desde los primeros estudios en 1992 sobre el sector europeo de contabilidad, la Comisión se ha centrado en el problema de la responsabilidad civil del auditor legal. Tras comprobar la marcada heterogeneidad de las disposi-

sorio del régimen de responsabilidad y los mayores beneficios obtenidos por la aquiescencia con el cliente. Mucho más reciente y teniendo como escenario también los mercados financieros, el verano de 2007 ha venido marcado por las alarmantes noticias sobre las hipotecas *subprime* y sus preocupantes efectos en el sistema bancario internacional. Algunas de estas arriesgadas emisiones habían recibido una calificación alta (alta liquidez, bajo riesgo) por parte de ciertas entidades de *rating* lo que parece que había asegurado su fácil colocación en el mercado. En un sector bien distinto, el del transporte marítimo, graves accidentes de buques han venido precedidos de la emisión de certificaciones favorables sobre su navegabilidad por reputadas sociedades de clasificación. En todos estos conocidos casos, la actividad de los intermediarios reputacionales (auditores, entidades de *rating*, sociedades de clasificación) estaba dirigida a lanzar al mercado señales de confianza, vigilando (*watchdog*) la corrección de las actuaciones de otros operadores que compiten en mercados de «alta peligrosidad» (mercados financieros, por ejemplo) y su aparentemente negligente actuación parece haber sido determinante en el desencadenamiento de los daños producidos a los terceros que confiaron.

En estas premisas de raíces económicas y amplia repercusión social se sustenta nuestra propuesta. Es preciso ahora comenzar a perfilar los rasgos jurídicos del marco contractual en que queremos insertar la figura de los terceros de confianza.

VI. LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR: UNA OBLIGACIÓN DE MEDIOS O UNA OBLIGACIÓN DE RESULTADO

El punto de partida del estudio es la consideración de los contratos de suministro de información como contratos de prestación de servicios. Un marco contractual que aglutina, no obstante, obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Estimamos que la obligación de informar ha de considerarse como obligación de medios o de mera actividad, en la medida que impone el deber de

ciones legales y reglamentarias nacionales en la Comunidad en un estudio de 1996, la Comisión consideró oportuno la elaboración de un documento más amplio que concretó en la publicación del *Libro Verde sobre la función, posición y responsabilidad civil del auditor legal en la UE* (DOCE C 321, de 28 de octubre de 1996, p.1). Desde el punto de arranque que supone el Libro Verde, las propuestas de reforma del sector se han sucedido en las diferentes instancias de la Unión. Podemos ya encontrar líneas claras de un plan de acción –*Comunicación de la Comisión: La auditoría legal en la Unión Europea: el camino a seguir*, DOCE C 143, de 8 de mayo de 1998, p.12–, que se completa con la *Recomendación de la Comisión de 16 de mayo de 2002, sobre independencia de los auditores de cuentas en la UE: Principios fundamentales*, DOCE L 191, de 19 de julio de 2002, p. 22.

informar diligentemente. Sin embargo, muchos de los contratos observados basan el programa prestacional en la entrega, la emisión o a la puesta a disposición de un determinado resultado: un informe, una nota, una calificación, una serie de resultados de una consulta, un certificado²⁸. En este sentido, las partes han optado por causalizar un resultado que transforma la prestación en una *obligation de résultat*. Sin duda, en lo relativo a la entrega del resultado pactado, la prestación se comporta en la forma prevista —la falta de entrega supone la «no-ejecución»—, pero no hemos de olvidar que, aun obtenido el resultado aparentemente previsto, el cumplimiento puede ser defectuoso si la información ha sido seleccionada, elaborada, interpretada o manifestada negligentemente²⁹. Entonces, la responsabilidad del prestador-informante no derivaría de la inexactitud de la información sino de la negligencia con que fue elaborada³⁰.

La clásica categorización de las obligaciones, entre *obligations de moyens* y *obligations de résultat*, no ha estado exenta de críticas, puesta en cuestión su terminología³¹ y su propia racionalidad distintiva³². No obstante, sigue cumpliendo una función de referencia que puede resultar útil en la redacción del programa prestacional y en el proceso de determinación de la exactitud del cumplimiento. Si bien las reglas de responsabilidad son las mismas, el propio contenido de las obligaciones de medios y de resultado determinan un juego específico del sistema probatorio (art. 1214

²⁸ Así, en el artículo 2 de las condiciones generales de los servicios prestados por *Bureau Veritas*, a las que ya nos hemos referido, se advierte que la información solicitada:

«(...) se hace llegar al contratante en la forma de plantilla de verificación o control, informe, certificado, o cualquier otro medio que se demuestra idóneo (...)»

²⁹ Principios de UNIDROIT, art. 5.4.

«(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.

(2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.»

³⁰ DEL OLMO GARCÍA, Pedro, «Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 54, Fasc. I, enero-marzo 2001, pp. 257-368, en p. 266.

³¹ LOBATO GÓMEZ, J. Miguel, «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 45, Fascículo II, abril-junio 1992, pp. 651-734, al respecto en pp. 654-657.

³² Entre la doctrina que se muestra favorable al mantenimiento de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, por todos, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona: Bosch, 1993, pp. 35-38; MENGONI, Luigi, «Obbligazione di risultato e obbligazione di mezzi», *Rivista di Diritto Commerciale*, 1954, I, pp. 185 y siguientes; JORDANO FRAGA, Francisco, «Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 44, Fascículo I, enero-marzo 1991, pp. 5-96. Por el contrario, otros autores, desconfían de la idoneidad de la distinción al estimar que todas las obligaciones implican, de uno u otro modo, un resultado contractualmente pactado; así MARTON, M.G., «Obligations de résultat et obligations de moyens», *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1935, pp. 499-543.

Código civil español)³³, donde la culpa despliega una doble función como criterio de determinación del incumplimiento y como criterio de imputación del incumplimiento.

En la redacción de los clausulados contractuales se observa cómo los prestadores asumen esta categorización de las obligaciones y tratan de protegerse ante potenciales responsabilidades a través de la delimitación del objeto de la prestación³⁴, bajo la fisonomía de las obligaciones de mera actividad, mediante expresiones como «el prestador se compromete a poner el mayor cuidado (*reasonable or best efforts*) en el cumplimiento de sus obligaciones».

Si bien la actividad de provisión de información puede calificarse indudablemente como prestación de servicios, cuando observamos el fenómeno desde la perspectiva del informante como tercero de confianza, la naturaleza del contrato parece tornar indefectiblemente hacia su calificación como contrato de obra. Las obligaciones de resultado adquieren en el programa prestacional una posición prevalente, hasta el punto de vertebrar causalmente el contrato como contrato de obra y no de servicios. Si retornamos a la amplia fenomenología de la generación de confianza, la identidad causal de todas las modalidades contractuales conocidas parece configurar un modelo abstracto de contrato que en su versión más esencial, y por ello común, se presenta como un contrato de obra enderezado por una obligación de resultado³⁵. El

³³ JORDANO FRAGA, FRANCISCO, *La responsabilidad contractual*, Madrid: Civitas, 1987, p. 268.

³⁴ La compañía *DoubleTrade* ofrece, entre otros, un servicio, mediante suscripción, de suministro de información a través del acceso y la localización de contenidos en una base de datos y el envío de avisos y notificaciones sobre novedades. En sus condiciones generales (www.doubletrade.com última consulta 12/09/2010), incluye una expresiva cláusula que transcribimos:

«DoubleTrade fait tous les efforts nécessaires pour assurer l'exactitude des informations at exerce une veille de l'information avec les moyens le plus moderne. Cependant, DoubleTrade n'est jamais tenue que par une obligation de moyen (...).»

³⁵ GINER PARREÑO, CÉSAR A., *El contrato de inspección...*, *op.cit.*, p. 99: «La categoría de los contratos mercantiles de obra con certificación puede construirse formulando una noción amplia del contrato de obra con certificación. Conforme a ella una empresa se obliga a la realización de una obra que consiste en la verificación, examen o supervisión de determinados bienes jurídicos culminándose con la suscripción y entrega de un certificado, informe, nota o calificación relativa a aquellos y a cambio de un precio determinado o determinable». En relación con el contrato de auditoría de cuentas su calificación como contrato de obra es mantenida por PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Madrid: Civitas, 1996, p. 41; ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL, *Las cuentas anuales...*, *op.cit.*, rechazando la teoría orgánica (p. 36) e insistiendo indubitablemente en el vínculo contractual entre sociedad y auditor (p. 37), relación que califica contundentemente de contrato de obra (pp. 38 y 39) pues la finalidad última y esencial de la auditoría es la confección y entrega a sus destinatarios del informe (pp. 121-122); MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, «El contrato de auditoría y la terminación unilateral del mismo por el auditor», *RCDI*, núm. 623, julio-agosto 1994, pp. 1485-1499, «la prestación básica, aquella que determina la celebración del contrato y que por consiguiente lo conforma causalmente, viene dada, en efecto, por la realización del informe»

interés primario del acreedor (cliente) reside en la obtención de la entidad inspectora/evaluadora/certificadora de una nota, una clasificación, un certificado, un informe, un sello de calidad o cualquier otro medio que actúe como soporte de las informaciones de comprobación, evaluación, inspección u opinión que resulten de las operaciones de control, de los exámenes, ensayos, análisis, auditorías, comprobaciones u otros servicios con similar objetivo que la empresa evaluadora realice. Los elementos reales del contrato son, de un lado, el *opus*, la obtención del resultado-calificación convenido con la diligencia propia de un profesional experto en la materia, lo que implica el seguimiento de las técnicas propias de la actividad, y, de otro lado, el precio o retribución acordados, cuya obligación de pago no presupone ni la conformidad del cliente con la calificación obtenida ni, por tanto, la recepción de la obra, sino la simple puesta a disposición del cliente del resultado previsto. A este núcleo prestacional básico se pueden añadir expresamente por las partes otros elementos que, al unirse a la noción esencial descrita, exigirán la incorporación de elementos de otras figuras contractuales³⁶, especialmente del contrato (arrendamiento) de servicios³⁷.

A pesar de la aparente contradicción, en realidad, ambas calificaciones propuestas pueden coexistir. La obligación de informar

(p. 1490). Como el dictamen de un abogado, el informe de auditoría es un claro ejemplo de obligación de resultado en el marco de un «contrato de prestación de servicios» –VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción...*, *op.cit.*, p. 819–. En contra, lo califica como arrendamiento de servicios, PETIT LAVALL, M.^a Victoria, *Régimen Jurídico...*, *op.cit.*, pp. 135-137. En relación con el contrato de *rating* del mercado de valores, CACHÓN BLANCO, José Enrique, «Análisis jurídico del *rating*...», *op.cit.*, p. 3. En relación con la clasificación de buques, dirá VIDAL SOLA que «el informe es el aspecto esencial de su actividad», es decir, interpretamos, el resultado de la actividad de supervisión es el elemento determinante para la calificación causal del contrato, VIDAL SOLA, Arturo, «La responsabilidad de las sociedades de clasificación de buques», *RGD*, núm. 138-139, marzo-abril 1956, pp. 195-199, en p. 195. El tráfico moderno ha ido dando forma a frecuentes contratos de obra dirigidos a la obtención de un «*resultado inmaterial o intangible*», que se plasma en un soporte físico objeto de entrega que no hace más que presentar el resultado de la actividad contratada –campana publicitaria, asesoría contable, planificación de un terreno– (PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, Antonio, «Los contratos de obra. El depósito mercantil. El transporte», en *Leciones de Derecho Mercantil*, dirigidas por el Prof. MÉNENDEZ, Madrid: Thomson-Civitas, 2003, pp. 577-603, en p. 581). FROOMKIN, A. Michael, «The Essential Role of Trusted Third Parties...», *op.cit.*, se pregunta si un certificado de firma electrónica es un producto o un servicio, planteando el efecto de su calificación como uno u otro, o la alternativa de una naturaleza híbrida, sobre la delimitación de las obligaciones del prestador de servicios y su régimen de responsabilidad (pp. 86-91).

³⁶ Adición de actividades que no puede impedir la calificación del contrato de auditoría como arrendamiento de obra, ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *Las cuentas anuales...*, *op.cit.*, pp. 39-41.

³⁷ Para la distinción entre el contrato de servicios y otros contratos de prestación de servicios –percíbase la precisión terminológica–, TRIGO GARCÍA, M.^a Belén, *Contrato de servicios. Perspectiva Jurídica actual*, Granada: Comares, 1999, distinguiendo aquel del contrato de trabajo (pp. 154-171), del contrato de obra (pp. 173-280), del mandato (pp. 281-335) y de las relaciones societarias (pp. 335-374).

correctamente es una obligación de medios³⁸, si bien la obligación de entrega de un determinado resultado del tratamiento de la información es una obligación de resultado (informe, certificado, calificación). Es la prevalencia e intensidad de cada tipo de obligación en el programa prestacional la que impregnará el contrato global de una u otra naturaleza. Los contratos de certificación pura integran un subgrupo dentro de la categoría general de los contratos de suministro de información. Los primeros se comportan como contratos de obra, los segundos como contratos de servicios. Desde el punto de vista de la estrategia empresarial, en realidad, estas diversas modalidades contractuales están reflejando adecuadas reglamentaciones de diversas actividades que concurren en el panel prestacional que ofrecen las empresas que actúan como terceros de confianza. Esto es, en ciertos casos actúan como meros proveedores de información, y en otros como auténticos certificadores. La percepción de esta disparidad estratégica resulta además especialmente relevante a los efectos de diseñar los diversos esquemas de responsabilidad. Aunque no puede obviarse el enorme casuismo subyacente, se pueden apuntar algunas pautas comunes. En los contratos de certificación pura, la relación contractual es habitualmente establecida entre el certificador (tercero de confianza) y el prestador de los servicios certificados. Así, el usuario indirecto de la información será casi siempre un tercero con respecto al intermediario certificador. La emisión de un informe de auditoría, un sello de calidad, una inspección, una acreditación o una nota de clasificación de buque responden bien a este esquema. Sin embargo, en la perspectiva más amplia de simple provisión de información, no suele existir una relación previa entre el intermediario informante y el prestador a quien se refiere la información. Puede haberse entablado una relación de tipo contractual entre el usuario de la información y el informante, recomponiendo así la arquitectura relacional (solicitud de un análisis financiero, búsqueda en un directorio, consulta de las notas de *rating* publicadas, petición de un informe sobre una empresa); o que ni siquiera exista una rela-

³⁸ Es interesante cotejar este modelo de contrato de certificación con el «*contract for information*» que resulta del Capítulo 6 del Libro quinto del proyectado *European Civil Code*. Study Group on a European Civil Code, *Tilburg Sub-Group Services*, 5th Book, (última versión de 26 de noviembre de 2003) dedicado a los contratos de servicios. El artículo 601 acota así su ámbito de aplicación:

«(1) This Chapter applies to contracts whereby one party, the information provider, is to supply factual information, evaluative information or a recommendation to another party, the client (...).»

En particular, estimamos que puede resultar de particular ayuda en relación con la determinación de la responsabilidad: art. 604 *Duty of Care*; art. 605 *Conformity*; art. 609 *Causation*.

ción expresa –si bien el mero uso activará de algún modo un entorno transaccional– en la que se enmarque la petición de información.

Con todo, mantenemos como referente nuestra clasificación genérica de los contratos de suministro de información como contratos de prestación de servicios. A los efectos de plantear los diversos escenarios de responsabilidad, ciertamente las diferencias van a ser irrelevantes. De uno u otro modo, el enjuiciamiento del incumplimiento contractual va a referirse a una o varias obligaciones concretas del programa prestacional, y será la configuración de éstas como obligaciones de mera actividad o de resultado las que nos orienten en el proceso de determinación del incumplimiento.

VII. LA DILIGENCIA CIRCUNSTANCIADA

La diligencia con que el prestador-informante ha de desempeñar su prestación ha de resultar contextualizada en las especiales circunstancias en que se desenvuelve la relación. En la medida que la información es un bien cuyo valor depende de su uso y no de su coste, el prestador ha de recabar amplia y detallada información sobre las necesidades de su cliente, como destinatario de la información. Más aún, la versatilidad utilitaria de los bienes informativos modula la prestación conforme al uso al que se pretenda destinar, la decisión que pretenda adoptarse en consecuencia, las características del destinatario, y el propio carácter fáctico, valorativo o de consejo que adopte el resultado contractual. Estas constataciones nos conducen a una doble consideración.

En primer lugar, que si bien recae sobre el prestador el deber de informarse, el límite de su prestación viene inicialmente marcado por la información proporcionada por el destinatario. En este sentido, emergen los deberes de cooperación recíprocos dirigidos a conseguir la plena efectividad de la prestación³⁹. Cuya lectura en sentido negativo, nos permitiría argumentar que, ante una ausencia de

³⁹ Artículo 1.202 de los *Principios de Derecho Contractual Europeo* presentados por la Comisión Lando:

«*Deber de cooperación*. Cada una de las partes está obligada respecto de la otra, a cooperar para conseguir la plena efectividad del contrato.»

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, ROCA TRÍAS, E., MORALES A. M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid: Civitas, 2002, pp. 158 y 159.

Este proyecto arranca de tres resoluciones del Parlamento Europeo: Resolución A2-157/89 (DOCE C 158, 26.6.1989, p. 499); Resolución A3-0329/94 (DOCE C 205, 25.7.1994, p. 518); Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y el Derecho mercantil de los Estados Miembros. Además, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho Contractual Europeo* (DOCE C 255, 13.9.2001, p. 1); *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al*

información suficiente proporcionada por el destinatario al informante⁴⁰, la actuación inexacta del prestador puede entenderse debida a un impedimento imputable al acreedor (destinatario de la información) que liberaría al deudor (prestador) de las consecuencias de su incumplimiento o, al menos, le facultaría para exigir la resolución del contrato⁴¹.

En segundo lugar, la exactitud de la prestación de informar exige la apreciación del carácter decisivo o utilitario que tiene la información. En el seno del grupo de trabajo encargado de la redacción de un Código Civil europeo (*Study Group on a European Civil Code*), el *Working Group on Sales, Services and Long-term contracts (Dutch Team)* elaboró un conjunto de reglas aplicables a los contratos de servicios⁴² (en adelante, *Rules on Services*) –en el marco esbozado por los *Principios de Derecho Contractual Europeo*–, entre las que dedica un capítulo (el capítulo 6) a los contratos de suministro de información. Esta distinción de los contratos de suministro de información por razón de su especificidad supone un argumento de apoyo a nuestro estudio y nos ofrece una fuente de referencia interesante. El estándar general de diligencia (*care*) aplicable en la prestación de los servicios (artículo 1:107 *Rules on Services*)⁴³ requiere una ulterior precisión cuando la

Consejo: Un derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción, DOCE C 63, 15.3.2003, p.1.

⁴⁰ Deber que puede interpretarse como obligación contractual o como carga negocial cuya inobservancia, si bien no viene reforzada por una facultad correlativa de la contraparte para exigir su cumplimiento, implica una exigencia necesaria para obtener la realización del propio derecho o para ejercer una facultad. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, Madrid: Montecorvo, 1988.

⁴¹ Así, en el contrato de servicios de *Bureau Veritas*, en el artículo 8, el prestador precisa que:

«(...) Cuando las informaciones emitidas por BVE recojan documentos y datos facilitados por el [destinatario], BVE no podrá ser considerado responsable en el caso de que estos documentos y datos resulten incompletos o erróneos.»

⁴² *Study Group on a European Civil Code, Tilburg Sub-Group Services*, 5th Book, última versión de 26 de noviembre de 2003, posteriormente el documento sobre contratos de servicios aparece en versión de octubre 2005 (disponible en www.sgecc.net última consulta 8/10/2009). En particular, el sitio *web* de grupo de trabajo sobre servicios en <http://ecc.uvt.nl>.

⁴³ Article 107: General Standard of Care for Services:

- «(1) The service provider must perform the service:
- a. with the care and the skill that a reasonable service provider would exercise under the circumstances; and
 - b. in conformity with any statutory or other binding legal rules that are applicable to the service.
- (2) If the service provider professes a higher standard of care and skill the provider must exercise that care or skill.
- (3) If the service provider is, or purports to be, a member of a group of professional service providers for which standards exist that have been set by a relevant authority or by that group itself, the service provider must exercise the care and skill expressed in these standards.
- (...).»

actuación se integra en un contrato de suministro de información (artículos 6:102 y 6:104 *Rules on Services*⁴⁴). En efecto, cuando nos encontramos ante un suministro de información factual o valorativa, el prestador ha de asegurarse de que el destinatario entiende el contenido de la información, que habrá de ser elaborada con el cuidado y la pericia que exigen las circunstancias y la propia condición profesional del prestador. Más aún, y aquí emerge el carácter decisivo, aplicativo o utilitario de la información, el prestador ha de informar al destinatario, cuando su prestación consista en una valoración o en un consejo sobre los que el destinatario va a adoptar una decisión, de los riesgos que implica, así como de las alternativas que están disponibles (o, en su caso, de la limitación propia de las alternativas propuestas). Estas expresiones, que vienen dominadas por el criterio de la razonabilidad, articulan el engranaje entre el deber de consejo y la previsibilidad de los riesgos en el momento de contratar.

La diligencia del prestador viene así condicionada por dos parámetros, uno objetivo o general y otro subjetivo o circunstanciado. Con respecto al primero, el prestador debe actuar conforme a la diligencia esperable de su condición experta, según el modelo de un prestador razonable en similares circunstancias. En ocasiones, la pertenencia del prestador a un colectivo profesional permite la aplicación inmediata de normas reglamentarias, reglas estatutarias o códigos deontológicos. La extremada cautela con que los prestadores abordan sus riesgos de exposición a la responsabilidad ha promovido el diseño y la redacción de Manuales de actuación en un deseo de proceduralizar la diligencia debida en el seno de los usos profesionales y *lex artis* del sector. A este criterio objetivo o estándar, hemos de añadir el criterio subjetivo que procede de las especiales circunstancias de cada relación contractual. En la tarea de descubrimiento de estas condiciones particulares, el prestador ha de desenvolver una intensa labor de información en aras de anticipar e incorporar en su balance de riesgos previsibles todas las circunstancias que rodean su prestación (artículo 602 *Rules on Services*): el particular objetivo para el que el destinatario requiere la información, las preferencias y prioridades del usuario en relación con la información, la decisión que es esperable que el destinatario adopte con fundamento en la información solicitada, la situación personal de su cliente. Con respecto a este último elemento de juicio, adquiere especial significatividad el formato que adopte la información suministrada. La peligrosidad asociada a la informa-

⁴⁴ Article 6:102: Circumstances in which the Service is to be Performed; article 6:104: Duty of Care of the Information Provider.

ción valorativa o de consejo, en la medida que puede incitar al destinatario a tomar una decisión confiando en la recomendación o en la evaluación ofrecida por el prestador, exige la adopción de mayores precauciones que en aquellos supuestos en los que el resultado de la prestación se concreta en la transmisión de una simple información de contenido factual.

Ante la incidencia que en la delimitación de su actuación diligente tienen las circunstancias de la obligación, las características del destinatario y la propia naturaleza de la información solicitada, los prestadores se esmeran por concretar con el mayor cuidado posible todos estos extremos. Cuando la relación contractual se entabla de manera individualizada, el marco de referencia se conforma con las instrucciones proporcionadas por el destinatario y se completa mediante el ejercicio por el prestador del deber de solicitar información suficiente para el cumplimiento⁴⁵. Cuando el suministro de información se lleva a cabo de forma despersonalizada (típicamente en contratos de mera provisión de información), a pesar de que la consulta o la específica petición provenga posteriormente de modo individualizado de cada usuario, los prestadores incluyen en su clausulado de condiciones generales advertencias sobre el uso razonable que se espera de la información (sólo para uso comercial o únicamente para uso particular), la condición del usuario (sólo para expertos del sector) y las propias limitaciones intrínsecas de la información puesta a disposición (no es una garantía, sólo se han revisado los datos disponibles, la valoración se ha hecho sin contrastar la información aportada por el cliente). De este modo, los prestadores marcan convencionalmente el grado de diligencia que han puesto en práctica, de un modo tal que resultaría de este parámetro una gama de servicios en función del nivel de cuidado y esmero aplicado en cada caso. Credibilidad, exactitud, precisión o carácter completo son, desde luego, las especificaciones morfológicas de la información-producto.

Las referencias convencionales, debidamente integradas por las prácticas y usos del sector, o, en su caso, por las reglas aplicables al

⁴⁵ En las condiciones generales de SGS (disponibles en www.sgs.com, última consulta 10/04/2005) como entidad de supervisión, certificación e inspección se destaca, con respecto a la prestación de los servicios que:

«The Company will provide services using reasonable care and skill and in accordance with Client's specific instructions as confirmed by the Company or, in absence of such instructions:

- the terms of any standard order form or standard specification sheet of the Company; and/or
- any relevant trade custom, usage or practice; and/or
- such methods as the Company shall consider appropriate on technical, operational and/or financial ground (...).»

colectivo profesional, deberían esbozar una noción de diligencia debida suficientemente manejable. No obstante, en defecto de estas referencias o siendo su interpretación precisa, consideramos que la valoración del comportamiento diligente ha de venir encauzado por dos pautas: lo técnicamente viable y lo económicamente razonable. Bajo esta diligencia objetivada y amoral traslucen, sin embargo, los criterios tradicionales de la previsibilidad, la evitabilidad y la razonabilidad que perfilan, en definitiva, lo imputable y lo inimputable. Así, el artículo 1:107 *Rules on Services* exige que, en la determinación de la diligencia que es razonable esperar, se tengan en cuenta, entre otros elementos: la naturaleza, la magnitud, la frecuencia y la previsibilidad de los riesgos implicados en la prestación; el coste de las precauciones adoptadas por el prestador; el carácter oneroso o gratuito de la prestación; la cuantía de la remuneración; y el tiempo disponible para el cumplimiento. Es recomendable que estas circunstancias del cumplimiento se hagan constar, en la medida de lo posible, en la documentación contractual como elementos que, en definitiva, precisan el contenido auténtico de la prestación.

VIII. EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN: DESCRIPCIÓN DEL MÉTODO Y CONFORMIDAD

Identificar la prestación del contrato simple y llanamente con el suministro de información como si de una actividad única y homogénea se tratara, resulta enormemente simplista. En realidad, el programa prestacional puede encadenar tareas muy dispares, aunque todas ellas compartan el objetivo esperado de la entrega, la puesta a disposición o el suministro de un resultado consistente en información. Labores de búsqueda, selección y organización de datos conducirían a la entrega de información fáctica; tareas de comparación, interpretación y evaluación darían forma a una información valorativa; y actividades de análisis y propuesta conformarían una recomendación o un consejo. Desde esta perspectiva fragmentada mucho más realista, las piezas del cumplimiento no residen en la información sino en cada una de las tareas comprometidas: adecuada selección, búsqueda completa, interpretación correcta, diligente elaboración o razonable evaluación. La exactitud del resultado derivaría así de la aplicación correcta de los métodos exigibles en cada una de las actividades desplegadas.

La estrategia convencional más adecuada consiste entonces en una meticulosa y detallada descripción del objeto de la prestación

debida –directamente o por referencia a reglas, manuales o usos–, que anticipe las condiciones del cumplimiento y facilite igualmente la comprobación de su exactitud. Para acentuar la naturaleza de mera actividad de las obligaciones se describe el método de cumplimiento⁴⁶, objetivando así la actuación diligente y anclando en el contrato las circunstancias de la exactitud.

La ya natural borrosidad de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado se ve además agravada por una particular redacción de los clausulados tendente a, y finalmente resultante en, una suerte de «parcelación» del objeto de contrato. Este procedimiento implica una regulación contractual extremadamente detallada que subdivide y parcela las prestaciones de las partes hasta unidades convencionalmente identificables, generalmente por su homogeneidad técnica, cuya descripción se sucede a lo largo del clausulado y sus anexos. Compuesta esta imagen de mosaico, se procede a regular con precisión y recurrentes parámetros técnicos (habitualmente en los anexos) el nivel de servicio acordado por las partes conforme al cual se determinará la exactitud del cumplimiento –en ocasiones, formando parte de un acuerdo separado denominado *Service Level Agreement*–. En consecuencia, esta medición del exacto cumplimiento otorga a las partes un manejable instrumental para verificar el incumplimiento, que lleva aparejado un entramado de penalizaciones y remedios específicos (resolución en casos graves –según un parámetro de severidad también determinado contractualmente–, incremento provisional o definitivo de tarifas, pago de cuantías indemnizatorias prefijadas), también minuciosamente labrado en el soporte contractual. Ciertamente, esta estrategia negocial –*parcellizzazione/misurazione/penalizzazione*⁴⁷– que aporta precisión y previsibilidad a las partes, acarrea, sin embargo, una fragmentación considerable del objeto del contrato y diseña una suerte de incumplimiento «pulverizado» que puede no representar correctamente la verificación satisfactoria/insatisfactoria del conjunto íntegro de la prestación. De ahí que se intenten depurar las imperfecciones del modelo mediante cláusulas de penalización que tratan de reconducir la «parcelación» de la prestación de nuevo a la

⁴⁶ Nuevamente en las condiciones de *Bureau Veritas*, en la cláusula quinta se precisa que:

«Salvo estipulación expresa en contrario, BVE efectúa sus comprobaciones por muestreo y no realiza exámenes sistemáticos y generales. De esta forma, la información que suministra BVE no puede considerarse en modo alguna exhaustiva. Los técnicos de BVE no pueden asegurar la presencia permanente en el lugar de la intervención siendo, en general, sus visitas intermitentes e imprevistas.»

⁴⁷ Escenario muy expresivo y perfectamente adaptado a la realidad contractual, diseñado por ZALLONE, Raffaele, *Informatica e telematica: i nuovi contratti di servizi*, Milano: Giuffrè Editore, 2003, pp. 19-27.

unidad, reflejando el efecto que en la verificación íntegra del objeto del contrato ejercen incumplimientos reiterados o especialmente graves de algunas de las prestaciones individualmente consideradas (retraso de más de x horas o en más de x ocasiones en el período temporal determinado cuando la entrega es secuencial o sucesiva, más de x errores en el proceso de evaluación)⁴⁸, habilitando generalmente su concurrencia la facultad resolutoria.

La peculiar obligación de resultado que actúa como cierre en un programa prestacional consistente en la necesaria manifestación externa y materializada de una información, nos anima a plantear aquí la cuestión de la conformidad⁴⁹. La labor de evaluación es, en definitiva, una labor de comparación, de la situación de hecho con un modelo estándar –estándares internacionales–, un código de buena conducta –acordado por una asociación– o unas normas de calidad predispuestas –de origen legal o puramente convencional en la medida que una empresa puede diseñar libremente un objetivo de calidad y unos estándares de cumplimiento–. Tras esta actividad de comparación, el resultado se concreta en un sello, una nota o una calificación, que refleje el grado de ajuste⁵⁰ entre el modelo evaluado y el modelo ideal⁵¹. En primer lugar, la conformidad del

⁴⁸ Cláusula 17 de los Términos y Condiciones de negocio de Eutilia (www.eutilia.com):

«17.2. En caso de fuerza mayor por parte de Eutilia, se suspenderán sus obligaciones pero Eutilia adoptará las actuaciones razonables que le sean posibles para ayudar a la Parte. Si la situación de fuerza mayor durara más de 30 días, Eutilia y la Parte podrán rescindir las partes invariables del Contrato con efecto inmediato.»

⁴⁹ Article 605: Conformity *Rules on Services*:

«(1) The information provider must deliver information that is of quantity, quality and description required by the contract.

(2) The factual information provided by the information provider to the client must be a correct description of the actual situation described.»

⁵⁰ La manifestación de este ajuste entre modelo evaluado y modelo de referencia toma diferentes formas y determina consecuencias distintas según la actividad de certificación ante la que nos encontremos. Así, en la auditoría de cuentas se puede emitir un informe sin reservas, un informe con reservas o un informe adverso o denegado –LLESCAS ORTIZ, Rafael, *Las cuentas anuales...*, *op.cit.*, pp. 125-135–; en el *rating* de los mercados de valores no hay reglas generales de calificación por lo que pueden emplearse letras, números, palabras o cualquier otro signo informativo, las principales empresas internacionales, *Standard & Poor's* y *Moody's*, presentan sus resultados con letras, otorgando la A a las mejores calificaciones y la C y la D a las más desfavorables –CACHÓN BLANCO, José Enrique, «Análisis jurídico del *rating...*», *op.cit.*, p. 2 –; en la clasificación de buques, el originario sistema de clasificación por letras (A, E, I, O, U), según la categoría en atención a la construcción, se ha ido perfeccionando para sistematizar los indicadores de todas las condiciones del buque que definen su categoría y valor –GÓMEZ PRIETO, M.ª Teresa, «Las sociedades de clasificación de buques», *op.cit.*, describe los procedimientos empleados por las principales compañías internacionales, notas 110 a 112 y texto concordante en pp. 304-306–.

⁵¹ Esta es la diferencia básica con la actividad de consultoría con la que habitualmente se confunde. El resultado de la consultoría es un informe o dictamen emitido con base en un examen del objeto sometido a análisis. Pero su finalidad no se detiene en la mera comprobación del ajuste entre el modelo real y el modelo estándar sino que está primordialmente dirigido a aportar soluciones, recomendaciones y propuestas para alcanzar tal adecuación.

resultado deberá apreciarse en relación con la indicación que de su contenido y presentación se haya incluido en el contrato. En segundo lugar, cuando el prestador trabaje sobre datos o contenidos ajenos que no controla, la conformidad ha de aplicarse exclusivamente sobre los resultados de las actividades de valor añadido que el servicio contratado implica –el ajuste de la búsqueda con la consulta, la delimitación objetiva del informe, la emisión de un certificado completo, la recomendación sobre todos y cada uno de los aspectos expresamente solicitados–. En tercer lugar, la noción de conformidad no se ve afectada por la disconformidad del cliente con el resultado de la actividad (el resultado de la inspección es negativo, el certificado es denegado por falta de observancia de las normas, la nota otorgada es baja), la discrepancia con las propuestas o recomendaciones apuntadas (respuesta desfavorable a una consulta) o la decepción por el escaso valor real de la información solicitada (resultados de una consulta muy pobres, imposibilidad de localizar información que encaje con la petición realizada). Finalmente, la conformidad depende de la aptitud del resultado para satisfacer el uso ordinario de este tipo de «bien informativo» o, en su caso, el uso específico o particular conocido en el momento de contratar o que razonablemente debiera esperarse de las circunstancias que rodearon la petición. Estas expresiones, pensadas para bienes materiales y mercaderías, han de reinterpretarse para que se adapten a la naturaleza de la información (finalidad de la información, carácter, formato de presentación, contenido, redacción, terminología).

IX. LA RESPONSABILIDAD POR EL SUMINISTRO INEXACTO DE INFORMACIÓN

La insatisfacción del derecho de crédito del destinatario de la información resulta de la desviación del programa prestacional o de la prestación defectuosa, imputables al prestador. Para apreciar la desviación del programa prestacional se toman como referencias las pautas descritas con anterioridad. Determinado el incumplimiento, hemos de delimitar los daños resarcibles. La potencialidad dañosa de la información inexacta, particularmente cuando está dotada de un carácter valorativo o de recomendación, exige limitar cuidadosamente la esfera de resarcibilidad que habrá de estar presidida por el criterio de la previsibilidad en el momento de contratar –salvo conducta dolosa o gravemente negligente– (UNIDROIT

artículo 7.4.4⁵²; artículo 9.503 PDCE⁵³). De no ser así, la economía interna del contrato quedaría rota en un equilibrio desajustado de costes y beneficios, ventajas y riesgos. Los riesgos previsibles quedarán enmarcados por las especificaciones que en el momento de contratar se obtengan sobre el destino de la información, su razonable uso y la condición del destinatario. De ahí que la obtención de completos datos sobre estos extremos resulte durante las fases precontractual y de formación contractual una tarea extraordinariamente recomendable en aras de minimizar la incertidumbre y reducir el efecto sorpresivo de la imprevisión.

Pero indiscutiblemente, el elemento de acreditación más delicada en el juicio de responsabilidad por suministro inexacto de información radica en la causalidad. Alejada de las reglas de causalidad física o material, la información activa un vínculo causal encapsulado en la noción de confianza. La información inexacta es causa de los daños derivados de una decisión fracasada si el destinatario de la información confió razonablemente en la información, negligentemente elaborada, transmitida o interpretada por el prestador para actuar en consecuencia. La vinculación causal que implica la confianza razonable ha de reconstruirse a partir de indicios, síntomas y circunstancias que rodeen la negociación, la perfección del contrato, y el cumplimiento⁵⁴. Advertencias sobre la limitación de la búsqueda o del análisis, la sujeción de la recomendación a otra opinión mejor fundada, la indicación de los riesgos implícitos en la operación o el ofrecimiento de alternativas, la pericia del destinatario y su propia actuación para contratar o confirmar la operación, la sofisticación técnica de los datos, la reputación del informante y la cuantía de la remuneración, son criterios que configuran un juicio de razonabilidad o irrazonabilidad sobre la confianza.

De una u otra forma, aplicando la previsibilidad y la causalidad, los daños derivados pueden ser, no obstante, muy cuantiosos. Ante

⁵² UNIDROIT Article 7.4.4: Foreseeability of harm:

«The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its non-performance.»

⁵³ PDCE Artículo 9.503: Previsibilidad:

«La parte incumplidora solamente es responsable de las pérdidas que se hubieran podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como un resultado probable del incumplimiento, salvo que el incumplimiento fuera intencional o gravemente negligente.»

⁵⁴ Article 6:109: Causation *Rules on Services*:

«If the information provider knows or should be aware that a subsequent decision will be based on the information to be provided, the breach of duty of the information provider is presumed to have caused the damage, if the client substantiates that, if the provider had provided all required information, a reasonable client in the same situation as this client would have seriously considered taking an alternative subsequent decision.»

este riesgo que amenaza con desincentivar la actividad de informar y que dificulta su propia asegurabilidad, los prestadores incluyen en sus condiciones contractuales pactos limitativos de la responsabilidad. Como negocios jurídicos que excluyen o limitan anticipadamente las causas de la responsabilidad o la cuantía indemnizatoria, han de quedar sometidas a las mismas exigencias de validez de todo negocio jurídico⁵⁵. Además, en la medida que descompensa el equilibrio de las prestaciones contractuales, esta alteración no puede suponer un desbalance injustificado de tal magnitud que deje la relación desprovista de causa⁵⁶. De entre la tipología de las cláusulas limitativas de la responsabilidad, en los contratos de suministro de información se detectan tres modalidades: cláusulas de limitación de las categorías de daños indemnizables que pretenden excluir los daños que se agrupan bajo la denominación de indirectos⁵⁷; cláusulas que afectan a algunas de las condiciones de la reclamación (plazo o forma de exigibilidad)⁵⁸; cláusulas limitativas de la cuantía de la indemnización mediante la fijación de un tope máximo en un valor absoluto o por referencia a un múltiplo de los honorarios pactados⁵⁹.

X. LA RESPONSABILIDAD POR INFORMACIONES INEXACTAS

A pesar de lo sugestivo y plástico que pueda resultar la propuesta de aplicación de las reglas sobre «daños por productos» a la «información defectuosa», la normativa sobre responsabilidad por productos defectuosos, no parece el marco regulador más acorde

⁵⁵ ÁLVAREZ LATA, Natalia, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada: Comares, 1998, p. 13.

⁵⁶ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad (La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor)», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo 35, Fascículo IV, octubre-diciembre 1982, pp. 987-1085, en p. 1061.

⁵⁷ En las condiciones generales de SGS:

«(...) The Company shall have no liability for any indirect or consequential loss (including loss of profit) (...).»

⁵⁸ También en el clausulado del contrato de servicios de SGS:

«(...) In the event of any claim, Client must give written notice to the Company within 30 days of discovery of the facts alleged to justify such claim and, in any case, the Company shall be discharged from all liability for all claims for loss, damage or expense unless suit is brought within one year (...).»

⁵⁹ En el clausulado de *Bureau Veritas*:

«(...) no podrá exceder en ningún caso de una suma total igual a cinco veces el importe de los honorarios o de las remuneración correspondientes a la intervención que hubiera comprometido las responsabilidades de BVE (...).»

con la naturaleza de los «bienes informativos o informacionales»⁶⁰. En realidad, en el contexto contractual, las inexactitudes de la información han de apreciarse desde la óptica del cumplimiento defectuoso, según lo expuesto.

La cuestión adquiere mayor borrosidad cuando enfocamos el problema desde la perspectiva de un tercero que confiando en la información de la que no fue destinatario directo, adopta una decisión que le ocasiona perjuicios, en la mayoría de los casos, puramente económicos. Esta versión de la responsabilidad se concentra en los supuestos de contratos de certificación donde la triangulación de las relaciones refuerza el efecto de la generación de confianza. El enfoque no puede ser otro que el de la responsabilidad extracontractual⁶¹.

En estos supuestos, que no pretendemos analizar en profundidad, sino tan sólo señalar, se acumulan varios puntos de fricción.

En primer lugar, la naturaleza de la información, que como bien público no es excluyente y no crea rivalidad en el consumo, amplía de forma inesperada e imprevisible la esfera subjetiva sobre la que recaen sus efectos. En principio, por tanto, si la información no se agota por su uso y los sucesivos usuarios no han de acusar costes por su consumo, mientras que el informante no recibe mayores beneficios por esta expansión sino, de hecho, asume mayor responsabilidad por sus usos ulteriores, el resultado económico es muy previsible: la reducción de la actividad. El régimen de responsabilidad aplicable debe equilibrar estos intereses contrapuestos para dotar de incentivos a la actividad.

En segundo lugar, el vínculo de causalidad no viene marcado por conexiones físicas o materiales sino por apreciaciones subjetivas e indiciarias que conforman una confianza razonable (experiencia del usuario, reputación del informante, advertencias sobre las limitaciones del estudio o de los datos, credibilidad de la infor-

⁶⁰ CLARK, Alistair M., *Product Liability*, London: Sweet & Maxwell, 1989, pp. 60-63.

⁶¹ La prestación del tercero, no obstante, puede insertarse perpendicularmente en el contrato base, el celebrado entre el solicitante de la información y afectado por ella y sus clientes, de modo que la responsabilidad del informante sea contractual frente al tercero. La STS de 13 de diciembre de 2002 (RJ 2003/375) analiza un supuesto de responsabilidad por deficiente ejecución de un servicio de control de calidad sobre la adecuación de una obra al proyecto y estima que es de naturaleza contractual, porque la actuación del prestador se desarrolla en el marco de un contrato de mandato conferido por la empresa contratista y el comitente. Similar geometría contractual determina la calificación de responsabilidad contractual en la que el Tribunal Supremo, en sentencia núm. 278/2003, de 20 de marzo de 2003 (RJ 2003/2794), estima que incurre la sociedad de clasificación de buques *Bureau Veritas* en relación con el adquirente de un buque con quien había concluido un contrato de prestación de servicios de control de calidad de los materiales para la fabricación del mismo.

mación, obligación de contrastar los datos y solicitar una segunda opinión, importancia de la decisión).

En tercer lugar, la categoría de los daños, puramente económicos, no recibe en todo los ordenamientos un mismo tratamiento sobre su resarcibilidad⁶².

Por todo ello, debemos compartir la opinión de aquellos que proponen un planteamiento basado en la relatividad de la protección⁶³, pero no la forma en que se formula. Nuestra tesis retorna a las piezas básicas de la responsabilidad extracontractual. La delimitación de la esfera objetiva y subjetiva de posible impacto de los efectos dañosos de la información no puede ejecutarse, aunque sí preverse para poder adoptar las medidas de diligencia oportunas, *a priori*, pues se basa en el elemento de la confianza (*reliance*)⁶⁴.

⁶² Admisibilidad, en gran parte condicionada, por el carácter típico o atípico del sistema de responsabilidad civil de cada ordenamiento. MAGGIOLO, Marcello, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 8. La protección aquiliana de los derechos de crédito ha sido admitida tempranamente por la jurisprudencia española –SSTS de 23 de marzo de 1921; de 4 de mayo de 1973 (RJ 1973/2291); de 12 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9427) -, en el marco de un ordenamiento como el español perteneciente a los sistemas atípicos de ascendencia francesa. Frente a los sistemas de tipicidad del ilícito, como los anglosajones y el alemán, en los que a efectos de la responsabilidad extracontractual sólo son relevantes las lesiones de determinados bienes y derechos previstos, el artículo 1902 del Código civil español ampara la tutela de todos los derechos subjetivos, independientemente de su naturaleza real, crediticia o personal, y los intereses legítimos. No obstante, ni siquiera en sistemas atípicos, como también es el italiano, el daño puramente económico, *pura perdita patrimoniale*, *pure economic loss*, ha tenido un encaje inmediato y sencillo. Así, ha sido objeto de larga controversia, la posibilidad de reclamar bajo el sistema de responsabilidad por productos defectuosos, los daños puramente económicos. NOTE, «Economic Loss in Products Liability Jurisprudence», 66 *Col.L.Rev.*, 1966, pp. 917-966 – la jurisprudencia se ha mostrado inicialmente reticente, con algunas excepciones, a admitir la resarcibilidad de los daños puramente económicos con fundamento en *negligence* y en *implied warranty*, prestando, sin embargo, una atención favorable a su reclamación conforme a *strict tort liability* -. No estima recuperable el daño económico derivado del mal funcionamiento del programa en el ámbito de contratos entre empresario, el *Special Committee on Computers and the Law, Tort Theories in Computer Litigation, The Record of the Association of the Bar of the City of New York*, 1983, pp. 426-446. Sobre la dificultades de extensión de los daños resarcibles a los *pure economic losses* en el ordenamiento estadounidense, FANELLI, Lorena, «Il Danno da Computer», en PONZANELLI, Giulio, *La Responsabilità Civile. Tredici variazioni sul tema*, Padova: CEDAM, 2002, pp. 153-178, p. 160.

⁶³ Por todos, OLMO GARCÍA, Pedro, «Responsabilidad por daño...», *op.cit.*, pp. 318 y 319; PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción*, Madrid: Civitas, 1996, pp. 113-116.

⁶⁴ Bajo la óptica de la *reliance* se ha observado así la controvertida responsabilidad de las sociedades de clasificación de buques frente a terceros –COMENALE PINTO, Michele, M., «La responsabilità delle società di classificazione di navi», *Dir.Mar.*, Fasc. I, Gennaio-Marzo 2003, pp. 3-42, la razonabilidad de la confianza se sustenta, entre otras circunstancias, sobre la base del carácter experto y profesional del emisor de la información (p. 39); FEEHAN, Colleen E., «Liability of Classification Societies from the British Perspective: The Nicholas H», 22 *Tul.Mar.L.J.*, Winter 1997, pp. 163-190 (decisión basada en el estudio de tres elementos: previsibilidad (*foreseeability*); *proximate cause*; *fairness in imposing duty of care*); HONKA, Hannu, «The Classification System and Its Problems with Special Reference to the Liability of Classification Societies», 19 *Tul.Mar.L.J.*, Winter 1994, pp. 1-36, desde el denominado *Nordic Approach* (pp. 30 y 31); LÓPEZ DE GONZALO, Marco, «La responsabilità delle società di classifica», *Dir-Comm.Int.*, 11.3,

Como si de un diseño con un compás se tratara, la medida tomada para trazar la esfera es precisamente la causalidad. El elemento de la confianza razonable desempeña la función de imputabilidad atribuida al nexo causal, dada la especial naturaleza de la generación del daño en el caso de informaciones inexactas. La responsabilidad del informante –se dirá, el deber de cuidado– se extiende sólo a determinados usuarios y frente a determinados usos de la información, pues, en realidad, fuera de esta esfera, o se ha diluido la previsibilidad o ha quebrado la causalidad. Creemos que enfocar el problema desde la perspectiva de la causalidad es el modo más adecuado de unificar el tratamiento de todas las modalidades de terceros de confianza y el método más fiable de determinación de la responsabilidad en los supuestos de informaciones inexactas.

Queda, por tanto, insistir en la recomendación de que en el proceso de negociación y redacción contractual de este tipo de contratos de suministro de información, se valore este riesgo y se adopten medidas de prevención que pasan esencialmente por la previsión convencional de usos y usuarios potenciales. Podría además pensarse en la inclusión de cláusulas limitativas o claramente exoneratorias de responsabilidad del informante frente a terceros por inexactitudes en la información suministrada. Nos adentramos entonces en la delicada cuestión de la admisibilidad conceptual de las cláusulas restrictivas en materia extracontractual. La primera observación que debe hacerse es la de insistir en la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual reglamentada convencionalmente. La previsión en una estipulación o acuerdo de una exclusión, agravación o limitación de la responsabilidad extracontractual que pudiera surgir entre las partes no altera la naturaleza de la responsabilidad regulada que depende de la fuente de la obligación incumplida. La cuestión de su admisibilidad es ampliamente polémica⁶⁵ y no parece aún una

Luglio-Settembre 1997, pp. 651-672, en p. 658; MILLER, Machale A., «Liability of Classification Societies from the perspective of United States Law», 22 *Tul.Mar.L.J.*, Winter 1997, pp. 75-115, en pp. 111-113.

⁶⁵ La argumentación favorable a su admisibilidad se enraíza realmente en una propuesta mucho más ambiciosa tendente a la unificación de los regímenes contractual y extracontractual de la responsabilidad. Sobre este hilo argumental, la aceptación de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad extracontractual se analiza desde la óptica de una aplicación analógica de los principios de validez en materia contractual. Por ello, JORDANO FRAGA, Francisco, *La responsabilidad contractual*, *op.cit.*, p. 417 plantea la admisibilidad como una cuestión de límites, p. 417 e YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid: Dykinson, 2001, admite abiertamente la validez de un pacto atípico de limitación de la responsabilidad extracontractual (p. 370). Aduciendo razones en contra de la admisibilidad de la limitación de responsabilidad en el campo extracontractual por entender inaplicable por analogía el régimen de los pactos restrictivos de la responsabilidad contractual, implícito en los artículos 1102 y 1103 Cc, al ámbito aquiliano, ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Cláusulas restric-

cuestión cerrada. Añadido a esta controversia y como presupuesto de su resolución, entendemos que el problema medular en el caso que nos ocupa es, en realidad, un problema de eficacia. En efecto, los pactos en materia de responsabilidad extracontractual, siendo válidos, producirán efectos entre las partes⁶⁶. Pero el supuesto de hecho del que partimos se caracteriza precisamente por la inexistencia de acuerdo previo entre el prestador y el tercero perjudicado. ¿Qué posibilidades de eficacia frente a terceros nos ofrece nuestro ordenamiento? La natural eficacia *inter partes* de las cláusulas restrictivas puede verse desbordada principalmente en varios supuestos: los supuestos de acción directa, que no está prevista con carácter general⁶⁷, sino únicamente en determinados ámbitos⁶⁸, y la oponibilidad de la cláusula restrictiva en las obligaciones solidarias –que provoca una reducción en el *quantum* indemnizatorio–. No concurriendo ninguno de estos supuestos con naturalidad, el planteamiento de la cuestión puede enfocarse desde una perspectiva distinta: la posibilidad de las declaraciones unilaterales de exclusión de responsabilidad, a través por ejemplo de advertencias visibles en la página *web* respecto a terceros que accedan a la misma o en el soporte en que se distribuya el informe, opinión, clasificación o nota.

En primer lugar, la contractualidad esencial de las cláusulas restrictivas de responsabilidad podría salvarse en estos casos admitiendo determinados *facta concludentia* (uso de la *web*) como fórmulas de manifestación del consentimiento⁶⁹ (*browse-wrap agree-*

tivas de responsabilidad civil», en PENA LÓPEZ, José María (Dir.), (Dir.), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona: Cálamo, 2004, pp. 159-169, en pp. 162 y 163.

⁶⁶ Lógica y directa manifestación de la regla de la eficacia relativa de los contratos como acto de ejercicio del poder de autonomía privada, DIEZ-PICAZO, Luis, «Comentario al artículo 1257 Cc», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, pp. 433-436.

⁶⁷ Comparten, no obstante, una serie de acciones determinados rasgos genéricos comunes: a). acciones de naturaleza contractual (obligacional); b). entre personas no vinculadas contractualmente entre sí; c). conceden una pretensión a un acreedor contra un deudor de su deudor, sin que se exija el ejercicio previo de la pretensión contra el propio deudor, lo que comporta una alteración de los criterios generales de legitimación activa y pasiva. PASQUAU LIAÑO, Miguel, *La acción directa en el Derecho Español*, Madrid: Editora General de Derecho, 1989, pp. 20 y 21, véanse también las conclusiones de las pp. 100 a 102, así como pp. 103 a 143 sobre la posibilidad de admitir acciones directas «atípicas», no previstas expresamente en la ley.

⁶⁸ Artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, artículos 1551, 1597 y 1722 del Cc.

⁶⁹ Cláusula 4. Condiciones Generales de Uso (www.mundoacero.com):

«4. Por el mero uso de la página www.mundoacero.com, el usuario manifiesta su aceptación sin reservas de las presentes condiciones generales en la versión publicada en el mismo momento en que acceda a la página web».

Las condiciones generales incorporan variadas cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad.

ment) –respecto del pacto atípico de limitación de la responsabilidad extracontractual–. En definitiva, hemos trasladado el problema, de nuevo, a una cuestión de eficacia *inter partes*⁷⁰, en relación, eso sí, con cláusulas limitativas de la responsabilidad extracontractual convencionalmente reglamentadas –tratamiento contractual que en Derecho Comparado se alcanza mediante otras técnicas (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritte*– contrato con efecto protector a favor de terceros –en el Derecho alemán; «grupos de contratos» en el Derecho francés)–. Encontramos así cláusulas de exoneración de responsabilidad relativas a la actividad de intermediación técnica de los entes gestores insertas en el contrato de acceso y en los Términos de Uso del sitio web, que reproducen, en mayor o menor medida el tenor de los *safe harbours* previstos para los prestadores de servicios de intermediación (por ejemplo, para el caso español los artículos 14 a 17 LSSICE)⁷¹.

En segundo lugar, aun carentes del requisito de contractualidad, estas advertencias unilateralmente dispuestas (*warning notices*) pueden cumplir una valiosa función actuando sobre las piezas del

⁷⁰ El tercero ya no es tal tercero, sino contraparte de un pacto atípico de limitación de la responsabilidad extracontractual, concluido en virtud de una aceptación por actos concluyentes de una declaración unilateral en tal sentido. Este supuesto, por tanto, es diametralmente distinto al escenario planteado en primer lugar, en el que abordábamos la eficacia frente a terceros, ahora sí, de una cláusula limitativa integrada en un acuerdo celebrado, en nuestro caso, entre el ente gestor y el participante del mercado. Sobre este último supuesto se han elaborado variadas teorías en el contexto anglosajón para superar las exigentes restricciones de la doctrina de la *privity of contract* (la relatividad de los contratos): la teoría de la agencia, la doctrina del *implied contract* y la alternativa de la *vicarious immunity*. LAWSON, Richard, *Exclusion clauses and Unfair Contract Terms*, 5th Edition, London: Sweet & Maxwell, 1998, pp. 55-58.

⁷¹ Por ejemplo, en relación con los enlaces, reproducimos los *Terms of Use* de E2Open (www.e2open.com):

«E2open has not reviewed any sites linked to this site and is not responsible for the content of any such sites. Linking to any other sites is strictly at your own risk».

En cuanto al contenido aportado por los usuarios al sitio *web*, los entes gestores manifiestan su condición de mero intermediario con cláusulas como ésta:

«Covisint does not endorse and assumes no obligation to monitor or filter any User Content posted, or otherwise made available, on or through the Web Site» (*Covisint Website Terms of Use*, www.covisint.com)

No obstante, esta insistencia a efectos de responsabilidad de la condición de contenido «ajeno» de la información introducida por los usuarios no evita que el ente gestor de un *e-marketplace* desee mantener su función de supervisión en el entorno de negociación y por ello, afirmaciones con la anterior se completan con la siguiente consideración:

«However, Covisint (or designee) reserves the right (but assumes no obligation) to, at its sole discretion, refuse, edit or remove any User Content, and may take any reasonable action it deems necessary or appropriate with respect to any User Content, that, in Covisint's sole judgment, does not comply with these terms of use, is illegal, or is otherwise undesirable, inappropriate or inaccurate.» (*Covisint Website Terms of Use*, www.covisint.com).

No puede pasar desapercibido el patente desequilibrio creado por una cláusula como la transcrita en materia de apreciación del carácter inadecuado, ilegal o contrario a las condiciones contractuales, de un determinado contenido.

propio mecanismo de la responsabilidad extracontractual. Al debilitar la razonabilidad de la confianza (*reliance*) en la certeza de la información, resquebrajan el vínculo causal entre la actuación del ente gestor y el daño ocasionado al tercero.

XI. A MODO DE CONCLUSIÓN

En plena madurez de la Sociedad de la Información, ya de camino hacia la anunciada Sociedad del Conocimiento, los contratos de suministro de información adquieren un protagonismo inusitado. Su presencia es visible, pero su aprehensión nada sencilla ante una presentación plurifacética y cambiante. El objetivo pretendido de este artículo ha sido diseccionar esta amplia y atípica categoría contractual para esbozar brevemente los rasgos descriptivos de su fisonomía, que nos descubran la función socioeconómica de estas relaciones contractuales y nos ofrezcan las piezas más básicas de la arquitectura de intereses subyacente. El interés de esta aproximación se nos antoja doble. En primer lugar, facilita la comprensión de una pluralidad de relaciones que su complejidad, su novedad, en ocasiones, y, sobre todo, su atipicidad, alejaban de todo intento de sistematización. En segundo lugar, diseña y construye un mecanismo compuesto por las piezas básicas que nos aporta la teoría general de las obligaciones y contratos, lo que aporta una solidez al análisis que permite recrear con coherencia nuevas modalidades contractuales.

Sobre este esquema contractual hemos asentado la sugerente figura de los terceros de confianza que viene marcando la evolución de los más recientes acontecimientos de los mercados internacionales y se ha convertido en uno de los instrumentos de autorregulación y disciplina más potente de la actividad económica en el entorno electrónico.

Dos visiones de la causa jurídica: el derecho fiscal y el derecho privado

BLANCA BAGO ORIA

Profesora Asociada de Derecho mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El estudio de un negocio jurídico que implique una atribución patrimonial entre dos sujetos pone de manifiesto que existen diferencias entre el Derecho fiscal español y el Derecho privado a la hora de analizarlo. La razón es que ambos sectores del Ordenamiento jurídico examinan el comportamiento de los sujetos que intervienen con distinta finalidad. Esta diferencia de enfoque hace posible, por ejemplo, que ante un negocio causalmente nulo, un experto en Derecho tributario pueda llegar a analizar la conveniencia de uno u otro gravamen, y por lo tanto, a aceptar de forma implícita que esa conducta existe y que puede producir efectos jurídicos. La diferencia de criterio es posible por el distinto significado que tienen para ambos sectores jurídicos conceptos tales como «calificación», «fraude de ley» e «interpretación» de las conductas. A primera vista, esta diferencia pondría de manifiesto un error inadmisibile en el funcionamiento unitario del Ordenamiento jurídico a la hora de calificar una misma (y única) conducta privada. Como se intenta argumentar a continuación, la conclusión más coherente es la siguiente: que la separación puede acortarse reconociendo que las reglas sobre la calificación están en el Derecho privado, ciertamente, pero que el Derecho tributario tiene mejores medios para desmontar la simulación negocial cuando se trate de conductas que obedezcan de forma exclusiva a un ahorro impositivo y cuando, sobre todo, sea factible excluir la nulidad causal. Con todo, los arts. 13 y ss de la LGT no se refieren realmente a la calificación de los negocios jurídicos porque esta cuestión es exclusiva de la jurisdicción civil.

PALABRAS CLAVE

Interpretación contractual, calificación contractual, negocio jurídico, Derecho Privado, Derecho Tributario, LGT, causa del negocio jurídico, nulidad contractual, fraude de ley, conflicto normativo.

ABSTRACT

The study of a contract involving an attribution ownership between two subjects shows that there are differences in its analysis between the Spanish Tax and Private Laws. The reason is that both sectors of the Legal System examine the behavior of the subject involved with different purposes. This difference in approach makes it possible, for example, that before a contract that is void by its consideration, an expert in Tax Law is likely to analyze the advisability of imposing a certain tax; and, implicitly to accept the legal effects of such behaviour. Both perspectives are possible by the different meaning associated to the concepts of fraud, and «contract interpretation». At first glance, this difference would reveal an error affecting the unity of the Legal System while qualifying the same private conduct. As suggested below, the more consistent conclusion is as follows: the gap may be shortened by recognizing that the substantial interpretation belongs to Private Law, but that the Tax Law is more adequate to break up the simulation bargaining in deals that are exclusively aimed to obtain tax savings. This is particularly true, if it is feasible to exclude avoid of contract consideration. However, the articles 13 LGT and following do not refer to the legal interpretation of the contract because this issue is exclusive to the Civil Jurisdiction.

KEYWORDS

Contract Interpretation, Formal Interpretation, Substantial Interpretation, Contract Law, Private Law, Tax Law, Spanish Tax Law, Contract Consideration, Contract Avoid, Legal Fraud, Tax Conflict of Law.

SUMARIO: I. *La calificación y la interpretación de las normas fiscales. La irrelevancia de las «formas jurídicas». Influencia comparada.* II. *La «autonomía encubierta» del Derecho Tributario. 1. El «conflicto de aplicación» o «fraude a la Ley tributaria» como aspecto diferenciador del Derecho tributario. 2. La supuesta independencia del Derecho tributario. Objetivos fiscales vs. Derecho privado.*

El estudio de un negocio jurídico que implique una atribución patrimonial entre dos sujetos permite poner de manifiesto serias discrepancias entre el Derecho fiscal y el Derecho privado a la hora de analizarlo¹. La razón es que ambos sectores del Ordenamiento jurídico examinan el comportamiento de los sujetos que intervienen con distinta finalidad. Mientras el Derecho privado califica el negocio conforme a las reglas positivas de las obligaciones y de los

¹ Este trabajo ha podido ser realizado gracias a la financiación del proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia dirigido por el prof. Paz-Ares, Derecho Mercantil y Análisis Económico del Derecho V (REF. DER2008-049779/JUR1). La necesidad de profundizar en este tema surgió durante la preparación de mi estudio B. BAGO ORIA, *Los dividendos encubiertos*, Madrid, 2004.

contratos, el Derecho tributario realiza una investigación de esa conducta que muchas veces resulta independiente de la calificación privada anterior y que tiene el único objetivo de bloquear las pretensiones de elusión fiscal. Esta diferencia de enfoque hace posible que un mismo comportamiento negocial pueda resultar, al mismo tiempo, inexistente para el Derecho privado, y defraudador –y por lo tanto existente–, para el Derecho tributario. Un ejemplo ilustrativo sería el siguiente. Imaginemos que en la compraventa de un inmueble entre dos sociedades anónimas el consentimiento de una de las partes no fuese válido por faltar la autorización de un órgano social en un supuesto de autocontratación y que este defecto se pusiese de manifiesto como advertencia por parte del notario en el momento de la escritura pública. Si se confirma la advertencia con posterioridad, y la compraventa resultase ser nula ¿cómo actuaría la Administración tributaria? En este ejemplo –real y discutido en nuestra jurisprudencia–, la Administración podría entender que el acto notarial es título suficiente para la transmisión, que ésta se ha realizado y que es competencia exclusiva suya la decisión sobre exigir o no el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales². Es decir, ante un negocio causalmente nulo, un experto en Derecho privado no continuaría su indagación, mientras que el fiscalista analizaría la conveniencia de uno u otro gravamen y, por lo tanto, aceptaría de forma implícita que esa conducta existe y puede producir efectos jurídicos.

La diferencia de criterio es posible, como se expone a continuación, por el distinto significado que tienen para ambos sectores jurídicos conceptos tales como «calificación», «fraude de ley» e «interpretación» de las conductas. A primera vista, esta diferencia pondría de manifiesto un error inadmisibles en el funcionamiento unitario del Ordenamiento jurídico a la hora de calificar una misma (y única) conducta privada. Como intentaremos argumentar a continuación, la conclusión que nos parece más coherente es la siguiente: que la separación puede acortarse reconociendo que las reglas sobre la calificación están en el Derecho privado, ciertamente, pero que el Derecho tributario tiene mejores medios para desmontar la simulación negocial cuando se trate de conductas que obedezcan de forma exclusiva a un ahorro impositivo y cuando, sobre todo, sea factible excluir la nulidad causal.

² STSJ de Cantabria de 3 de noviembre de 2000, Id Cendoj 39075330012000100378. En el caso examinado, el comprador era apoderado de la sociedad vendedora, cuyos órganos sociales negaron con posterioridad su consentimiento necesario para la celebración de la compraventa.

I. LA CALIFICACIÓN Y LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS FISCALES. LA IRRELEVANCIA DE LAS «FORMAS JURÍDICAS». INFLUENCIA COMPARADA

Cuando se intenta analizar una infracción tributaria, la primera afirmación a la que se llega es que resulta una operación compleja. Este sector del Derecho realiza una interpretación de los negocios que llama la atención porque su funcionamiento es «independiente» de la calificación jurídico-privada. Y también parecen serlo los instrumentos interpretativos que utiliza, aunque el punto de partida sea común.

1. Los métodos generales de interpretación y de aplicación del Derecho se emplean también en el sector tributario. De hecho, el art. 12 de la vigente Ley General Tributaria del año 2003 (en adelante LGT) contiene una remisión expresa al art. 3 CC y desplaza de esta forma la referencia genérica a «los criterios admitidos en Derecho» del art. 23.1 de la Ley General Tributaria de 1963 (en adelante LGT 1963). Pero la divergencia de calificaciones con el Derecho civil sigue siendo posible a pesar de ese primer reconocimiento de la preeminencia civil³.

Una de las razones de esa divergencia es histórica en cuanto la legislación tributaria y su doctrina han conformado a lo largo de los años una forma particular de analizar e interpretar los actos y contratos que producen transmisiones patrimoniales. Una perspectiva singular en la interpretación y calificación que se diferencia en aspectos importantes de la visión civil. Así y para empezar, la legislación tributaria establece una prohibición legal de la analogía en el art. 14 LGT (antiguo art. 23.3 LGT 1963, precepto al que se refiere gran parte de la bibliografía), y esta prohibición ha llevado a discutir si también está vetada la interpretación extensiva. La mayoría de la doctrina ha concluido con buen criterio que la respuesta es positiva.

En este punto parece adecuado recordar que los civilistas suelen equiparar a la analogía con la interpretación extensiva⁴. Ambas son actividades creadoras y «amplían» el alcance de la regla jurídica para incluir todos aquellos supuestos a los que se refiere la fina-

³ Téngase en cuenta la fecha de introducción en la LGT del art. 23: 1963. El art. 3 CC entró en vigor más tarde, en 1974. En su contexto, el artículo 23 LGT fue necesario para acabar con las dudas sobre el carácter jurídico de las normas tributarias, exigir la aplicación de los métodos generales de interpretación del Derecho, y limitar el presupuesto de la aplicación restrictiva del ordenamiento jurídico-tributario; F. PÉREZ ROYO, y A. AGUALLO AVILÉS, *Comentarios a la Reforma de la LGT*, Pamplona, 1996, pp. 31-32.

⁴ También para el prof. Palao, v. C. PALAO TABOADA, *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Valladolid, 2009, pp. 77-78.

lidad de la norma⁵. Los autores del Derecho tributario acogerían con gusto esta doctrina que presenta a la analogía como un medio de interpretación más, si no fuera porque el art. 14 LGT la prohíbe expresamente. Sus términos se suavizaron ya antes al pasar de la redacción del art. 24.1 al 23.3 LGT 1963, pero tras la segunda reforma el significado no ha variado. La doctrina especializada critica la norma actual (art. 14 LGT) porque impide que el principio tributario de igualdad se haga efectivo⁶.

Para evitar la prohibición, algunos especialistas sortean directamente el problema de la interpretación extensiva. Pero en cambio, insisten en la versión teleológica de los métodos interpretativos como una vía de escape más acorde con la prohibición formal. Se trata de una idea muy fecunda en el Derecho comparado. Sus efectos prácticos en nuestro Ordenamiento vienen a ser respetar formalmente la prohibición pero permitir una vía más flexible y casi paralela⁷. Porque el problema es que tal interpretación teleológica está vinculada en este sector del ordenamiento a la denostada «interpretación económica». Una tesis que sorprende porque significa, especialmente en el Derecho comparado, el predominio del resultado económico sobre las «formas jurídicas»⁸. Se trata de una

⁵ F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, t. I, Madrid, 1984, pp. 474, 482-483, que se limitó a indicarlo. Puede verse M. ATIENZA, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986, p. 59. También nos parece ilustrativa la exposición de P. SALVADOR CODERCH; A. AZAGRA, y A. FERNÁNDEZ CRENDE, «Autonomía privada, fraude de Ley e interpretación de los negocios jurídicos», *InDret*, W.p. n.º 229, Barcelona, julio 2004, pp. 1-33, pp. 13-14.

⁶ El Derecho tributario es uno de los sectores más formalistas del ordenamiento. La prohibición, en cierto modo, legitima conductas que, sin ser claramente contrarias a la letra de la Ley, podrían implicar una trasgresión a su espíritu. Y de hecho, este problema es el que plantea el concepto de elusión (a diferencia del de evasión que es claramente ilícito); v. C. PALAO TABOADA, «Tipicidad e igualdad en la aplicación de las normas tributarias (La prohibición de la analogía en Derecho tributario)», en *La vinculación del juez a la Ley, Anuario Facultad de Derecho U.A.M.*, Madrid, 1997, pp. 219-243, pp. 232-233; PÉREZ ROYO, y AGUALLO AVILÉS, en *Reforma de la LGT*, pp. 35-36. En general, estos especialistas afirman que si el campo de la analogía se limita a las normas restrictivas, este método resultaría inaceptable en el Derecho tributario. Sólo podría admitirse desde la necesidad de certeza y seguridad jurídica que, no obstante, no son parámetros absolutos.

⁷ Los tribunales emplean esta solución con frecuencia tanto a favor como en contra de los contribuyentes. Es más, esta interpretación recoge un consenso generalizado de la doctrina a la hora de rechazar la prohibición de la analogía en el Derecho tributario como una decisión legislativa criticable. Muchos fallos judiciales lo reconocen de forma tácita y mencionan la «interpretación» extensiva en decisiones perjudiciales para el contribuyente; v. W. R. WALZ, *Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung*, Heideberg, 1980, pp. 149-150, citado por PALAO TABOADA, en «Tipicidad e igualdad. Prohibición de la analogía», pp. 242-243. Algo que, en realidad, parece la consolidación de la interpretación analógica.

⁸ V. E. COMBARROS, «La interpretación económica como criterio de interpretación jurídica. (Algunas reflexiones a propósito del concepto de «propiedad económica» en el Impuesto sobre el Patrimonio)», REDF, 44 (1984), pp. 485-536, p. 496.

También v. M. CORTÉS, *Ordenamiento tributario español*, I, 4.ª ed., Madrid, 1985, pp. 136-137, y 139-142. Aclara que el legislador no sabía lo que era el fraude de Ley (lo que es elevar a un grado exagerado su presunta ignorancia). Sorprendentemente afirma que el art. 24.2 LGT anterior reflejaba la llamada «economía de opción» (vía lícita y previa a otras dos más dudosas: elusión y evasión). Más acertada parece la descripción del «cambio

teoría que se conoce como la *irrelevancia general de las formas jurídico-civiles para el Derecho tributario* o «*allgemeinen Irrelevanz der zivilistischen Formen*». Su finalidad no es otra que permitir al intérprete ignorar la calificación jurídico-privada de las operaciones que tienen «un contenido económico», estableciendo la supremacía de la valoración económica⁹.

2. La doctrina de la *irrelevancia de las «formas» privadas* da entrada a una interpretación económica que va más allá de la interpretación extensiva. Es una tesis extraña a los fundamentos causalistas de nuestro sistema jurídico. La atención al resultado económico no persigue, contra lo que pudiera suponerse, identificar el negocio jurídico y la voluntad real de las partes para gravar la actuación de acuerdo a su auténtica naturaleza. Al contrario, lo que se quiere es gravar el resultado económico al margen de la «naturaleza jurídica» del negocio; es decir, como si «naturaleza jurídica» y «resultado económico» pudiesen disociarse, lo que claramente no es posible en nuestro sistema pues implicaría un funcionamiento del sector tributario paralelo y distinto al Derecho de las obligaciones y de los contratos.

La interpretación de la «irrelevancia» se introdujo en la anterior redacción de los arts. 23 y 25 LGT 1963, preceptos que, es verdad, fueron criticados como fuente de arbitrariedades¹⁰. Las críticas se fundaban sobre todo, en la idea de que la verdadera pretensión del legislador tributario había sido reservar al intérprete la capacidad calificadora de los hechos económicos al margen del Derecho privado y posibilitar la aplicación analógica del elenco de presupuestos normativos. Y con razón. El art. 25 LGT era, tal y como estaba redac-

de realidad» que explica J. ALMENER BELENGUER, y D. RIPLEY SORIA, «Comentario al art. 15 LGT», en *Comentarios a la Ley General Tributaria*, [J. M. HERRERO DE EGAÑA (Coord.)], vol. I, Pamplona, 2008, pp. 177-190, pp. 180-181.

⁹ El Derecho alemán ha conocido también la reacción contraria: el predominio del ordenamiento jurídico sobre las circunstancias económicas; v. W. FLUME, «Der gesetzliche Steuertatbestand und die Grenzstatbestände mit Steuerrecht und Steuerpraxis», *Steuerberater Jahrbuch*, 19 (1967/1968), pp. 63 ss., p. 69. Parece consagrada por diversos párrafos de la AO, cuando afirma que el Derecho tributario sólo tiene que atender al resultado económico para imponer y exigir el gravamen. Por esa razón, la nulidad absoluta que el § 134 BGB atribuye a los negocios jurídicos celebrados contra una prohibición legal o contra su finalidad, son indiferentes a efectos de la imposición. La redacción del anterior § 40 AO indica: «*Ist ein Rechtsgeschäft unwirksam oder wird es unwirksam, so ist dies für die Besteuerung unerheblich, soweit und solange die Beteiligten das wirtschaftliche Ergebnis dieses Rechtsgeschäfts gleichwohl eintreten und bestehen lassen*»; v. en general, H.W. KRUSE, *Lehrbuch des Steuerrechts. Allgemeiner Teil*, vol.I, München, 1991, p pp. 135-136.

¹⁰ L. MARTÍN RETORTILLO, «La interpretación de las normas según la LGT», *RDF*, 14 (1964), I, pp. 343-378, p. 355. También v. F. SAINZ DE BUJANDA, «Naturaleza del hecho imponible», *Hacienda y Derecho*, t. IV, Madrid, 1966, pp. 569 ss. La crítica es originariamente suya. Señaló que cualquier supuesto de hecho que reflejen las normas tributarias es de naturaleza jurídica por eso mismo. Con independencia de su origen puramente económico o de que se corresponda con un fenómeno ya regulado en las leyes privadas. También C. PALAO TABOADA, «El fraude a la Ley en el Derecho tributario», *RDF*, 16 (1966), II, pp. 677-695, pp. 687-688.

tado, un amplificador del «poder legislativo» de la Administración tributaria. Le autorizaba a buscar la «verdadera naturaleza jurídico económica del hecho imponible». El también modificado art. 24 LGT reforzaba dicha tesis al tipificar en su párrafo segundo la figura del fraude de ley como una excepción a la prohibición general de la analogía de su párrafo primero¹¹. Para emplear el mecanismo, la Administración estaba obligada a aportar la prueba del fraude y a incoar un expediente especial¹². Pero el inconveniente de la prueba (para el Fisco, que no para el contribuyente) podía salvarse acudiendo al entonces art. 25 LGT, por lo que el art. 24 anterior no se llevó a la práctica¹³. Con posterioridad, la Ley vigente suprimió razonablemente las referencias al fraude de Ley sustituyéndolas por el mecanismo de la simulación (v. art. 16 actual LGT) y por el actual y más sorprendente «conflicto de aplicación» (art. 15 LGT).

Razonablemente la mención directa de aquella tesis se suprimió en la reforma de la LGT de 1995 a favor de una interpretación estrictamente jurídica y contraria a la consideración autónoma de los hechos económicos¹⁴.

3. Con todo, los términos actuales distan de estar claros y el panorama anterior sigue siendo similar al que acabamos de describir. Los defensores de la autonomía de la calificación tributaria de

¹¹ MARTÍN RETORTILLO, RDF, 14 (1964), I, p. 352; v. también J.L. PÉREZ DE AYALA, *Las ficciones en el Derecho tributario*, Madrid, 1970, p. 191. Finalmente lo ha admitido también el prof. PALAO en C. PALAO TABOADA, «Interpretación y aplicación de las normas tributarias», RCT, 155 (1996), pp. 5-20, pp. 11-12: este excelente autor sostuvo una opinión distinta en su célebre artículo de 1966 en RDF, 16 (1966), II, pp. 692-693; pero ahora excluye la procedencia de cualquier sanción por razones similares al resto de la doctrina. Advierte que esta equiparación es compatible con otra distinción que también es de procedencia alemana: el fraude predetermina la realidad, el supuesto de hecho; mientras que la analogía se «inventa» el supuesto normativo, la previsión positiva; v. KRUSE, *Lehrbuch des Steuerrecht*, I, p. 1

¹² V. comentario al Real decreto regulador 19191/1979, de 29 de junio, en C. ALBIÑANA, *Derecho financiero y tributario, Escuela de inspección financiera y tributaria*, Madrid, 1979, pp. 395-398.

¹³ El artículo 25 tal y como antes estaba redactado era un verdadero cajón de sastre al servicio del Fisco; v. MARTÍN RETORTILLO, RDF, 14 (1964), I, p. 348. Para este autor, su naturaleza no era la de una norma de interpretación, sino de «determinación del presupuesto de hecho del impuesto». Frente a los abusos que originó la norma, ALBIÑANA la justificó como válvula de escape en la lucha entre los principios tributarios de legalidad y capacidad económica (v. *Derecho financiero*, pp. 392). V. también PALAO TABOADA, «Tipicidad e igualdad. Prohibición de la analogía», pp. 241-242. Por otra parte, el artículo 24.2 no contó hasta 1979 con un reglamento que desarrollara el supuesto expediente obligatorio necesario para declarar un fraude de Ley; v. PÉREZ ROYO, y AGUALLO AVILÉS, *Reforma de la LGT*, pp. 51-53. Los autores señalan que antes de 1979 y después de 1993 fecha en la que se derogó el Real Decreto 1919/1979, era imposible aplicar el artículo 24.2 LGT por falta de indicación reglamentaria respecto al supuesto expediente obligatorio. Por otra parte, la jurisprudencia convirtió el artículo 24.2 LGT en una medida extrema o de último recurso, a fin de justificar su apoyo continuo en el artículo 25.3 LGT; v. sentencias del TS y resoluciones del TEAC citadas y ampliamente expuestas por los últimos autores.

¹⁴ Por todos, ve correctó el abandono de la visión economicista del Derecho en términos generales, E. PÉREZ TORRES, «Comentarios a los artículos 11 a 14, y 16 LGT», en *Comentarios a la Ley General Tributaria*, [J. M. HERRERO DE EGAÑA (Coord.)], vol. I, Pamplona, 2008, pp. 172 ss., pp. 173-175.

las conductas se basan ahora en la redacción actual del art. 13 LGT (anterior art. 28 LGT 1963). Es verdad que el precepto parece admitir la unidad calificadora con el Derecho privado, reconociendo que el tributo se exigirá «*con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado*». Pero hay un «doble fondo» y la norma positiva matiza enseguida su enunciado al sostener que la Ley establece obligaciones tributarias «*prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez*». Toda una declaración de intenciones que reproduce los términos del párrafo segundo del antiguo art. 28 LGT 1963. Es decir, que si una pretendida compraventa no es válida causalmente, por ejemplo, el art. 13 LGT permitiría gravar la conducta particular como si lo fuese. Con independencia de que exista en realidad otro negocio jurídico o nada en absoluto.

Además, aunque se derogó el primer párrafo del ex art. 28 LGT 1963 que ligaba la imposición de las obligaciones tributarias a presupuestos «*de naturaleza jurídica o económica*» (de forma similar a su problemático antecedente ex art. 25), podría decirse que el art. 15 de la LGT mantiene el mismo sentido aunque la expresión haya mejorado al hablar de «*conflictos normativos*» y evitar la noción de «*fraude*». Es decir, la calificación tributaria puede fundarse sólo en el resultado económico, por lo que se ha conseguido introducir por la ventana la doctrina de la irrelevancia de las *formas jurídicas* que la reforma había arrojado por la puerta¹⁵.

La doctrina consensuó el significado del ex art. 28.1 LGT 1963 en un sentido más concreto como el elemento material del presu-

¹⁵ Para más detalle, v. epígrafe siguiente. Para esta metáfora he utilizado la expresión del prof. F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, reimp., Cívitas, Madrid, 1991, p. 175, al hablar del problema de la causa en el Derecho alemán.

En realidad, no es posible separar el abuso de las formas jurídicas del problema de la interpretación económica del Derecho tributario ni de la irrelevancia de la calificación privada. Se trata de cuestiones vinculadas que se justifican mutuamente. Quizás por eso también encontramos pronto una figura simétrica en el Derecho alemán: el mecanismo del «*Mißbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts*» del § 42 de la Ordenanza tributaria alemana de 1977, (*Abgabeordnung* o AO). El párrafo no puede entenderse sin los dos anteriores. Ya hemos hecho referencia a uno de ellos al mencionar la doctrina de la «*allgemeinen Irrelevanz der zivilistischen Formen*». El § 42 AO corresponde a la tradición del § 6 StAnpG y determina tres presupuestos para su aplicación: 1) que los contratantes celebren un negocio jurídico inadecuado (lo que precisa tanto de un proceder torpe o indirecto en función de la finalidad pretendida y de la relación económica subyacente, como de que no se utilicen figuras jurídicas tipificadas que sean usuales en el tráfico económico para alcanzar esas finalidades); 2) la identidad de resultados con aquellos que hubieran derivado del empleo de una forma jurídica típica; y, 3) la ausencia de desventajas tributarias por la vía elegida, o en su defecto, su sobrada compensación con las ventajas alcanzadas. Véase, en general, K. TIPKE, y W. KRUSE, *Abgabeordnung, Finanzgerichtsordnung. Kommentar zur AO 1977 und FGO*, t.I, 15ª ed., Köln, 1965/1994, § 42 AO, pp. 121 ss.

Pero si en el Ordenamiento alemán puede comprenderse una figura semejante, no ocurre así en nuestro Ordenamiento donde lo impide la herramienta de la causa jurídica tal y como está definida.

puesto de hecho al que la Ley atribuía la condición de hecho imponible¹⁶. Y al mismo tiempo, intentó reducir las posibilidades de discrepancia con la calificación jurídica sosteniendo que la norma autorizaba la «ignorancia» de la forma *sólo* cuando existiesen posibilidades de fraude a la Ley tributaria porque las partes hubiesen «abusado» «de las posibilidades de configuración jurídica del Derecho civil común»¹⁷. Es decir, de nuevo, la «irrelevancia de las formas».

4. Es interesante señalar que la doctrina de la irrelevancia de la forma no es la única que implica la «independencia» calificadora del Derecho tributario. La tendencia a primar las circunstancias económicas también aparece en el Derecho comparado anglosajón de la «*substance over form*»¹⁸. Sus consecuencias son similares aunque nació para lo contrario: para decidir cuándo los tribunales sólo tenían que atender de forma exclusiva a las «formas jurídicas»

¹⁶ PÉREZ ROYO, y AGUALLO AVILÉS, *Reforma de la LGT*, pp. 81-82.

¹⁷ Así, el prof. PALAO TABOADA, RCT, 155 (1996), p. 7, que ya defendió su aplicación en RDF, 16 (1966), II, pp. 689-690.

¹⁸ R. A. POSNER, *Economic Analysis of the Law*, 4.ª ed., Boston, 1992, p. 487.

La doctrina se extendió al Derecho inglés. La decisión de la *House of Lords* sobre el caso *Furniss –v– Dawson* (sentencia 153, de 9 de Febrero de 1984), concretó el denominado «the Dawson Principle». Su sector tributario ya lo había esbozado en tres casos anteriores, especialmente el *Ramsay –v– IRC* STC 174 de 1981; v. los pormenores de la doctrina y el detalle de los casos jurisprudenciales en el estudio oficial titulado *The Revenue Law Committee of the Law Society of England and Wales, Tax Law in the melting pot. A Study by the Revenue Law Committee of the Law Society of the Ramsay Doctrine, after Furniss –v– Dawson, with Proposals*, London, 1985, pp. 10-12.

En *Ramsay*, el contribuyente había ideado un complicado sistema para «producir» una pérdida de capital artificial que pudiera contrarrestar su efectiva ganancia de capital. La Casa de los Lores dispuso que en adelante se atendiera a los diferentes documentos o transacciones para decidir si el conjunto era una operación genuina o mera apariencia («sham»), y en este último caso, «means that while professing to be one thing, it is the fact something different».

En el caso *Furniss –v– Dawson*, la familia Dawson deseaba vender sus acciones a Wood Bastow. Planeó una elusión de impuestos (no una evasión). Adquirieron la sociedad *Greenjacket*, intercambiaron acciones (exenta de impuestos por una Act de 1965), y ésta última vendió en efectivo las que recibió a Wood Bastow. Dado el escaso tiempo transcurrido entre la adquisición de las acciones y su venta por *Greenjacket*, esta sociedad no tuvo que satisfacer ningún impuesto por ganancias de capital. La sociedad adquirida y vendedora de las acciones, no se había obligado a actuar como lo hizo; pero a la vez, estaba bajo el control de la familia, por lo que el Crown se preguntó si no había actuado como un representante en nombre propio pero por cuenta de Dawson. *The Court of Appeal* no recogió esta última tesis del Crown, y éste recurrió a la *House of Lords*, señalando en su apelación, que no se trataba de ignorar una de las transacciones como si Dawson hubiera vendido directamente las acciones al último adquirente, sino de admitir que los dos pasos se habían planeado para entregar las acciones a Wood Bastow, que «those two steps being planned and implemented as the component elements of a single transaction, together constituting the relevant disposal for the purpose of capital gains tax».

En el mencionado estudio pueden encontrarse otros muchos casos igualmente interesantes. Destacan también el caso de «*piercing the corporate veil*» en *Littlewoods Mail Order Stores Ltd. –v– Mac Gregor* (1969) 45 TC 519; y en un sentido contrario porque recogió las propuestas de los contribuyentes, el famoso *IRC –v– Duke of Westminster*, STC 490 de 1935: donde se defendió que «the payment for continuing service ejusdem generis with wages or salaries» no tenían técnicamente el carácter de salario ni de mensualidad, sino de un pago anual distinto. No se trataba de amparar la «forma» de la operación, sino el conjunto de derechos y obligaciones contractuales que eran, en sí mismos, la sustancia.

que las partes declarasen, sin poder entrar a analizar objetivos ni resultados económicos.

Esta doctrina aparece tras una larga evolución en el estudio de los comportamientos negociales continuados o no unitarios. Da respuesta a los contribuyentes que demandaban a los tribunales una atención exclusiva a la «forma» de las operaciones complejas o formadas por varias operaciones individuales y, por lo tanto, un gravamen correspondiente a cada transacción o paso separado, en vez del impuesto que hubiera correspondido a un resultado económico global. Hay que aclarar que la carga impositiva era mucho mayor para los interesados si se consideraba que había una sola operación, que si se admitía la autonomía de cada «forma» jurídica.

En su propio sistema es coherente. Utilizan un método de lógica económica para elegir el tratamiento más adecuado a la conducta privada, rechazando los comportamientos simulatorios e identificando un propósito práctico último. Sus efectos, por consiguiente, son interpretativos. La doctrina permite analizar la conducta y determinar cuál es el objetivo que explica la negociación. Las exigencias de los sujetos pasivos sólo se atienden cuando la elección de diferentes transacciones tiene beneficios económicos potenciales distintos del simple ahorro impositivo, y por lo tanto, implica un «aumento real de valor». Ocurre así, por ejemplo, cuando la operación reduce los costes de agencia o traslada los recursos hacia una utilización más beneficiosa. Las rechazan, en cambio, cuando la comparación entre la suma de los contratos formales intermedios y el resultado de la operación sustitutiva no arroja un saldo neto positivo a favor de los primeros. Y no porque aquellas transacciones sean ilícitas, sino porque son redistributivas y no merecen el amparo del Derecho. El ahorro privado se consigue merced a un incremento de costes de transacción que terminará repercutiendo en el precio de los bienes o servicios que produce la sociedad, y, por lo tanto, será el consumidor quien los soporte¹⁹. Se presume que la actuación de los sujetos se ha complicado mediante un rodeo con el único fin de lograr una calificación fiscal más benigna. De forma indirecta, llegan a un concepto similar a nuestra causa jurídica.

Esta perspectiva de política legislativa está justificada en un ordenamiento donde la Ley positiva tiene una interpretación diferente a la nuestra. Pero no parece correcto entre nosotros donde el juez ha de limitarse a aplicar la Ley. Nuestro sistema no tiene una proposición general que reconozca la autonomía de las «formas» negociales al margen de un concepto causal. Y éste no interesa a los sistemas que eluden el concepto de causa jurídica. Así que las

¹⁹ POSNER, *Economy Analysis of Law*⁴, p. 487, tiene un ejemplo en el que el impuesto sobre sociedades provoca una solución ineficiente: una planta industrial asegurada se incendia, y los dueños desean liquidar la sociedad. Pero no lo hacen porque es más económico utilizar la indemnización del seguro en la compra de un solar y en la construcción de una nueva planta, para luego venderla y repartir el resultado entre los socios, que liquidar directamente y declarar al Fisco la indemnización del seguro menos el coste de depreciación en concepto de beneficio social.

importaciones son difíciles. Además, la «*substance over form*» se desarrolló para responder a los negocios complejos que, salvo los supuestos simulatorios, se identifican con el negocio indirecto. Es decir, con una clase de negocio que está proscrito en nuestro sistema²⁰. De hecho, es complicado identificar esta doctrina entre nosotros y decidir si corresponde a nuestra simulación ordinaria, a la figura de la Ley tributaria, o al denominado negocio indirecto. Depende del caso en concreto, pero en general, se acercan al fenómeno que conocemos como «negocio indirecto».

Por otro lado, la «importación» tampoco es necesaria porque nuestro sistema causalista ya nos indica cuál es la realidad que existe. En los contratos complejos, hay que analizar la verdadera causa jurídica del negocio y sólo de ahí se puede inferir la unidad del contrato o su desmembración en unidades autónomas. Por eso, los supuestos anglosajones conviene encauzarlos a través del negocio simulado²¹. Si existe un fin económico conjunto (o último), éste se localiza como la verdadera causa de la operación. Los negocios intermedios o tienen entidad causal por sí mismos o sólo son instrumentos –pura apariencia– para el logro de un único plan económico. En estas condiciones, sí es factible deducir una conclusión semejante al criterio anglosajón de *creación de valor*. Pero sólo después de descartar el riesgo que supone la trasposición finalista de teorías extrañas que ignoren la causa jurídica. Con todo, el negocio indirecto o mejor, las operaciones complejas o en varias fases, parecen haberse convertido en el recurso utilizado muchas veces para justi-

²⁰ DE CASTRO, no lo acepta sino como negocio en fraude de Ley, v. *Negocio*, pp. 449-450. Lo corrobora F. FERRARA, en *La simulación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1961 reimp., pp. 92 y 100. Identifica los negocios indirectos con los negocios fiduciarios en el grupo de los negocios aparentes. En contra, un prestigioso tributarista: PALAO TABOADA, *Aplicación y elusión*, p. 110.

²¹ El análisis de los supuestos de la doctrina tributaria inglesa pone de manifiesto que existen dos o más estructuras negociales aparentes destinadas a la consecución de un único fin económico. La apariencia negocial nos señala la presencia de una simulación. Los ejemplos tradicionales de negocio indirecto (p.e. donación indirecta) así lo demuestran; v. DE CASTRO, *Negocio*, p. 448; y cualquiera de los numerosos casos por Revenue LAW COMMITTEE, *Tax Law in the melting pot*.

Por su parte, Ferrara distingue entre simulación y apariencia; V. FERRARA *Simulación*, p. 100. Contraponen los negocios simulados al grupo de los fiduciarios y de los aparentes. Conceptúa éstos últimos como aquellos que no engañan a nadie pese a la apariencia, porque todo el mundo sabe cuál es el propósito del actor, y si se siguen articulando es porque tales actuaciones se han institucionalizado por falta de una cobertura legal adecuada o por consolidación social de la simulación; FERRARA, *Simulación*, pp. 92 y 100. Sin embargo, aunque todo el mundo sepa que una determinada práctica generalizada sólo busca evadir impuestos (por ejemplo, ciertas atribuciones patrimoniales a los socios de sociedades cerradas), existe una apariencia que, ¡naturalmente! es querida por las partes, pero no por ello es menos falsa y reprochable, simulada.

Siguiendo a la doctrina tradicional civil, J. A. ROZAS VALDÉS, y M. ANDERSON, «¿Simulación civil o recalificación tributaria? BIB 2006/1734, Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, 18 (2007), pp. 9-28, pp. 19-20.

ficar cuándo se aplica el art. 15 LGT que veremos a continuación y cuándo las operaciones privadas son perfectamente admisibles²².

5. En conclusión, la unidad de nuestro sistema causalista sale perjudicada en todas las versiones de la teoría de la «irrelevancia» y en sus traducciones a la LGT, porque la causa jurídica no se utiliza para determinar qué realidad existe. Al contrario, atiende al resultado y a sus preferencias tributarias, olvidando que nuestro Ordenamiento no reconoce la autonomía de las «formas» negociales al margen de un concepto causal. Por eso, el intérprete tributario debe «limitarse» a interpretar y a acomodar –que no a inventar– el fin negocial y la ratio de la norma tributaria²³.

II. LA «AUTONOMÍA ENCUBIERTA» DEL DERECHO TRIBUTARIO

1. EL «CONFLICTO DE APLICACIÓN» O «FRAUDE A LA LEY TRIBUTARIA» COMO ASPECTO DIFERENCIADOR DEL DERECHO TRIBUTARIO.

La posición del Derecho tributario respecto al tratamiento de los negocios jurídicos da lugar a su funcionamiento al margen de la calificación jurídico-privada. Se produce con el «apoyo» de un recurso general de nuestro ordenamiento jurídico, el fraude de Ley, hoy llamado eufemísticamente «conflicto de aplicación» por el art. 15 LGT²⁴. En el Ordenamiento tributario, este precepto se ha

²² Con ejemplos ilustrativos, V. ALMENER BELENGUER, y RIPLEY SORIA, «Comentario al art. 15 LGT», I, pp. 181-182. Nuestro TS parece influenciado en alguna sentencia ya desde antiguo, al advertir que el propósito de racionalizar la producción económica de un negocio excluye la ilicitud causal (v. la sentencia sobre exclusión de determinados bienes de la masa hereditaria, citada por V. TORRALBA SORIANO, «Causa ilícita: exposición sistemática de la jurisprudencia del T.S.», ADC, 29 (1966), pp. 661-708, p. 663).

²³ COMBARROS, Redf, 44 (1984), pp. 492-493 y 499-501. Recoge su opinión R. FALCÓN Y TELLA, en «Interpretación económica y seguridad jurídica», *Crónica Tributaria*, 68 (1993), pp. 25-31. V. también, E. SIMÓN ACOSTA, *El Derecho financiero y la ciencia jurídica*, Bolonia, 1985, pp. 343-359; CORTÉS, *Ordenamiento tributario español*, I⁴, pp. 119-137. La importación de la legislación alemana se hizo de forma diversa por los autores: unos hablaban de métodos tradicionales de interpretación y otros insistieron en que la independencia de la aplicación tributaria era una consecuencia del sistema jurídico tributario. Pero todos estaban de acuerdo en el resultado. La aplicación del Derecho tributario no se supeditaba a la calificación privada de los comportamientos imponibles.

De hecho, no se puede aplicar una doctrina original alemana que se encuentra más cerca de la independencia jurídica de la interpretación tributaria que de la tesis interpretativa; K. TIPKE, *Die Steuerrechtordnung*, t. I, Köln, 1993, pp. 92-101; TIPKE, y KRUSE, *Abgabeordnung, Komm. AO 1977*, II5, § 40 AO, pp. 80-90. Expone de forma diferente la doctrina alemana COMBARROS en REDF, 44 (1984), pp. 485-536, pp. 499-501.

²⁴ El artículo 15 LGT establece lo siguiente: «1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización

convertido en un instrumento muy eficaz para la exigencia del gravamen y tiene, además, un significado específico del que carece en el Código Civil. Hace referencia tanto al fraude de Ley propiamente dicho, como a cualquier otra clase de ilicitud privada, incluida la simulación que, sin embargo, está localizada formalmente en el art. 16 LGT²⁵. Esta amplitud terminológica da como resultado una figura de fraude que ya se relaciona con la prohibición de la analogía, ya con la defraudación simple. Oscila entre la legalidad y la ilegalidad. Y explica las diferencias de calificación entre el Derecho privado y el Derecho tributario.

El «conflicto de aplicación» del art. 15 LGT no deja de plantear problemas. Primero en cuanto a su significado y a su relación con la separación doctrinal entre *evasión* y *elusión*, y después por su proximidad con la analogía²⁶.

del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias: a) Que individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido, y b) que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

2. *Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta Ley.*

3. *En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones.»*

²⁵ No podemos resistirnos a reproducir la opinión acertada de FERRARA sobre esta cuestión aunque se refiera al Derecho italiano: «*Es un fenómeno curioso el de que en materia tributaria haya podido formarse un concepto particularista del derecho, una consideración especial de las instituciones desde el punto de vista fiscal, y que esta sistemática deformación de los conceptos haya podido encontrar acogida, no sólo entre los escritores*» (... ..) «*sino en el ambiente sereno e independiente de la magistratura, y aún se haya podido formar insensiblemente la convicción de que el derecho fiscal es un derecho privilegiado, que puede prescindir de los conceptos jurídicos y retorcerlos en su provecho, en contra de la voluntad de las partes interesadas y de la realidad jurídica, con tal de aumentar los rendimientos del impuesto*»; v. *Simulación*, pp. 447-448. Al menos en teoría, pues el mecanismo apenas se ha utilizado en la práctica, según sostiene PALAO TABOADA, RCT, 155 (1996), pp. 17-18.

²⁶ C. PALAO TABOADA, «La “elusión fiscal mediante sociedades”». Comentarios a los artículos 38 a 40 de la Ley 50, de 14 de noviembre de 1977», RDF, 1977, pp. 775-790, p. 776; E. ALBI IBÁÑEZ, «Elusión y evasión fiscal: investigación económica», HPE, 115 (1990), II, pp. 251-263, p. 251; ALBIÑANA, *Derecho financiero*, pp. 392-393. Encontramos un breve resumen en C. PÉREZ DE AYALA, *Temas de Derecho financiero*, 2.ª ed., Madrid, 1990, pp. 165-166.

Es la única distinción que nos interesa, aunque algunos autores identifiquen un tercer concepto siguiendo la propuesta del prof. Larraz: la llamada «economía de opción»; v. J. LARRAZ, *Metodología aplicativa del Derecho tributario*, Madrid, 1952, pp. 61-63. El ejemplo de Larraz ilustra muy claramente lo que intenta explicar: el menor gravamen de la fusión mediante integración hace que la sociedad elija esta vía en detrimento de la fusión por absorción. Aunque ambas logran el mismo resultado. Por lo tanto, no es más que la valoración y decisión del sujeto sobre todas las alternativas que son posibles para alcanzar un determinado resultado, con la consideración del factor imposición; también es ésta la opinión del prof. PALAO TABOADA, RDF, 16 (1966), II, p. 679. Sin embargo, la figura de la economía de opción se está consolidando tanto entre nuestros especialistas (v. PÉREZ

1. En teoría, el problema de la evasión parece estar vinculada a la simulación contractual que intenta recoger el art. 16 LGT (a); mientras que la elusión simple es un fraude de Ley conforme al concepto del art. 6.4 CC (b). En la práctica, sin embargo, resulta difícil separar ambas figuras y, sobre todo, atribuirles la característica de legalidad o ilegalidad de una forma definitiva²⁷.

a) En la evasión, que también se conoce como fraude tributario simple o infracción genérica de defraudación, el sujeto infractor se comporta de tal forma que cumple los presupuestos del hecho normativo tipificado en una norma fiscal. El obligado debería de satisfacer la deuda tributaria correspondiente, pero no lo hace. En vez de desembolsar el gravamen, el sujeto incumple su obligación y, o bien no paga directamente, o bien oculta el nacimiento de esa obligación. Hay una obligación tributaria pero el contribuyente miente sobre su existencia o su cuantía exacta. El engaño se considera el factor definitivo que lo distingue. La opinión de la doctrina especializada es que la simulación tributaria (art. 16 LGT) pertenece a este grupo²⁸.

b) Frente a la figura anterior, en la elusión encontramos operaciones de contenido económico, difíciles de catalogar como infracciones de normas fiscales porque no están tipificadas con exactitud en la ley. Por eso, algunos especialistas defienden que la elusión no es ilegal²⁹. Y, curiosamente, aquí se encuentra el confuso mecanismo del «fraude a la ley tributaria», que es una lectura muy peculiar del art. 6.4 CC³⁰. A pesar de la similitud de nomenclatura, se trata

ROYO, y AGUALLO AVILÉS, *Reforma de la LGT*, p. 48); como en el Derecho comparado; v. F.A. COWELL, *Engañar al Estado. Un análisis económico de la evasión*, trad. esp., Madrid, 1995, pp. 17-18; 3, *Lehrbuch des Steuerrechts*, I, p. 144. Más recientemente, V. ALMENER BELENGUER, y RIPLEY SORIA, «Comentario al art. 15 LGT», I, pp. 180-181.

²⁷ PALAO TABOADA, *Aplicación y elusión*, p. 105.

²⁸ En general, V. PÉREZ ROYO, y AGUALLO AVILÉS, *Reforma de la LGT*, pp. 47-48; o J. F. PONT CLEMENTE, *La simulación, en la nueva LGT*, Madrid, 2006, 207 págs. También ROZAS VALDÉS, y ANDERSON, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, 18 (2007), pp. 11 y 14.

²⁹ ALBIÑANA, *Derecho financiero*, 1979, p. 392; M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *El fraude de Ley en materia tributaria*, Salamanca, 1993, p. 18; J. L. PÉREZ DE AYALA, *Las ficciones en el Derecho tributario*, Madrid, 1970, p. 146, nt. 97; y también, PÉREZ, *Temas*², p. 170, quien a pesar de reconocer que es una actuación antijurídica, afirma literalmente que «el legislador no ha considerado ilegal al fraude» (de Ley tributaria). La confusión terminológica tiene mucho que ver en esta cuestión; v. la exposición de PÉREZ DE AYALA, en *Ficciones*, pp. 146 ss., nt. 97 que no proporciona criterios definidos. Como ocurre en general, su tesis está muy influenciada por el «*Mißbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten*» del Derecho alemán.

³⁰ El art. 6.4 CC no configura un supuesto de «fraude de Ley» tributaria (evasión) porque las actuaciones encuadradas en esta categoría no cumplen los presupuestos del art. 6.4. CC al no ser actos contrarios a normas prohibitivas ni tampoco perseguir un resultado no querido por el ordenamiento jurídico-tributario que, en definitiva, no prohíbe nada; v. ANDERSON, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, 18 (2007), p. 24. En nuestro sistema, el fraude de Ley apareció antes en la LGT de 1963, que en el Código civil, donde se introdujo con el título preliminar en 1974. Por eso, y aunque la figura tributaria pretende ser un reflejo del fraude de Ley general del art. 6.4 CC, cuya construcción se debe al esfuerzo del prof. De Castro en nuestro Derecho (V. DE CASTRO, *Derecho civil*, I, pp. 540-549, p. 544),

de una manifestación distinta del simple fraude tributario del punto anterior (evasión) que es más genérico³¹. Se regula en el art. 15 LGT cuyos términos se han modificado considerablemente desde su redacción anterior y actualmente responde al nombre de «conflicto de calificación». Se encuentra en la sección III del Capítulo II dedicado a «la interpretación, calificación e integración», aspecto éste último que no carece de importancia.

2. Las diferencias entre elusión y evasión se distinguen con dificultad en el propio nombre de «fraude a la Ley». Y quizás por eso, la LGT ha sustituido esta mención de la Ley anterior por la idea más *neutral* de «conflicto». Es más, con la excepción de la simulación del art. 16, evita cualquier otra referencia al resto de irregularidades negociales. Incluso parecería que la LGT obliga a acudir al Derecho Civil por nociones tales como el «fraude», lo que respetaría la unidad del Ordenamiento jurídico (v. art. 12 LGT)³². Sin embargo, no es así.

Primero porque la argumentación del «conflicto» sigue recordando al «fraude de Ley», aunque, al mismo tiempo, sea diferente. Al igual que en el Derecho civil, el fraude a la Ley tributaria o elusión del art. 15 LGT presupone la existencia de dos normas, una eludida, que vincula una obligación tributaria al supuesto de hecho previsto, y otra de cobertura que, o bien relaciona un gravamen menor a su supuesto normativo, o bien lo declara exento. Una de las diferencias entre ambas nociones estriba en que los tributaristas hablan de «*resultado económico*» y de la sustitución de los *medios jurídicos empleados* por los contribuyentes para llegar a ese objetivo; y no, en cambio, de «*resultado*» y «*sustitución de normas jurídicas*», que son los datos empleados por los privatistas³³.

la correspondencia es bastante defectuosa, y el riesgo de confusión con la figura de la simulación, mucho mayor en el espacio tributario, donde los lindes del fraude son idénticos a los de su «homónimo» privado. No obstante, la reforma de la LGT 1995 parece haberse inspirado más en la redacción del Código civil; V. PÉREZ ROYO, y AGUALLO AVILÉS, *Reforma de la LGT*, p. 55.

³¹ También en el Derecho alemán se distingue entre *Steuerumgehung* (nuestro fraude de Ley tributaria o rodeo a la Ley) y *Steuerhinterziehung* (defraudación genérica que el obligado tributario realiza con culpa cuando reduce los ingresos fiscales o consigue ventajas fiscales indebidas; incumple sus deberes e impide el conocimiento del fraude –§370 AO–); v. KRUSE, *Lehrbuch des Steuerrechts*, I, p. 144, nt. 8.

Otro tanto ocurre en el Derecho anglosajón con los términos de «*tax avoidance*», y «*tax evasion*».

³² La calificación jurídica ha de prevalecer sobre la tributaria si esta última no altera la Ley sustantiva dice la SAN 30-X-1997 (Rj 1997\1360), citada por M. AYATS, «La calificación jurídica y su incidencia en la aplicación de los tributos», *InDret*, W.P. n.º 228, Barcelona, Julio, 2004, pp. 1 ss., p. 3, que además, recoge otras referencias jurisprudenciales interesantes.

³³ Así el profesor Palao define el fraude a la Ley tributaria como «*la consecución de un resultado económico por medios jurídicos distintos a los normales, medios jurídicos que natural y primordialmente tienden al logro de fines diversos y que no están gravados*».

Esto lleva a que, el fraude tributario (o conflicto de aplicación) sea una cláusula general que difiere del fraude privado y separa radicalmente la calificación privada y la tributaria. Hay un conflicto de aplicación de normas cuando la preferida por el interesado es desplazada por otra que determina un gravamen mayor. O lo que es lo mismo, la Administración puede imponer su perspectiva e incrementar la carga aplicando otra regla positiva. La razón que se alega es que si el obligado tributario hubiese actuado *conforme esperaba el legislador, tendría* que haber recurrido al supuesto previsto en la norma seleccionada en segundo lugar para alcanzar el resultado económico que buscaba. Ya que, continúa el argumento, si el legislador hubiera imaginado que tal objetivo estaría al alcance de los contribuyentes mediante otras vías, éstas también se hubieran incluido en el supuesto de dicha regla.

En segundo lugar, los conceptos privatistas y tributarios de «fraude» o «abuso» no son equiparables porque existe un obstáculo en los términos del art. 15 LGT que continúa recogiendo la idea de la *anormalidad* del negocio como un síntoma de evasión fiscal³⁴. Algo que puede resultar inesperado para nosotros porque en el Derecho privado la novedad no implica necesariamente un fraude de Ley. Especialmente porque es la inventiva de los particulares la que permita la aparición y desarrollo de las formas contractuales³⁵. Sí es sospechosa en cambio para el art. 15 LGT, donde ya desde el texto anterior el concepto de anormalidad resulta maleable. Es decir, la desviación del esquema previsto se considera en si misma una actuación abusiva. La anomalía supone que el negocio no es frecuente o usual en el tráfico como medio para alcanzar una finalidad en concreto³⁶. Y esto lo convierte en sospechoso.

o lo están en medida más reducida que aquellos medios normales o usuales»; v. PALAO TABOADA, RDF, 16 (1966), II, pp. 677-695.

En cambio, en nuestro Derecho privado, por «fraude de Ley» se comprende sólo y únicamente «uno o varios actos que originan un resultado prohibido por una norma jurídica y al que se ampara en otra norma dictada con distinta finalidad». Por su parte, el «negocio en fraude de Ley» es otra especie pero que también implica un rodeo, es decir, la pretensión de acogerse a la norma de cobertura de un negocio que no resulta suficiente para otorgarle validez, mientras que se evita aquella otra que sí hubiera debido aplicarse al resultado pretendido con la actividad negociadora; v. también DE CASTRO, *Negocio*, pp. 370-372.

³⁴ ALMENAR BELENGUER, y RIPLEY SORIA, «Comentario al art. 15 LGT», I, p. 184. También comentando los trabajos previos a la reforma legislativa, M. I. LINARES GIL, «El conflicto en la aplicación de la norma tributaria en la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria», *InDret*, W.P. n.º 225, Barcelona, Julio, 2004, pp. 1-16, p. 14

³⁵ SALVADOR CODERCH; AZAGRA, y FERNÁNDEZ CRENDE, *InDret*, julio 2004, pp. 5 y 7.

³⁶ Bajo el ex art. 28.1 LGT 1963, para que en el ámbito fiscal se declarase un «abuso», esto es, un fraude, era necesario tanto la anormalidad de los medios empleados en función de las finalidades económicas que se buscaban, como el empleo abusivo de las «formas jurídicas»; v. PALAO TABOADA, RDF, 16 (1966), II, p. 682-685, 688; y RCT, 155 (1996), p. 7. La descripción de una «forma» (negocial) jurídica abusiva como núcleo del

Además, también hay que destacar que este precepto no juzga ni se interesa por las intenciones de los sujetos pasivos o por cuál sea la finalidad que buscan³⁷. El propósito práctico final de los contribuyentes, es decir, la causa jurídica, también resulta indiferente a primera vista³⁸. Lo que se sanciona como abuso o fraude (o como «conflicto») no es por lo tanto la pretensión negocial, sino la determinación de un resultado cuantificable que, *a priori*, se desea gravar. El peligro es, entonces, que la LGT multiplique el alcance de la discrecionalidad de los aplicadores.

Así las cosas, el art. 15 LGT no solo plantea un supuesto de fraude de Ley con la mención del «conflicto», sino que va más allá porque parece describir el mecanismo de la aplicación analógica que, en un sector tan restrictivo como éste, está prohibida (art. 14 LGT)³⁹. Y de hecho, el recurso al «conflicto» o al «fraude» podría limitarse a identificar el criterio económico con la simple interpretación teleológica o con el método principialista (recurso a los principios del ordenamiento jurídico tributario, destacando el principio de capacidad económica⁴⁰). Pero, eso no es posible dado el art. 14 LGT. No puede traspasarse la frontera que marca el inicio de la interpretación extensiva o de la analogía⁴¹. Además, si el fraude de Ley tributario fuese el resultado de una operación puramente interpretativa, no sería necesaria su especialización porque el fraude descrito en el Código civil es una figura general que, por fin, no exige interpretar la norma más allá de su significado⁴².

fraude a la Ley tributaria era una opinión generalizada; v. PÉREZ ROYO, y AGUALLO AVILÉS, *Reforma de la LGT*, p. 47.

³⁷ No se exige un requisito intencional, sino una valoración objetiva. Por esta razón, la doctrina interpreta la mención del «propósito de eludir un impuesto» de la LGT como «la conciencia de la antijuridicidad del procedimiento empleado»; v. PALAO TABOADA, RDF, 16 (1966), II, p. 693. El autor manifiesta que esta característica prueba que el fraude a la Ley común y el fraude a la tributaria son «especies de un género común»; v. RCT, 155 (1996), p. 7, nt. 32. También, PÉREZ ROYO, y AGUALLO AVILÉS, *Reforma de la LGT*, p. 55. En contra hay una posición minoritaria; v. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Fraude de Ley*, p. 31.

³⁸ V. *infra* §.II.2.

³⁹ Contrariamente, AYATS, *InDret*, Julio, 2004, p. 9, para quien, curiosamente, el art. 15 LGT recoge la figura de la economía de opción y se diferencia claramente de la simulación entendiendo que la pretensión de ahorro fiscal la excluye. Tiene interés el cuadro comparativo y práctico del fraude antes y después de la reforma tributaria de la pág. 5.

Tampoco podemos estar de acuerdo con la presentación de la simulación que hace LINARES GIL (v. *InDret*, Julio, 2004, pp. 1-16, pp. 8-9). Al contrario de lo que da a entender, la simulación siempre es fraudulenta y no nos parece que tenga una configuración imprecisa en el Derecho español.

⁴⁰ Por lo primero, SIMÓN ACOSTA, *Derecho financiero*, pp. 355-359; por lo segundo, CORTÉS, *Ordenamiento tributario*, I^a, p. 124.

⁴¹ En contra, PALAO TABOADA, para quien el fraude es una excepción permitida a la prohibición de la analogía, *Aplicación y elusión*, p. 86.

⁴² Advertía el prof. DE CASTRO, en *Negocio*, p. 371, que «habrá que proceder a una interpretación extensiva y finalista de la regla objeto del rodeo, (), y también a una interpretación estricta de las otras reglas utilizables como cobertura». Es una cita reincidente en la doctrina privada. La valoración de la conducta fraudulenta de las partes depende, en

3. En realidad, dados la prohibición y el carácter restrictivo de la analogía y de la interpretación extensiva que define al Derecho tributario, creo que los fraudes de Ley tal y como se entienden desde el punto de vista del Derecho privado no son posibles en este campo. Y que el conflicto del art. 15 LGT es algo diferente. Además, desde el punto de vista del art. 6.4 CC, no existe tal fraude cuando la ingeniería financiera se aprovecha de vías que no están tipificadas. En cambio, sí son sancionables las simulaciones que crean una apariencia de licitud para cubrir infracciones voluntarias por parte de los contribuyentes⁴³.

Es más, ¿tiene realmente sentido un artículo 15 LGT desde el punto de vista de la teoría de la causa jurídica y al margen del art. 16 LGT? La respuesta –desde la teoría de la causa– debería ser negativa. Creo que las infracciones tributarias que no consistan en una resistencia directa frente al gravamen o en simulaciones contractuales resultan muy difíciles de tipificar o de sancionar. Quizás por eso suele exigirse a los sujetos contribuyentes la *prueba* o justificación de que el negocio jurídico seleccionado presenta un efecto jurídico o «económico» *relevante* que no consista en el simple ahorro fiscal⁴⁴. Y sólo será *relevante* aquel elemento del negocio que sea esencial para cualificar la finalidad práctica última, con lo que de nuevo volvemos al concepto de causa⁴⁵. Aún más, si ese efecto jurídico relevante del negocio no existe y no permite que la conducta del particular se circunscriba a la norma elegida por él, es porque la causa invocada no es real. Por lo tanto, es simulada. Lo que nos lleva a hablar de simulación y no de fraude. Algo que se apoya en otro argumento que ha resultado válido hasta hace poco: la doctrina tributarista vincula el concepto tributario del fraude a la

realidad, del «valor atribuido a las leyes» y de cuál sea la concepción del sistema jurídico sobre el propósito negocial. De manera muy clara, y con ocasión de la crítica al entonces nuevo apartado 4 del art. 6 CC, v., L. Díez-PICAZO, «El abuso del Derecho y el fraude de la Ley en el nuevo título preliminar del código civil y el problema de sus recíprocas relaciones», *Documentación jurídica*, 4 (1974), II, pp. 1327-1344, p. 1341.

⁴³ Así ocurre desde luego con las distribuciones irregulares de beneficios sociales en el ámbito de las sociedades de capital cerradas, v. B. BAGO ORIA, *Dividendos encubiertos. El reparto oculto del beneficio en sociedades anónimas y limitadas*, Madrid, 2010, en prensa; capítulo III, § 7.

En realidad, el expediente del «fraude de Ley» parece ser una vía de escape para la tesis de la «interpretación económica». Y es que el fraude de ley se alteró de tal forma en el Derecho tributario que se llegó a convertir en una cláusula multiusos. Incluso se llegó a exponer el anterior art. 25 LGT 1963, anterior al ex art. 28, como un reflejo de la teoría italiana que enfrentaba los hechos económicos a los hechos jurídicos como si fueran categorías antagónicas e irreconciliables. Frente a esta postura, la auténtica teoría alemana resultaba mejor tratar de la simple interpretación teleológica de carácter económico.

⁴⁴ ALMENAR BELENGUER, y RIPLEY SORIA, «Comentario al art. 15 LGT», I, pp. 183-184.

⁴⁵ De forma similar, SALVADOR CODERCH; AZAGRA, y FERNÁNDEZ CRENDE, *InDret*, julio 2004, pp. 28-29.

existencia de un engaño para justificar el reproche; mientras que los civilistas no exigen que esa intención exista de forma inevitable en el art. 6.4 CC pero sí lo relacionan con el concepto de simulación. Al menos durante la redacción anterior de la LGT⁴⁶.

Por otro lado, y dejando aparte la clara referencia a teorías que deben ser excluidas al hablar de la causa jurídica y que se centran en el resultado económico (v. primer epígrafe), lo que podemos plantearnos es ¿cuándo esa elección que proporciona un simple ahorro fiscal será reprochable fuera de la simulación?⁴⁷ Porque la finalidad del ahorro no es en si misma censurable⁴⁸.

La preferencia doctrinal o jurisprudencial de los tributaristas por el conflicto sobre la simulación quizás responde más a cuestiones prácticas que a razones conceptuales. El aplicador tributario tiene más flexibilidad cuando se trata del art. 15 LGT⁴⁹. Pero el legislador tributario ya lo sabe porque su pretensión es diferente.

4. El concepto tributario del fraude de Ley no parece una figura equiparable al concepto privado. No es un concepto para la calificación negocial, sino otra cosa. Es un cajón de sastre que, frente a

⁴⁶ En general, v. la conclusión de SALVADOR CODERCH; AZAGRA, y FERNÁNDEZ CRENDE, *InDret*, julio 2004, p. 11, sobre la doctrina de la redacción anterior del fraude de ley tributaria. También puede verse la jurisprudencia mencionada por I. CLEMENTE CASAS, en el comentario a la STC 120/ 2005 de *Actualidad Jurídica*, 12 (2005), diciembre, pp. 1-7, con la finalidad de determinar cuándo el fraude es constitutivo de delito fiscal (por cierto, la STC que comenta excluye que el fraude implique engaño). El autor refleja las posturas doctrinales acerca de la necesaria existencia o no del engaño en el fraude.

La respuesta puede estar, quizás, en que la neutralización del concepto del fraude de la redacción anterior hacia el nuevo término de «conflicto» ha hecho innecesarias las argumentaciones o justificaciones en la teoría general de Derecho. Reconocida la intención de gravar según veremos a continuación, se hace innecesario justificarlo con un engaño. En este sentido, niega la ocultación y que haya engaño ahora ALMENER BELENGUER, y RIPLEY SORIA, «Comentario al art. 15 LGT», I, p. 187.

Por su parte, exige un pacto para admitir la simulación el profesor Palao, y reside en su existencia la diferencia principal entre fraude a la Ley y simulación. Aunque no aclara con quien habría de darse el pacto ¿entre las dos partes de un contrato? ¿y si no hay? Para el autor, la simulación es una cuestión de prueba de ciertos hechos, mientras que el fraude es un problema de calificación; v. PALAO TABOADA, *Aplicación y elusión*, pp. 57 y 165.

⁴⁷ Ciertamente, la doctrina especializada se ha planteado esta cuestión de forma frecuente e insiste en diferenciar entre «fraude» y «simulación». Es más, distinguen varias categorías diferentes en función del comportamiento: elusión lícita (abstenerse de actuar o ciertos cambios de realidad), elusión ilícita (conflicto o fraude de Ley o cambios de la realidad), simulación relativa (disfrazar la realidad), o infracción directa (evasión extrema u ocultación de los hechos). Por todos, v. PÉREZ TORRES, «Comentario al art. 16 LGT», I, pp. 190-198, p. 191. No obstante, v. en cierto sentido contrario, y reconociendo la primacía de la simulación ROZAS VALDÉS, y ANDERSON, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, 18 (2007), p. 24.

⁴⁸ Resultan persuasivas las explicaciones de porqué y cómo el ahorro es un incentivo natural de los contribuyentes de SALVADOR CODERCH; AZAGRA, y FERNÁNDEZ CRENDE, *InDret*, julio 2004, pp. 15 ss.

⁴⁹ Una de las razones prácticas es que la simulación conlleva sanción (y la necesidad de incoar un procedimiento sancionador) y, en muchas ocasiones, la nulidad del negocio, mientras que el fraude permite el gravamen preferido (para otro caso, pero de forma similar ROZAS VALDÉS, y ANDERSON, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, 18 (2007), p. 34.). Además el procedimiento es más largo y formal en el caso de la simulación.

cualquier conducta privada, permite «decidir» el tratamiento más acorde con los propios fines de recaudación. Su función es facilitar la sanción de cualquier conducta y, sobre todo, adaptar la Ley de forma progresiva y rápida a las «armas» de la ingeniería tributaria⁵⁰. Haciéndolo, además, mediante un simple y rápido expediente *administrativo* redactado por un funcionario (claramente diferente al fraude del art. 6.4 CC que ha de ser declarado por un juez y en un procedimiento judicial)⁵¹. El mecanismo del «conflicto de calificación» del art. 15 LGT, en consecuencia y en mi opinión, no es tanto un instrumento de calificación, como un atajo, un instrumento de recaudación o de facilitación de la labor inspectora⁵².

Es un recurso práctico de la política fiscal aplicable por la Administración. Este precepto puede actuar como un recurso imprevisible y variar de una época a otra. Cualquier comportamiento contractual que pretenda «ahorrar costes fiscales» utilizando los mecanismos legales vigentes podría calificarse como una elusión (admisible) o como una evasión (ilegal). Es decir, cualquier maniobra de ingeniería fiscal podría ser un fraude a la Ley tributaria. O no.

a) Al respecto, téngase en cuenta que la elusión fiscal debería ser tan ilícita como cualquier otro fraude de ley⁵³. Ocurre, sin embargo, que la interpretación especializada del Derecho tributario, junto con la prohibición de la analogía, permiten que estas conductas eviten un reproche de ilicitud. Es decir, la «legalidad» de la elusión se sostiene sobre una visión positivista del Derecho tributario. El gravamen de los fenómenos económicos y la conexión de los supuestos de hecho a los impuestos son especificaciones arbitrarias del legislador. La norma jurídico-tributaria sólo describe la conducta exacta que se quiere gravar, lo que equivale a una exclusión implícita del resto⁵⁴. Además, la imposición no puede basarse en simples

⁵⁰ Por todos, v. PÉREZ ROYO, y AGUALLO AVILÉS, *Reforma de la LGT*, pp. 48-50. También PALAO TABOADA, *Aplicación y elusión*, pp. 100-101.

⁵¹ Curiosamente, esta exigencia hace que la tramitación de la simulación resulte más fácil para el funcionario que el actual conflicto del art. 15 LGT; v. ALMENER BELENGUER, y RIPLEY SORIA, «Comentario al art. 15 LGT», I, pp. 187-188.

⁵² Muy acertadamente, se declara que «quien eluda la aplicación de una norma tributaria (...) no habrá incurrido en un fraude sino que simplemente, entrará en conflicto con la Administración tributaria», v. ALMENER BELENGUER, y RIPLEY SORIA, «Comentario al art. 15 LGT», I, p. 190. En el mismo sentido, PÉREZ TORRES afirma que la «calificación» de las operaciones privadas con resultados económicos, tiene una primera finalidad antifraude, v. «Comentario al art. 13 LGT», I, pp. 174-175, y las sentencias del TS de 18 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7883). En la redacción actual, el abogado del Estado LINARES GIL reconoce que el art. 15 LGT es una cláusula general de antielusión; v. «*InDret*», Julio, 2004, p. 5.

⁵³ Además, hace tanto daño a las finanzas estatales como la evasión; v. R. MATHEWS, «Anatomía de la elusión y la evasión fiscal», HPE, 91 (1984), pp. 334-341, p. 334. También PALAO TABOADA, RDF, 16 (1966), II, p. 685.

⁵⁴ También, se suele aludir a una segunda razón: que los efectos de las normas fiscales han de compararse con la restricción personal que es propia de las normas penales, con

semejanzas materiales con los supuestos de hecho de las normas positivas porque la aplicación analógica está prohibida en el Derecho tributario (art. 14 LGT)⁵⁵. Para que la conducta sea ilegal el presupuesto normativo tiene que realizarse o dejar de realizarse según se trate. Si no, no hay ninguna obligación tributaria, el precepto no puede invocarse y consecuentemente, su violación es imposible: no hay que responder por aquellas operaciones económicas que no estén descritas con exactitud en el hecho imponible⁵⁶. Podríamos decir que *lo que no está jurídicamente regulado en la Ley fiscal, no existe para este sector normativo*⁵⁷. El principio de legalidad tributaria entendido en su vertiente de principio de tipicidad es muy fuerte porque no puede bastar la intuición del fraude⁵⁸.

b) Pero si desde la perspectiva del contribuyente, el razonamiento anterior es muy aceptable, su conclusión no conforma del todo a los especialistas. Llevado al límite, bastaría con alterar algún extremo del comportamiento y evitar que exista una total identidad con el presupuesto de hecho normativo para que no aparezca la obligación tributaria⁵⁹. De otro modo se podría llegar a una interpretación excesivamente rígida, a una visión miope del fraude tributario que se guíe por «*el sentido literal posible*» de las reglas e impida la investigación sobre cuál es la *ratio* de la norma⁶⁰.

lo que las cautelas del art. 4.2 CC también se le aplican. Es un prejuicio negativo que no es nuevo entre los tributaristas; v. C. PALAO TABOADA, «En torno a la Jurisprudencia reciente del TC en materia financiera y tributaria», REDF, 59 (1988), pp. 439-450, pp. 441-443. También en este sentido, C. PÉREZ al señalar que la regulación de esta figura en la LGT es incorrecta y que se localizaría más adecuadamente en el sector que denomina Derecho Tributario Penal; v. *Temas*², p. 167. También en otros ordenamientos como el alemán, v. FLUME, *Steuerberater Jahrbuch*, 19 (1967/1968), p. 64.

⁵⁵ La prohibición de la analogía es un arma de doble filo pues no sólo impediría aplicaciones que favorezcan al contribuyente, sino que también dificulta aquellas favorables al Estado; v. la clara argumentación de PALAO TABOADA, «Tipicidad e igualdad», p. 227.

⁵⁶ Muy claramente, ROZAS VALDÉS, y ANDERSON, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, 18 (2007), pp. 9-28, p. 11.

⁵⁷ El postulado clásico es que lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido. No tiene un único significado, sino muchos; v. A. L. GIOJA, *El postulado jurídico de la prohibición*, Buenos Aires, 1954, pp. 10-25.

⁵⁸ PALAO TABOADA, *Aplicación y elusión*, pp. 77-78. También v. J. MARTÍN QUE-RALT, *Curso de Derecho financiero y tributario*, 8.^a ed., Madrid, 1997, p. 3; o, PÉREZ ROYO, y AGUALLO AVILÉS, *Reforma de la LGT*, p. 56, quienes defienden una postura un tanto aparatosa: la elusión no es una infracción del ordenamiento, sólo de su espíritu, de ahí que no soporte ninguna sanción; pero podrá calificarse como infracción si el sujeto cae en ella durante la ejecución del fraude (ocultación, por ejemplo), o porque no cumpla sus deberes tributarios mientras se procede a la declaración del fraude.

⁵⁹ Así, un reparto no declarado de beneficios sociales a los miembros de una SRL no podría fiscalmente sancionarse porque no habría ningún supuesto normativo de «dividendos encubiertos». Sobre esta materia, v. BAGO ORIA, *Dividendos encubiertos*, capítulo III, § 7.

⁶⁰ ALMENAR BELENGUER, y RIPLEY SORIA, «Comentario al art. 15 LGT», I, p. 182. Cipollina lo ha expresado muy gráficamente: «*l'elusione fiscale è funzione diretta (en cursiva en el original) della quantità e della qualità delle norme che compongono il sistema tributario*». Como señala la autora, es un concepto relativo «concepto relativo»; v. S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale. Il problema dell'elusione fiscale*, Padova, 1992, p. 125.

Desde un punto de vista de política legislativa, el mundo de los tributos busca la autonomía en la calificación porque no quiere estar lastrado por el funcionamiento y la demora del Derecho privado. Su visión peculiar del «conflicto de aplicación» podría interpretarse como una *medida cautelar* que es necesaria para proteger los fines tributarios pues permite una calificación mucho más dinámica que la que resultaría del funcionamiento de la jurisdicción ordinaria. La Administración *pre-califica* las actuaciones sin aguardar a que se pronuncien los tribunales; sencillamente porque no puede esperar a su fallo por motivos generales de Hacienda pública⁶¹. Al final, también se facilita el sostenimiento financiero del Estado, lo que alude al interés general como otra razón que justifica esta divergencia y la intromisión en las operaciones entre particulares.

5. Todo lo anterior explica que en este sector del Ordenamiento no se hable de ilicitud causal, sino de aplicación o conflicto de normas. Se trata de una especie bastante lejana de fraude a la Ley en cuyo significado pueden confundirse tanto la simulación como el fraude en sentido estricto del art. 6.4 CC (que en mi opinión, no cabe en el Derecho tributario) y cuyo eje central es ignorar cualquier referencia privatista a la nulidad de las conductas. Sencillamente porque así se ha buscado por el legislador. Se ha creado una vía diferente al Código civil, una herramienta que sea manejable.

A mi modo de ver, se ha hecho dándole la vuelta a un argumento clásico. Porque hay un presupuesto correcto y otro que no resulta serlo tanto. El punto de partida correcto es que un fraude relativo al Derecho no afecta ni necesaria ni automáticamente a la eficacia general (privada) de la actividad negociadora porque el fraude sólo supone el desconocimiento de *una* norma positiva, con independencia de su carácter jurídico público o privado, pero no forzosamente de una regla imperativa que se refiera a la nulidad o validez de ese negocio⁶². Además, desde el punto de vista del Derecho tributario no es precisa la infracción de ningún precepto que reglamente la conducta privada⁶³. Así pues, el negocio privado puede quedar incólume aunque se infrinja una norma tributaria.

⁶¹ PÉREZ ROYO, y AGUALLO AVILÉS, *Reforma a la LGT*, pp. 74-75, tienen una opinión similar cuando establecen que la Administración debiera de ser muy cautelosa antes de manifestarse a favor de la nulidad de una actuación.

⁶² DE CASTRO, *Derecho civil*, I, pp. 546-547; y mucho más claramente, DÍEZ-PICAZO, *Documentación jurídica*, 4 (1974), II, pp. 1341-1343. En el ámbito tributario, PALAO TABOADA, RCT, 155 (1996), p. 5; ALBIÑANA, *Derecho financiero*, p. 392.

⁶³ PALAO TABOADA, RDF, 16 (1966), II, pp. 678-679. En ese sentido, también DE CASTRO en *Negocio*, p. 374, al recordar que el fraude sólo implica la nulidad cuando la norma soslayada sea prohibitiva.

Pero la LGT hace una la lectura modificada de ese argumento que es, cuanto menos, preocupante: la validez o invalidez del negocio no afecta a la aplicación del fraude de ley tributaria del art. 15 LGT entendido como un mecanismo genérico de lucha contra la elusión. O de otro modo, un negocio puede ser declarado nulo o inexistente por el juez ordinario, pero, en la práctica, los sujetos afectados parecen obligados a satisfacer un gravamen. Entonces, ¿dónde queda la unidad del Ordenamiento y la ilicitud de la causa jurídica? Sobre todo cuando la conclusión es que no existió ninguna clase de actividad negocial. Al final, con este razonamiento volvemos a encontrarnos muy cerca de la tesis interpretativa a la que nos referíamos en el primer epígrafe y que separaba el resultado económico de su «forma jurídica».

La relación entre interpretación económica, analogía y fraude de Ley, y con ella, la comprensión de por qué se ha facilitado en la práctica un funcionamiento autónomo del Derecho tributario, aparece con toda claridad. El fraude de Ley en el Derecho tributario no tiene contornos definidos ni equiparables con la figura de igual nombre del Derecho civil. En el llamado «conflicto» se engloban comportamientos que, en realidad, son fraudes, otros que parecen intentos de ingeniería fiscal perfectamente lícitos y sobre todo, simulaciones contractuales⁶⁴. Y la situación es así hoy en día a pesar del esfuerzo del legislador de separar la simulación del art. 16 LGT del conflicto de aplicación.

2. LA SUPUESTA INDEPENDENCIA DEL DERECHO TRIBUTARIO. OBJETIVOS FISCALES VS. DERECHO PRIVADO

Lo anterior permite concluir que el Derecho tributario goza de una autonomía «encubierta» de criterio o de «calificación» de los negocios particulares que le hace ignorar su calificación jurídico-privada. Aunque, en realidad, sería más correcto señalar que el Derecho tributario parece impermeable a la calificación civil de las conductas con excepción del supuesto simulatorio. Porque salvo alguna referencia estrictamente necesaria para justificar la imposición que se persigue, en el Derecho tributario no se presta atención a la eficacia concreta del negocio, a su falsedad o veracidad, ni a su

⁶⁴ Y de hecho, los términos exactos del art. 13 LGT son: «*cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hayan dado*» parecen casar más correctamente con la simulación. De ahí que la doctrina del antecedente y casi idéntico ex art. 28 LGT 1963 se considerara el sustitutivo de la simulación; v. PALAO TABOADA, RCT, 155 (1996), p. 13.

licitud⁶⁵. Ese campo pertenece al Derecho privado. En cambio, los especialistas de este sector del Derecho público parten de una eficacia automática o generalizada de cualquier comportamiento o declaración de parte, y después, si es necesario, justifican en los arts. 13 a 16 LGT la imposición del gravamen. En realidad, ninguno de estos artículos tratan de la «calificación de los negocios privados» sino de cómo gravarlos, o más concretamente, de qué método seguir para determinar la base imponible⁶⁶. Así que, la terminología que emplea puede ser idéntica a la del Derecho Civil, pero su significado es diferente. Y esta es la premisa que debe guiarnos a continuación. Nuestra postura es encontrar un equilibrio respetuoso con la unidad del Ordenamiento jurídico.

1. Cada rama del Ordenamiento tiene un fin general que le es propio. De ahí que ambos sectores (público y privado) puedan utilizar los mismos criterios, e incluso una terminología idéntica; pero cada uno le asignará un significado determinado para ajustarlos a sus fines. Y en este caso, esos fines no coinciden. Mientras el Derecho tributario busca la identidad de una capacidad contributiva determinada, el Derecho privado *delimita posiciones jurídicas*⁶⁷. De ahí que difiera la comprensión de los comportamientos con incidencia fiscal. Aunque los conceptos tributarios (calificación, interpretación, negocio, causa, etc) tengan su origen en el Derecho Civil, no se trata de lo mismo⁶⁸.

La recaudación es un objetivo prioritario para el Orden social. Esta premisa justifica que la Ley impute una obligación tributaria a ciertas conductas a pesar de que su ilicitud sea muy clara, con la firme idea de establecer una sanción con efectos preventivos. Y ello, sin alterar la calificación jurídico-privada respecto a la ineficacia del comportamiento. En este sentido, podemos encontrarnos

⁶⁵ La paradoja es que atribuyen la exclusiva de este pronunciamiento a los tribunales ordinarios [v. en este sentido, PALAO TABOADA quien advierte que los tribunales debieran poder intervenir en el expediente del fraude de ley al principio del proceso; v. RCT, 155 (1996), p. 10.], pero pocas veces respetan su fallo. Reconoce la aparente contradicción entre el fraude a la Ley y la diversidad del Derecho privado en *Aplicación y elusión*, p. 99.

⁶⁶ PÉREZ TORRES, «Comentario al art. 13 LGT», I, pp. 174-175.

⁶⁷ COMBARROS, REDF, 44 (1984), p. 497.

⁶⁸ Así ha ocurrido en la determinación del beneficio tributable, por ejemplo. Hasta la reforma de la LIS de 1995, no se reconoció que el núcleo del beneficio fiscal se forma con el beneficio social que refleje el balance aprobado. Antes, la propia LIS contenía la relación de las partidas que eran gastos y de aquellas que eran ingresos. La falta de armonía con el balance mercantil era notable. Todavía hay importantes discrepancias; v. ESTEBAN MARINA, *Contabilidad y base imponible*, pp. 28-29; SIMÓN ACOSTA, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 229 (1996), p. 3; y, GARCÍA AÑOVEROS, «Beneficio mercantil-contable y beneficio fiscal», II, pp. 920-922.

La diferencia conceptual es real. Se observa, por ejemplo, en la diferencia de criterios que utiliza el Derecho contable y el Derecho tributario para reglamentar los gastos deducible. También en el Derecho comparado; v., por ejemplo, LYNCH, *Practising Law Institute/Tax*, 429 (1998), pp. 56-58.

con ejemplos claros, como aquellos casos en los que la antijuricidad procede de la contravención del Código penal; es decir, la imposición de las ganancias procedentes de un delito, que como tal, es una conducta con una causa ilícita. Aquí, el legislador tributario viene asimilando los hechos antijurídicos a las acciones legales en la normativa especial y lo hace a los solos efectos tributarios, con lo que pretende que el incremento patrimonial de la actividad penada soporte una carga fiscal por las ganancias, que sea idéntica a aquella otra que correspondería a los contribuyentes que respetan la Ley⁶⁹. En caso contrario, los delincuentes se encontrarían en mejor posición fiscal que los contribuyentes honestos que sí declaran y pagan impuestos⁷⁰. El problema es que se justifica la imposición de estos negocios delictivos –y, por lo tanto, nulos conforme al Derecho civil–, con el fundamento de que el negocio privado es independiente de la obligación tributaria que es una obligación legal⁷¹. Una postura que rechaza la prevención como explicación principal y se distancia de la perspectiva privada. Y las posiciones doctrinales en contra no parecen extremas, sino bastantes matizadas, distinguiendo, por ejemplo, entre ilícitos penales e ilícitos administrativos. En la primera visión, la unidad del ordenamiento se respeta porque el negocio no existe tampoco para los fiscalistas; pero en el segundo punto de vista, prevalece la visión «independentista» y la tendencia natural de este sector normativo hacia la imposición⁷². En general, todas las interpretaciones parecen insis-

⁶⁹ Entre los ejemplos más claros se encuentra el art. 57.1 de la Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales 1/1993, de 24 de septiembre, que establece la devolución del impuesto pagado por un negocio que se declare nulo, siempre que no existan «efectos lucrativos».

⁷⁰ El principio de igualdad contributiva está imponiendo esta solución en el Derecho europeo; v. la abundante bibliografía citada por los autores españoles. En España v. en especial la conferencia titulada «Evasión y fraude» del prof. J. GARCÍA AÑOVEROS en la Universidad Menéndez Pelayo en 1994, que ha sido elaborada por M. T. SOLER ROCH, en «La tributación de las actividades ilícitas», REDF, 85 (1995), pp. 9-32, pp. 17-19. En cambio, R. FALCÓN Y TELLA defiende una solución intermedia; v. «La exclusión de las conductas antijurídicas en la delimitación del hecho imponible del IVA», *Impuestos*, 1991, I, pp. 1140-1147, p. 1143.

Se citan varios aspectos en contra. Los principales son la concepción del sistema causalista, y la imagen negativa de un Estado que se aprovecha de los beneficios del delito, que lo fomenta en suma; v. las resoluciones del Tribunal de justicia europeo sobre tráfico ilegal de mercancías, narcotráfico y aduanas (p.e. STJCEE de 6 de diciembre de 1990 sobre importación de moneda falsa) que estima que la 6ª Directiva impide reconocer la imposición de las actividades ilícitas como actividades de interés para el mercado común. También puede verse la resolución de la Dirección general de Coordinación de Haciendas territoriales (consulta nº 310 de 1 de junio de 1992) que determina que la prostitución no está sujeta al Impuesto de actividades económicas.

⁷¹ VICENTE-ARCHE, RDFHP, 1960, p. 550.

⁷² Una corriente que cuenta con bastante adeptos es la solución modulada en función del «grado de ilicitud»; v. por todos, SOLER ROCH, REDF, 85 (1995), pp. 25-26. En el supuesto de «menor grado» defiende el tratamiento de los incrementos no justificados de patrimonio (art. 49 LIRPF).

tir en la neutralidad causal de la fiscalidad. Lo que parcialmente puede aceptarse.

Hay que señalar que en el ejemplo anterior, la finalidad preventiva cualifica y justifica la imposición de conductas ilícitas. Forma parte de la sanción administrativa o de la pena, es decir, está relacionada antes con la consecuencia que con la causa. Se superpone a la explicación privada del negocio sin negarla. Pero es un recurso que no debe generalizarse.

2. El Ordenamiento jurídico-tributario construye sus normas adaptando los conceptos privados a sus intereses, o modelando los datos económicos directamente; como ocurre por ejemplo con el concepto jurídico de «renta»⁷³. Ahora bien, el legislador tributario no puede ignorar el significado jurídico de los conceptos que recoge. Por ejemplo, no es admisible someter a tributación el reparto de dividendos y, al mismo tiempo, desconocer qué es un dividendo para el Derecho mercantil. Y en el supuesto de que se refiera a una realidad económica distinta que no se delimite por otro sector ha de actuar en el mismo sentido.

Al mismo tiempo, la obligación tributaria se configura como una obligación cuya fuente exclusiva es la Ley especial. La voluntad privada sólo interviene como presupuesto objetivo para que surja esa obligación. Pero sus condiciones no inciden ni alteran su estructura básica. Por eso se defiende que las obligaciones legales son independientes de las vicisitudes que afecten a la voluntad negocial. No obedecen a la querencia privada porque son esenciales, dicen sus defensores, para el orden social⁷⁴.

En realidad, no hay nada que alegar desde el Derecho privado a esa explicación si entendemos que los arts. 11 a 15 LGT no afectan realmente a la calificación del negocio jurídico y que, sobre todo, no implican la sustitución de la causa jurídica por otra distinta y no querida por las partes. Porque los elementos esenciales que configuran un negocio jurídico no se encuentran en la LGT, sino en el Código Civil. Partiendo de esta premisa, no hay obstáculos a la peculiaridad del Derecho tributario.

Cuestión algo diferente es que la concreción del propósito práctico solo pueda realizarse con la ayuda del Derecho tributario. Entonces, este juicio depende únicamente de las leyes tributarias y el intérprete (incluso privado) tiene que buscar la solución en este sector normativo. Un ejemplo muy claro lo encontramos en la distribución

⁷³ SÁINZ DE BUJANDA, *Hacienda y Derecho*, IV, pp. 569 ss.

⁷⁴ Sobre la naturaleza de la obligación tributaria como obligación legal v. F. VICENTE-ARCHE, «Configuración jurídica de la obligación tributaria», *RDFHP*, 7 (1957), pp. 7-40, pp. 12-13, 18-19. Sobre la obligación legal y su sentido equívoco; P. SALVADOR CODERCH, «El art. 1090 del Código civil», *Rev. Jur. Cataluña*, 77 (1978), II, pp. 7-53.

encubierta de beneficios sociales en las sociedades de capital, atribuciones de ventajas económicas a los socios que no van a declararse directamente al fisco sino que, normalmente se vertebran bajo simulaciones contractuales. En este caso, la ilicitud causal de los dividendos encubiertos impositivos depende de cómo se valore una infracción por las Leyes fiscales. Aunque la calificación formal del negocio jurídico que la sociedad y el socio han concluido se somete a la Ley privada; la conformidad legal de la causa jurídica, esto es, del propósito empírico y determinante de ese negocio depende exclusivamente del Derecho tributario, que decidirá si la nulidad radical es una buena solución o resulta incongruente con sus fines⁷⁵.

3. La insistencia en no pronunciarse sobre la calificación jurídica plantea un problema aparente porque las consecuencias fiscales que se atribuyen al negocio que se considera fraudulento suelen corresponder a otra «forma jurídica». Se defiende el gravamen propio de un negocio distinto esgrimiendo el «conflicto» del art. 15 LGT, al mismo tiempo que queda indemne la calificación pretendida por las partes. ¿Cómo? Para que la interpretación no sea tan estridente, se «finge» que las consecuencias fiscales se aplican mediante el recurso a la analogía. Y para salvar la prohibición del art. 14 LGT, se retuerce de nuevo el argumento al defender que es «sólo» *como si* la norma defraudada se hubiera aplicado de forma analógica⁷⁶. También se ha especificado que el Derecho tributario no prohíbe ni ordena ningún comportamiento específico, sino que se limita a vincular el nacimiento de una obligación tributaria a un determinado supuesto de hecho que los sujetos realizan con sujeción a otras ramas del Ordenamiento jurídico. La LGT no impide ninguna conducta negocial, ni tampoco la consecución de ningún fin económico⁷⁷. En materia tributaria lo único que «prohíben» las leyes fiscales es «dejar de pagar»; y lo único que «imponen» es la tributación que corresponde⁷⁸.

En este punto, el art. 13 LGT cobra importancia porque contribuye a «neutralizar» la importancia de la causa jurídica. Establece la «irrelevancia» tanto de las «formas o denominaciones» que las partes aleguen, pero también de los «defectos» que pudieran afec-

⁷⁵ BAGO ORIA, *Dividendos encubiertos*, capítulo III, § 7.

⁷⁶ PALAO TABOADA, RCT, 155 (1996), p. 11.

⁷⁷ Esta situación se diferencia de aquella otra en la que se vulnera una norma jurídica que prohíbe una conducta determinada. Así ocurría antes, por ejemplo, con las operaciones efectuadas sin el requisito esencial de la autorización administrativa en el antiguo control de cambios. No hay que olvidar que la conducta contravenía una norma claramente prohibitiva: no podía operarse sin esa autorización; v. C. PAZ-ARES, «Sistema de las deudas de dinero (Notas para una revisión de la doctrina española)», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a E. Verdura y Tuells*, [A. POLO; R. URÍA; S. MARTÍN RETORTILLO; J. GARCÍA AÑOVEROS; M. OLIVENCIA; G. ARIES; J. R. ÁLVAREZ RENDUELES, y J. BLANCO CAMPAÑA (promotores)], t. III, Madrid, 1994, pp. 2071-2103, pp. 2099-2101.

⁷⁸ PALAO TABOADA, RDF, 16 (1966), II, pp. 682-684.

tar a la validez jurídica de la conducta que origina la renta objeto de tributación. Los términos de la norma sorprenden a cualquiera que hubiera imaginado que los negocios son comportamientos entre particulares que sólo pueden calificarse desde el Derecho privado. Y, quizás por eso se relativiza su importancia y se insiste en que sólo es una referencia sobre cómo interpretar y aplicar las demás normas jurídico-tributarias en caso de fraude, para analizar supuestos de hecho y facilitar la posterior interpretación y aplicación del supuesto normativo abstracto⁷⁹.

Ese precepto no ocasiona problemas si su significado se equipara a los arts. 1256, 1278, y 1281 CC y se reside su fundamento en las bases causalistas de nuestro Derecho privado. Entonces, las partes se obligan sólo por aquel negocio causal que efectivamente hayan celebrado sin posibilidad de invocar defectos formales que no fuesen imprescindibles para su validez (1278-1279 CC). Precisamente esta interpretación es la que debe defenderse, rechazando, en cambio, que el art. 13 LGT se utilice para calificar la conducta de los sujetos al margen del Derecho común. Este precepto no puede emplearse con independencia del sistema causalista.

La forma idónea de entender esa «calificación» del art. 13 LGT es que no es definitiva ni desplaza a la calificación privada. Es un juicio que se limita a la imposición y a impedir conductas oportunistas de los sujetos que aleguen defectos formales para escapar al gravamen. Y cuyo punto de partida ha de ser, necesariamente, la eficacia plena del negocio jurídico. Lo que resulta decisivo para llegar a una conclusión coherente.

4. Así, la explicación de por qué la causa jurídica de un negocio tiene tan poca atención en la práctica tributaria es que la determinación de este propósito final no es competencia de este sector normativo. La infracción normativa no se encuentra realmente en la conducta ni siquiera en el negocio jurídico seleccionado, sino en la aparición del hecho imponible. Porque establecer si el sujeto debe o no debe pagar impuestos, es una decisión directamente relacionada con el incremento de su patrimonio, no con su comportamiento o negocio concreto. Que esa transferencia o diferencia positiva sea inexacta, ilícita o irregular, no importa, ni tampoco el *porqué* es significativo, ni el que la transferencia quede anulada (a salvo, lo que especificamos a continuación); sólo es importante que se ha producido, aún temporalmente.

La Administración tributaria no puede divagar sobre negocios jurídicos, su validez o eficacia porque no es competencia de este

⁷⁹ PÉREZ ROYO, y AGUALLO AVILÉS, *Reforma de la LGT*, pp. 82-83; o también en general, PÉREZ TORRES, «Comentario al art. 13 LGT», I, pp. 174-175.

sector. Y los interesados no pueden invocar ningún vicio en su fundamentación para librarse del pago del tributo, fuera de la falta de satisfacción del presupuesto normativo de la Ley, de la declaración de otro negocio o, por supuesto, de la propia la inexistencia de la conducta⁸⁰. Si el sujeto pasivo cumple los presupuestos objetivos de la norma tributaria a juicio del funcionario, estará obligado a satisfacer un gravamen. Y todo esto sucederá con respeto a la calificación que su comportamiento merezca al Derecho privado⁸¹.

5. Es más, fuera de la nulidad del negocio y de un pronunciamiento claro de los tribunales ordinarios acerca de qué es lo que han hecho los particulares, el Derecho tributario podría desconocer otras referencias a la calificación de las conductas privadas, como los defectos formales o la anulabilidad sobrevenida. Y quizás resulta lógico que así sea cuando la operación sí ha existido porque entonces el comportamiento se ha realizado, es susceptible de gravarse y la obligación tributaria puede nacer; aunque en un momento posterior, aquella conducta se anule. Con todo, lo decisivo sería atender a la clase de anulabilidad y, en especial, el *dies a quo* o momento concreto a partir del cual sus efectos se van a producir.

Es en este punto (anulabilidad en sentido amplio) donde la práctica tributaria nos ofrece ejemplos variados y mayor divergen-

⁸⁰ La inexistencia de la causa del tributo fue discutida a principios de siglo; véase a favor de la Ley como causa del tributo B. GRIZIOTTI, *Principios de política, derecho y ciencia de la hacienda*, 2.ª ed., Madrid, 1958, pp. 149-151 [trad. esp. por E. R. MATA de *Prinzipi di Politica, Diritto e Scienza delle Finanze*, Padua, 1929], (habla de los servicios estatales obtenidos como causa remota, y de la capacidad contributiva como causa próxima); y D. JARACH, *El hecho imponible*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1971, p. 82; G. TESORO, identifica la causa con el presupuesto de hecho en «La causa giuridica dell' obbligazione tributaria», *Riv. It. di Diritto Finanziario*, 1937, I, pp. 31-46, p. 41; y E. BLUMENSTEIN, en el mismo poder legislativo del Estado (v. «La causa en el Derecho tributario suizo», *HPE*, 64 (1980), pp. 252-262, también publicada como «La causa nel diritto tributario svizzero», *Riv. Dir. fin. Sc. Fin.*, 1939, I, pp. 355 ss). En contra, A. D. GIANNINI, *Instituzioni di diritto tributario*, Milán, 1953, p. 115.

La doctrina española no reconoce ninguna causa del tributo. Este tributo revela la existencia de una obligación tributaria, es decir, de una obligación legal. Su única justificación es la coherencia con los principios de igualdad y capacidad contributiva. El sistema jurídico-tributario no es causalista sino que responde a una imposición legal absolutamente arbitraria. Puede verse SÁINZ DE BUJANDA, *Hacienda y Derecho*, IV, p. 1966, pp. 536-538. Prefiere hablar de fundamento del hecho imponible. Ofrece una visión bastante completa sobre las tesis causalistas y anticausalistas (pp. 442-537). También v. VICENTE-ARCHE, *RDFHP*, 7 (1957), pp. 21 y 34-36; C. PALAO TABOADA, «Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, II, Madrid, 1976, pp. 375-426, p. 415; CORTÉS, *Ordenamiento tributario*, I^a, pp. 277-278; J. SÁINZ MORENO, *Elementos de Derecho financiero*, Madrid, 1983, pp. 478-479; como excepción ALBIÑANA se permite algunas concesiones a una difusa «causa económica y jurídica o última» que no tiene nada que ver con el concepto privado de la causa; v. C. ALBIÑANA, *Responsabilidades patrimoniales tributarias*, Madrid, 1951, pp. 112-114.

⁸¹ Como señala claramente PÉREZ TORRES, «los efectos de la calificación por órganos de la Administración son exclusivamente de orden interno con independencia de su posible invalidez» v. «Comentario al art. 13 LGT», I, p. 175. Claro está, que no se explicita que dicha invalidez sí afectaría a la actuación de la Administración tributaria.

cia. De hecho, el examen de diversos impuestos especiales, y en especial de su puesta en práctica, nos sugiere una evolución que todavía está en curso hacia la equiparación gradual entre las posiciones del Derecho privado y del Derecho tributario respecto a la causa jurídica. Así por ejemplo, la práctica del Impuesto sobre el Valor Añadido o IVA (Ley 37/1992, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido). Seguramente por la influencia del Derecho comunitario parece más coherente con la visión causalista del Derecho privado. Y de hecho, es previsible que la jurisprudencia posterior a marzo de 2008 resulte coherente para el encaje de ambas partes del Ordenamiento Jurídico⁸².

En cambio, la situación es distinta con otros impuestos, como el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre), cuyo art. 57 se encarga del asunto que nos interesa. Expresamente comienza reconociendo la vinculación de la Administración tributaria a los tribunales civiles pero condiciona la posibilidad de devolución de los impuestos percibidos

⁸² Para empezar, su articulado reconoce las normas de la perfección de los contratos y los efectos jurídico-privados en aspectos tales como las cláusulas de reserva de dominio o las condiciones suspensivas (art. 75). Y sobre todo, la anulabilidad del negocio. Así, el art. 80.2 de la Ley del IVA determina que «cuando por resolución firme, judicial o administrativa o con arreglo a Derecho o a los usos de comercio queden sin efecto total o parcialmente las operaciones gravadas o se altere el precio después del momento en que la operación se haya efectuado, la base imponible se modificará en la cuantía correspondiente». Aunque «condicionada al cumplimiento de los requisitos que reglamentariamente se establezcan» (art. 80.7 L del IVA).

Ahora bien, a pesar de la corrección de los artículos anteriores, la práctica tributaria sí venía exigiendo el impuesto especial aunque el contrato se hubiera resuelto por incumplimiento, al menos en la parte correspondiente a las cantidades ya entregadas a cuenta (y por transmisiones patrimoniales ya realizadas) en virtud de la aplicación del art. 79.2.5 de la misma Ley –que sigue afirmando que forman parte de la base imponible «las percepciones retenidas con arreglo a derecho por el obligado a efectuar la prestación en los casos de resolución de las operaciones sujetas al impuesto»–. Como reconoce la consulta vinculante de D.G.T. V 0517 – 08, de 07 de marzo de 2008, esa fue la práctica de la Administración tributaria hasta que se obligó a cambiarla por una sentencia del TJCE en un asunto similar (asunto C-277/05, de 18 de julio de 2007). Esta sentencia afirmó que en un supuesto de rescisión por incumplimiento de contrato de prestación de servicios en el que todavía no ha habido ninguna transmisión patrimonial excepto en concepto de arras, y siempre que el cliente haga uso de una facultad de desistimiento que tenga y esas cantidades queden en poder del empresario de un establecimiento hotelero, las cantidades abonadas en concepto de arras deben considerarse indemnizaciones a tanto alzado por resolución de contrato abonadas en concepto de reparación por el perjuicio sufrido a causa del incumplimiento del cliente, sin relación directa con ningún servicio prestado a título oneroso y como tales, no sujetas a IVA. Es decir, la perfección de un contrato consensual sin entrega patrimonial ninguna no hace nacer el hecho imponible y la resolución sobrevenida tiene efectos semejantes tanto en el Derecho privado como en el Derecho tributario. Pero obsérvese que este supuesto implica un derecho o facultad de desistimiento legítimo por parte de una contraparte muy concreto y que sólo se refiere a las cantidades entregadas en concepto de arras. Queda la duda de si la práctica tributaria anterior a marzo de 2008 seguirá vigente respecto a otros supuestos de resolución contractual en los que, por ejemplo, la prestación principal ya se haya realizado. La Jurisprudencia consultada, con todo, parece encaminarse en la dirección correcta.

por contratos nulos o anulables de tal forma, que puede dudarse de la prioridad de la calificación civil. Merece la pena detenerse en este precepto. Afirma expresamente que «*cuando se declare o reconozca judicial o administrativamente, por resolución firme, haber tenido lugar la nulidad, rescisión o resolución de un acto o contrato, el contribuyente tendrá derecho a la devolución de lo que satisfizo por cuota del Tesoro, siempre que no le hubiera producido efectos lucrativos y que reclame la devolución en el plazo de prescripción previsto en el artículo 64 de la Ley General Tributaria*» (4 años) «*a contar desde que la resolución quede firme*». El resto del artículo se consagra al concepto de «efectos lucrativos» exigiendo que los interesados justifiquen la aplicación del art. 1295 CC. En consecuencia, ¿se mantendrá la obligación tributaria aunque el receptor de la cosa la haya transmitido a un tercero de buena fe? ¿a pesar de que el primer contrato sea anulable y que se haya cumplido debidamente con las obligaciones tributarias de la segunda transmisión? Porque la interpretación literal llevaría a la necesidad de satisfacer dos obligaciones tributarias diferentes por esa transmisión, a pesar de la resolución del primer contrato. Es más, los apartados 4, 5 y 6 del mencionado artículo 57 afirman rotundamente que no habrá lugar a devolución –aun en supuestos de nulidad, anulabilidad o resolución– cuando la resolución sea debida al incumplimiento del contratante obligado fiscalmente, cuando la causa de la marcha atrás sea el mutuo acuerdo de las partes, o cuando se trate de una compraventa con pacto de retro.

La resolución contractual por mutuo acuerdo resulta, en este punto, chocante, en especial cuando existe un error importante sobre el objeto o la causa del contrato, o cuando pueden acreditarse circunstancias justificantes del cambio de parecer –o la resolución, o incluso la simple novación, va encaminada a lograr un equilibrio de intereses más justo–.

Un ejemplo del primer caso puede fundarse en la STS de 10 de noviembre de 2008 (JUR/2009/138) en donde una relación de suministro contractual de máquinas recreativas fundada en un contrato marco en cuyo clausulado se declaraba a la compradora obligada al pago de los impuestos, se tropezó con la interpretación de una compraventa derivada y que afectaba a una máquina en concreto. Una de sus cláusulas establecía (erróneamente según la Administración tributaria) que esa máquina estaba exenta de IVA y, en consecuencia, ninguna de las partes resultaba obligada al pago. Si bien la sentencia se centró en la interpretación y encaje de las cláusulas mencionadas, el comentarista advertía con buen criterio que el problema hubiera podido ser sustantivo si las partes lo hubiesen alegado de forma más terminante en sus alegaciones. Porque el error invalida el consentimiento si es esencial (y el IVA superaba al

final la suma de 34 de los antiguos millones de pesetas) y excluyente⁸³.

Del cambio justificado de circunstancias puede mencionarse el supuesto de la sentencia del TSJ de Madrid de 20 de octubre de 2006 (JUR/2007/207668) en donde, por una compraventa escriturada, las partes tributaron voluntariamente el correspondiente ITP y AJD y declararon un precio superior a 1.600 millones de pesetas. Inmediatamente después, una recalificación del terreno por parte del Ayuntamiento (y parte de la Administración en consecuencia), les hizo renegociar el precio y bajarlo en casi 300 millones para ajustar mejor el equilibrio de intereses. Acto y seguido, intentaron modificar su declaración e instaron la devolución de lo pagado en exceso a Hacienda entendiendo que «una resolución administrativa había provocado la nulidad o rescisión del contrato» (art. 57 del impuesto correspondiente), y que por lo tanto, la razón no era su simple acuerdo. La Administración, sin embargo, y con ella, el tribunal correspondiente mantuvo el pago de la primera compraventa aunque ésta claramente se había rescindido. Como reitera diversas sentencias, salvo referencia expresa en la Ley, la resolución de mutuo acuerdo se considera un acto nuevo sujeto a tributación.

Es decir, y continuando con los ejemplos, sí estarían obligados a tributar a pesar de haberse resuelto el contrato supuestos tales como la resolución contractual por el 1124 CC (cuando el incumplidor es el sujeto obligado al pago), o la resolución de mutuo acuerdo ¡aunque se produzca en acto de conciliación o por simple allanamiento a una demanda! (lo que nos lleva a preferir que el juicio termine o al menos a hacer una estimación de costes para decidir la estrategia). ¿Y si la celebración de la escritura pública no se hubiese celebrado por no interesarle a las partes continuar adelante, aunque el contrato privado ya hubiese producido efectos? Dada la formalidad de la Administración tributaria parece que el punto de inflexión decisivo –por razones de prueba– es ese acto notarial. Así que la respuesta es, curiosamente, no. En un sentido semejante al anterior también podemos mencionar, por ejemplo, el art. 109.2 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.

A pesar de ello, la Jurisprudencia de lo contencioso-administrativo comienza a posicionarse de forma más análoga a como lo haría la civil y parece previsible (y deseable) que la evolución continúe⁸⁴.

⁸³ En este caso, se entendió que el error no era excluyente por la profesionalidad supuesta de ambas partes y del asesor financiero al que, además, las partes habían acudido; v. P. CÁMARA ÁGUILA, «Comentario a la STS de 10 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 138)», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 81(2009), pp. 1129-1144, p. 1141.

⁸⁴ De hecho, el caso mencionado al principio de este artículo fue fallado finalmente en favor de la nulidad del contrato por defecto de consentimiento y en consecuencia, se decidió en contra de la exigencia del impuesto por no existir transmisión patrimonial; v. STSJ de Cantabria de 3 de noviembre de 2000, Id Cendoj 39075330012000100378.

6. En cualquier caso, los particulares no han de encontrarse con dos descripciones o encajes jurídicos de una misma conducta; es decir, no es admisible ninguna divergencia fundamental al analizar y calificar los comportamientos privados entre ambos hemisferios del Ordenamiento: el público-tributario y el privado⁸⁵. Porque el Derecho tributario podría ignorar las razones que hagan anular un negocio con posterioridad a su perfección, pero no podría utilizar los artículos de la LGT para salvar los límites a su discrecionalidad: los fallos de la jurisdicción ordinaria, que vinculan a todos los organismos públicos, y de forma más concreta, la declaración judicial de nulidad del negocio. No puede haber divergencias entre Derecho público y privado al hablar de comportamientos de los particulares.

Por un lado, un pronunciamiento de la jurisdicción civil que declare la existencia de algún negocio jurídico en concreto tiene que condicionar la actividad tributaria. Los funcionarios competentes no deben insistir en aplicar las normas referidas a otros negocios porque no pueden reinventarse la realidad al margen de lo que haya sido declarado con efectos *erga omnes*. La «potestad» calificadora tributaria ha de supeditarse a la supervisión de los tribunales civiles. Y sus fallos tienen que ser suficientes para corregir las liquidaciones, o, incluso, anularlas si la cuestión debatida es sustantiva o propia del Derecho privado. El Derecho tributario ha de interpretarse en armonía con el resto del ordenamiento, que es único y no debería tener contradicciones.

Y de otra parte, cuando el Derecho privado reconozca la invalidez causal de un negocio *ab initio*, el ámbito tributario no puede ignorar esa calificación ni aplicar las consecuencias fiscales de otra «forma». Si el comportamiento transmisivo es nulo, también los especialistas tributarios tienen que aceptarlo y negarle cualquier eficacia jurídica a esa operación. Ocurre, simplemente que no ha existido ningún incremento de patrimonio que gravar⁸⁶. Y lo mismo sucede con los vicios del consentimiento que lo anulen (piénsese en una operación cerrada bajo la amenaza de una pistola, ¿debería el receptor del incremento de riqueza tributar por ese negocio que jamás quiso?) o con los negocios sin objeto. Un negocio nulo no existe y no produce ninguna consecuencia⁸⁷.

⁸⁵ Ocurre así por ejemplo, para aplicar la norma fiscal correspondiente a la donación, los aplicadores están obligados a decidir si hay o no tal donación (v. PÉREZ ROYO, y AGUALLO AVILÉS, *Reforma de la LGT*, p. 84). Pero esa calificación puede ser distinta de la que resultaría si un jurista evaluara la conducta de acuerdo con los arts. 618 ss CC.

⁸⁶ Claramente, ALMENER BELENGUER; y RIPLEY SORIA, «Comentario al art. 15 LGT», I, pp. 195-196, quienes sin embargo, no profundizan en esta afirmación.

⁸⁷ La nulidad que exime de efectos constitutivos las sentencias que declaren la nulidad de cualquier acto jurídico, exige a los funcionarios un comportamiento conforme con este efecto meramente declarativo y desde el principio; v. DE CASTRO, *Negocio Jurídico*, pp. 475-476.

Otra conclusión, incluso con fines preventivos, sólo sería posible bajo el amparo de una norma positiva que expresamente lo previese, y cuya justificación quizás podría cuestionarse. En cualquier caso tendría que hacerlo caso por caso; es decir, describiendo el supuesto de hecho con la máxima precisión, sin posibilidad de interpretaciones extensivas *a posteriori*. No hay que olvidar, por fin, que si bien la conversión de los negocios nulos es posible, su presupuesto exige que tal solución esté implícita en la voluntad de las partes. Son éstas las que pueden delimitar su propósito final, la causa jurídica, y por lo tanto, han de haber querido también el propósito práctico sustitutivo del original. Los negocios nulos no pueden convertirse por arte de magia en otros que no estuviesen *a priori* ya en los propósitos de los interesados. Porque la calificación jurídica siempre ha de basarse en un análisis causal⁸⁸.

En realidad, la legislación tributaria y sus aplicadores judiciales no siempre recogen esas conclusiones en la práctica. Así, por ejemplo, el caso analizado en la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo el 23 de enero de 2004 (Id Cendoj 28079130022004100473) en donde puede apreciarse una refutación de la pretensión del actor (supuestamente compensar plusvalías y minusvalías con dos declaraciones consecuentes, entiendo), que sin embargo, tiene razón por cuanto que la conducta no existe. En concreto, el actor recibió una propiedad de su sociedad de gananciales que escrituró y transmitió a una sociedad mercantil. Con posterioridad, intentó una doble venta (del inmueble que ya no tenía en su propiedad) a otra sociedad mercantil, en este caso, unipersonal y de la que él era el consejero delegado. Coherentemente, el Registro de la Propiedad impidió la inscripción. El actor no obstante, primero declaró el impuesto correspondiente a la transmisión a la segunda entidad mercantil (sobre el incremento de valor de los terrenos) y luego pretendió que se reconociera que la transmisión nunca había existido, que el contrato era nulo y que procedía la devolución. El tribunal le niega su pretensión porque entiende que la transmisión se ha producido dado que el actor no ha logrado en plazo la declaración de nulidad por un tribunal civil. Aunque reconoce que la propiedad que supuestamente transmitía ya no era suya.

7. En conclusión, uno de los pilares básicos de nuestro sistema jurídico es su funcionamiento causalista. Las «*formas jurídi-*

⁸⁸ Mantiene una interpretación contraria el profesor Palao, para quien la calificación también corresponde a los intérpretes tributarios y, aunque reconoce una presunción de coincidencia con la calificación jurídico-privada, afirma que esta no se tendrá en cuenta cuando la Ley fiscal tenga otro sentido o cuando se declare la nulidad del negocio; v. PALAO TABOADA, *Aplicación y elusión*, pp. 60-61. Su argumento de fondo es que la autonomía de la voluntad tiene límites en la existencia de negocios anómalos, entre los que parece incluir al polémico art. 15 LGT al considerarla implícitamente una norma imperativa cuya infracción legitima a la Administración para desconocer la conclusión de los tribunales ordinarios; v. pp. 93-95.

cas» no pueden aparcarse si son verdaderas y corresponden a lo querido por las partes. Incluidas las infracciones tributarias que plantean dudas porque no tratamos con negocios abstractos sino con conductas determinadas que pueden describirse⁸⁹. Con todo, los arts. 13 y ss de la LGT no se refieren realmente a la calificación de los negocios jurídicos porque esta cuestión es exclusiva de la jurisdicción civil⁹⁰. Su finalidad legislativa es legitimar el gravamen con efectos preventivos y acortar las vías de escape para la ingeniería tributaria, especialmente ante comportamientos simulatorios que persiguen el fraude fiscal como único objetivo. Entonces, «ignorar» cualquier referencia a la eficacia del negocio tiene una justificación claramente sancionadora. La excepción a esa ignorancia es la declaración de nulidad radical y las sentencias firmes sobre el negocio que puedan emitir los tribunales ordinarios y que siempre han de vincular a la Administración tributaria.

⁸⁹ COMBARROS, REDF, 44 (1984), p. 497. El mismo fraude de ley tributaria necesita que el Ordenamiento jurídico funcione como un todo, pues es típico de operaciones en las que las normas pertenecen a distintos ordenamientos jurídicos en un sentido material o territorial; v. MARTÍN OVIEDO, RDP, 51 (1967), I, p. 306.

⁹⁰ ROZAS VALDÉS; y ANDERSON, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, 18 (2007), p. 38

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Participan en esta crónica

Francisco J. Andrés Santos, Miriam Anderson, Beatriz Añoveros Terradas, Lúdia Arnau Raventós, Esther Arroyo i Amayuelas, Jordi Bonet Pérez, Alexandra Braun, Sandra Camacho Clavijo, Guillem Cano Palomares, Alejandra de Lama Aymà, Martin Ebers, Mirko Faccioli, Josep M. Fontanellas Morell, Carlos Gómez Ligüerre, Cristina González Beilfuss, César Hornero Sánchez, Sonia Martín Santisteban, Cédric Montfort, Sergio Nasarre Aznar, Jordi Nieva Fenoll, Barbara Pasa, Máximo Juan Pérez García, Javier Pou de Avilés Sans, Mauro Tescaro, Belén Trigo García, Stefano Troiano, Antoni Vaquer Aloy.

SUMARIO: PRESENTACIÓN.–EDITORIAL: «La configuración de la donación en el proyecto de Marco Común de Referencia» (Antoni Vaquer Aloy). RAPPORTS NACIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO, COMPARADO Y COMUNITARIO: Alemania: Bibliografía. Legislación (Martin Ebers); España. Bibliografía (Esther Arroyo Amayuelas). Legislación (Carlos Gómez Ligüerre); Francia. Bibliografía. Jurisprudencia (Cédric Montfort); Gran Bretaña. Bibliografía. Legislación (Alexandra Braun); Italia: Bibliografía (Mirko Faccioli, Barbara Pasa, Mauro Tescaro, Stefano Troiano). Legislación (Mirko Faccioli, Mauro Tescaro, Stefano Troiano). SECCIÓN TEMÁTICA: I. Espacio Judicial europeo (Beatriz Añoveros Terradas). II. Derecho procesal en la Unión Europea (Jordi Nieva Fenoll). III. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea (Esther Arroyo i Amayuelas). IV. Derechos reales en la Unión Europea (Sergio Nasarre Aznar). V. Derecho de familia en la Unión Europea (Cristina González Beilfuss). VI. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea (Alejandra de Lama Aymà). VII. Derecho de autor en la Unión Europea (Javier Pou de Avilés Sans). VIII. Derecho de daños en la Unión Europea (Belén Trigo García). IX. Derecho de trusts en Europa (Sonia Martín Santisteban). JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Guillem Cano Palomares). JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Lúdia Arnau Raventós). JURISPRUDENCIA NACIONAL (Miriam Anderson). RECENSIONES DE LIBROS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO: ZIMMERMANN, Reinhard, *Europa y el Derecho romano*. Estudio introductorio y traducción de Ignacio Cremades Ugarte, Marcial Pons, 2009 (César Hornero Méndez); PORSDAM, Hellen: *From Civil to Human Rights. Dialogues on Law and Humanities in the United States and Europe*, Edward Elgar, 2009 (Jordi Bonet Pérez); FABER, Wolfgang - LURGER, Brigitta (eds.), *National Reports on the Transfer of Movable in Europe*, Vol. I, Sellier, 2008 (Sandra Camacho Clavijo); BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.): *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, 2009 (Máximo Juan Pérez García); DAHAN, Frederique - SIMPSON, John (eds.): *Secured Transactions Reform and Acces to Credit*, Elgar Financial Law Series, 2008 (Sergio

Nasarre Aznar); European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Thomson-Aranzadi, 2008 (Belén Trigo García); SNIJDERS, Henk – VOGENAUER, Stefan (eds.), *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law*, Sellier, 2009 (Francisco J. Andrés Santos). MISCELÁNEA (Esther Arroyo Amayuelas). VIDA JURÍDICA. RESEÑA DE CONGRESOS EN MATERIA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO: *La autonomía de la voluntad y el Derecho de sucesiones. Jornada sobre el Derecho catalán de sucesiones en Europa*, Barcelona, 30 de abril de 2010 (Josep Maria Fontanellas i Morell).

La configuración de la donación en el proyecto de Marco Común de Referencia

ANTONI VAQUER ALOY *

I. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DONACIÓN EN EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA (DCFR)

El DCFR¹ dedica uno de los capítulos del Libro IV al *contrato* de donación. Es de sobras sabido que la doctrina, especialmente en España, se debate entre dos posturas sobre la naturaleza jurídica de la donación², decantándose la mayor parte de los autores por el carácter contractual de la figura, si bien algunos destacados juristas se han manifestado a favor de configurarla como un modo de adquirir la propiedad, como un acto de adquisición a título gratuito. Pues bien, aparentemente el DCFR encaja con esta posición doctrinal mayoritaria –no sólo en España, sino que se considera que es prácticamente unánime en los sistemas de *civil law*³–, también en la jurisprudencia, a favor del carácter contractual (STS de 31 de julio de 1999⁴ y de 31 de marzo de 2001⁵). Igualmente se había manifestado el TSJ Cataluña en su sentencia de 4 de octubre de 1999⁶. El Código civil español da juego a las dos posturas, mientras que el Código civil de Cataluña ha optado decididamente por la concepción como título adquisitivo (modo de adquirir la propiedad). La donación, por ello, no es *expressis verbis* un contrato en derecho catalán, tal y como demuestra su regulación en el Libro V CCCat (art. 531-7 ss)⁷.

* Catedrático de Derecho Civil de la Universitat de Lleida. El trabajo se enmarca dentro de las actividades del proyecto de investigación MICINN DER2009-13269-C03-01, del grupo de investigación consolidado de la Generalitat de Catalunya 2009SGR689 y del Centre d'Estudis Jurídics Europeus i Mediació de la Universidad de Lleida.

¹ A. VAQUER ALOY, «El marco común de referencia», en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, 2009, p. 239 ss.

² Para el debate en los distintos ordenamientos europeos, véanse las aportaciones a M. SCHMIDT-KESSEL (ed.), *Donation in Europe*, Osnabrück, 2010 (en prensa).

³ «The virtually unanimous view in the contemporary civil law is that the gift is a contract», afirma R. HYLAND, *Gifts. A Study in Comparative Law*, Oxford, 2009, p. 575. El enfoque sería distinto en el *common law*. Véanse los detalles de su exposición en las pp. 578 ss.

⁴ RJ 6221. Véase, con anterioridad, la STS 15.10.1985, RJ 4846: «siendo uno de tales contratos [solemnes] el de donación referida a bienes raíces».

⁵ RJ 3990.

⁶ RJ 2000/8039.

⁷ Enfáticamente lo advertían los comentarios al Anteproyecto de Libro V del Código civil de Cataluña *sub* art. 531-8: *Treballs preparatoris del Llibre Cinquè del Codi Civil de Catalunya*. «Els drets reals», Barcelona, 2003, p. 67, y P. del POZO CARRASCOSA, A. VAQUER

Con todo, no hay que precipitarse en la conclusión por lo que al DCFR se refiere. En primer lugar, porque el DCFR sólo comprende los bienes muebles (véase la definición de *goods* en el Anexo⁸ y, específicamente, el Art. IV. H - 1:103.2), y, en segundo lugar, porque el DCFR únicamente se ocupa de obligaciones y contratos y materias conexas, y, si bien es cierto que su Libro VIII se dedica a la transmisión de la propiedad de bienes muebles, no lo es menos que la regulación que se contiene en dicho Libro VIII no es omnicompreensiva de todo el sistema adquisitivo de los derechos reales. Por consiguiente, resultaba más coherente en la estructura sistemática del DCFR regular la donación como un contrato sin, por ello, prejuzgar que la donación se configure exclusivamente como contrato. Martin Schmidt-Kessel⁹, *leader* del grupo de trabajo sobre contratos gratuitos del Grupo de Estudios para un Código Civil Europeo, justificaba esta opción por las disparidades existentes entre los derechos nacionales y por la relación que mantiene la donación con el derecho de familia y el de sucesiones, en particular con el sistema legitimario –la inoficiosidad de las donaciones–, que aconsejaba situarla en el marco general del derecho contractual. Los comentarios «oficiales» al DCFR así lo remachan:

«This part of the definition does not exclude juridical acts under which ownership is immediately transferred to the donee, where it could be argued that no obligation is created at all.»¹⁰

La propia regulación lo hace explícito, cuando el Art. IV. H - 1:104 *b* contempla la donación manual, que presenta como aquella por la que se transfiere inmediatamente la propiedad del bien donado. Por consiguiente, el DCFR regula el contrato de donación¹¹, sin perjuicio de que los derechos nacionales puedan, por su parte, construir la donación, también, como acto adquisitivo de derechos reales. Consecuentemente, no hay norma específica sobre la aceptación, que ya no determina la irrevocabilidad de la donación¹², sino que se aplican las reglas generales sobre formación de los contratos (capítulo 4 del Libro II). Y es que, en realidad, el DCFR no regula directamente la donación manual, ni tampoco la califica, lo que confía a los ordena-

ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 2.ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, pp. 73-74.

⁸ «Goods» means corporeal movables». El Art. I - 1:101 *f*, advierte que el DCFR no se aplica a la propiedad o los derechos reales de garantía sobre inmuebles.

⁹ M. SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers of Contract Law: Donation in European Private Law», en A. Vaquer (ed.), *European Private Law beyond the Common Frame of Reference*, Groningen, 2008, pp. 79 ss.

¹⁰ *Draft Common Frame of Reference, Full Edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law, edited by Christian von Bar and Eric Clive*, vol. 3, München, 2009, sub Art. IV. H - 1:101, p. 2799.

¹¹ Aceptado por la Abogada General Verica Trstenjak en sus conclusiones en el caso C 180/06 Renate Ilsinger v. Martin Dreschers (administrator in the insolvency of Schlink & Schick GmbH), nota 51: «I would also point out that a concordance of intentions is also necessary to conclude a gift; a gift must be accepted by the donee in order to conclude a contract of gift» (consultable en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006C0180:EN:HTML>). Antes, en la nota 50, cita en el mismo sentido, con aprobación, a M. Schmidt-Kessel, «At the Frontiers of Contract Law».

¹² Para el Código civil, véase, con diversidad de enfoques, A. CASANOVAS MUSSONS, «La dualidad de funciones de la aceptación de la donación: los artículos 623 y 629 del Código civil», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, pp. 1611 ss, y M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, Madrid, 2008¹³, pp. 575 ss. Para el derecho catalán, véase del POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 87.

mientos jurídicos nacionales que la contemplen, y se limita a establecer la aplicabilidad de las normas restantes de la parte H del Libro IV con las adaptaciones necesarias. Ello conlleva que las reglas sobre la obligación de transmitir la propiedad y forma no resulten aplicables, y que se module el régimen de la conformidad¹³. También en esta orientación contractualista se encuentran las matizaciones al régimen general de anulabilidad de los contratos por vicios de la voluntad que se contienen en los Art. IV. H - 2:103 (error) y 2:104 (ventaja injusta obtenida por el donatario), matizaciones que vienen justificadas por la naturaleza gratuita de la donación¹⁴. Por último, es muy significativo en esta orientación el reconocimiento a donante y donatario de *remedies* en caso de incumplimiento (capítulo 3 del Libro IV. H), cuestión sobre la que luego volveré.

Finalmente, hay que notar que el Art. IV. H - 1:105 contempla las donaciones *mortis causa*, aunque tan solo para excluirlas de su ámbito de aplicación y sin entrar en su configuración jurídica, lo que constituye un nuevo argumento a favor de la neutralidad del DCFR. La presentación que hace de la donación *mortis causa* este precepto es la propia de la donación *sola cogitatione mortalitatis*, pues en ningún momento se hace mención de la donación otorgada con motivo de un especial peligro de muerte y en aquella contempla las dos variantes que, en cuanto a su eficacia jurídica, puede jugar la contemplación genérica de la propia muerte del donante: suspensiva o resolutoria. El apartado (2) añade que desde el mismo momento en que la donación deviene firme, por la renuncia a la condición que modaliza la transmisión definitiva de la propiedad de la cosa donada al donatario, o por la entrega de la cosa cuando la obligación de transmitir la cosa objeto de la donación se cumple antes del momento de la muerte del donante, la donación queda sometida a las reglas del Libro IV Parte H en tanto que ha desaparecido su calificación como donación *mortis causa* al suprimirse el elemento de la muerte del donante que determina la eficacia definitiva de la transmisión de la propiedad de la cosa donada.

II. DISONANCIAS EN LA CONFIGURACIÓN CONTRACTUAL DE LA DONACIÓN

La donación se presenta como un contrato y, más en concreto, en el Art. IV.H.-1:101, como un contrato unilateral, del que sólo nace una obligación para el donante¹⁵. Esta obligación se desarrolla luego en el capítulo 3 de esta Parte H (ver también el Art. IV H - 1:102, 2), añadiéndole una segunda obligación que no se enuncia en el inicial Art. 1:101: la de entregar cosas conformes con el contrato (Art. IV.H.-3:101, *a* y 3:102). De este modo se completa esta aproximación contractual a la donación, lo que otorga a la regulación modelo del DCFR un tinte único, pues lo habitual en el derecho comparado

¹³ *Draft Common Frame of Reference, Full Edition* comentario B al art. IV. H-1:104, p. 2813.

¹⁴ Véase *infra*, apartado IV, y los comentarios a ambas *black letter rules* en *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, pp. 2832 ss.

¹⁵ *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario C al Art. IV. H-1:101, p. 2802: «the actual aim of transferring ownership is an inherent and inevitable element of any donation».

es que al donante se le exonere en mayor o menor medida de las obligaciones típicas de los contratos onerosos¹⁶.

Pero, si se sigue leyendo el articulado del DCFR, podría llegarse a la conclusión de que la donación se modela como contrato recíproco, siguiendo el esquema de la compraventa, pues el Art. IV. H - 3:301 (sección 3.ª del capítulo 3.º dedicado a las obligaciones y remedios) enumera las obligaciones del donatario (tomar posesión y aceptar la transmisión de la cosa donada; y, a continuación, la sección 4.ª regula los remedios de que dispone el donante en caso de que el donatario incumpla sus obligaciones. Hay que notar que en ningún caso se está contemplando ahora posibles cargas¹⁷ que graven al donatario, sino que son obligaciones nacidas del contrato de donación sin más aditamentos («If the donee fails to perform any of the donee's obligations under the contract», dice claramente el Art. IV. H - 3:401). Los comentarios oficiales al DCFR intentan salir al paso señalando que «due to the gratuitous nature of a contract for donation, the obligations of the donee are very limited»¹⁸, al estar restringidas a la toma de posesión y la aceptación de la transmisión de la propiedad. Pero la cuestión no radica en la importancia de esas obligaciones, sino en su hipotética incorporación al sinalagma contractual, dando acceso al donante a los remedios por incumplimiento del donatario. Esa, con independencia de la importancia que se conceda a las obligaciones del donatario, constituiría una estructura no sólo bilateral sino también recíproca, que no casaría con un contrato que se presenta, además, como el arquetipo de los contratos gratuitos.

Estas pretendidas obligaciones del donatario se reducen a dos: tomar la posesión de los bienes donados y aceptar la transmisión de la propiedad. Las dos presuponen la donación obligacional, pues en la donación manual carecen de sentido ya que son simultáneas a la entrega de la posesión y la transmisión de la propiedad inmediata por el donante. Y, de hecho, ambas obligaciones se reducen a una en la mayor parte de supuestos, pues la toma de la posesión supondrá la adquisición definitiva de la propiedad al completarse el *iter* transmisivo compuesto de título –el contrato de donación– más el modo –la entrega– (Art. VIII.-2:101, 1 DCFR); sólo cuando no pueda haber entrega material –por ejemplo, donación de derechos de propiedad intelectual– el foco de atención se desplazará a la aceptación de la transmisión ya que el traspaso posesorio será consensual.

El DCFR opta por presentar la toma de posesión y la aceptación del traspaso dominical como obligaciones (Art. IV.A.-3:101 *b* para la compraventa; IV.B.-5:103 para el arrendamiento, por citar dos ejemplos), una vez que configura la cooperación del acreedor como obligación (Art. III.-1:106: «el deudor y el acreedor están obligados a cooperar»). Esta opción no es objetable desde el punto de vista técnico, pero sí desde el punto de la oportunidad, como he abordado en otros lugares¹⁹. Si se configura la cooperación como

¹⁶ Hyland, *Gifts*, p. 583.

¹⁷ En derecho español la cooperación del acreedor se entiende como carga: A. CABALLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Madrid, 1988, pp. 42 y 150; A. VAQUER ALOY, *El ofrecimiento de pago en el Código civil*, Madrid, 1996, pp. 27 ss.

¹⁸ *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario al Art. IV. H - 3:301, p. 2855.

¹⁹ «Tender of Performance, Mora Creditoris and the (Common?) Principles of European Contract Law», *Tulane European and Civil Law Forum*, 2002, pp. 83 ss, y «Farewell to Windscheid? Legal Concepts Present and Absent from the Draft CFR», *European Review of Private Law* 2009, 4, pp. 504 ss.

verdadera obligación, lo coherente es dotar al acreedor de esa obligación de los remedios previstos para el incumplimiento. En general, esta decisión plantea un problema de eficiencia: aunque se trate de *self-help remedies*, algunos de los remedios obligan a determinar previamente si se trata de un incumplimiento esencial y siempre cabe la discusión en un proceso sobre la bondad de acudir al remedio. No deja de ser sintomático que el artículo siguiente, cuando aborda los remedios del donante ante el incumplimiento de estas «obligaciones» del donatario, mencione en primer lugar los remedios de los Art. III.-2:111 y 2:112 DCFR, es decir, el ofrecimiento de pago y la consignación, que son remedios típicos de la mora del acreedor –que no está regulada institucionalmente en el DCFR, como antes tampoco en los PECL– y que, por consiguiente, no presuponen ya la obligación del donatario de tomar posesión, sino la carga –concepto que también está ausente nominalmente en el DCFR–.

Pero, en el plano específico del contrato de donación, la configuración de la toma de posesión y la aceptación de la transmisión de la propiedad como obligaciones del donatario plantea un problema de coherencia con la tan repetida naturaleza gratuita de la donación. La configuración de obligaciones recíprocas y, más en concreto, el remedio de la terminación, que expresamente llega a admitirse para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones del donatario²⁰, presuponen una estructura onerosa del contrato. Y eso no se evita afirmando que las obligaciones del donatario son limitadas precisamente por esa gratuidad, pues la clave está en la estructura típica del negocio²¹, no en el valor de las respectivas prestaciones. Los comentaristas son conscientes de este problema, y dedican un apartado a tratar de la relación de la gratuidad con estas obligaciones, y la poca congruencia se agudiza con el ejemplo que se propone, pues se argumenta que en ocasiones las obligaciones del donatario de tomar posesión y aceptar el traspaso de la propiedad son en interés del donante, como en una donación de desperdicios («where the waste is the object of donation»), caso en que el que se admite que podría actuar como contraprestación –lo que conduciría irremediabilmente a la paradoja de la onerosidad de la donación–, y que el parámetro decisivo para decidir si el contrato es oneroso o no es el propósito o ánimo del donante, y teniendo siempre presentes los criterios del Art. IV. H - 1:202, 1. Dejando a un lado la bondad –o mejor, la posibilidad práctica²²– del ejemplo de los desperdicios, no se puede compartir el punto de vista de que «en ocasiones» las obligaciones del donatario son en interés del donante. El interés del obligado en liberarse de su obligación es institucional y, por lo tanto, inmanente

²⁰ Así se lee en el comentario A al Art. IV. H - 4:101, p. 2860: «It is possible for a right of revocation and a *right of termination* to co-exist. It is conceivable, for example, that a situation may arise *where the donee fails to perform an obligation to accept the goods* and, simultaneously, the donor wishes to exercise a right to revoke on, for example, the ground of impoverishment» (énfasis añadido).

²¹ *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario al Art. IV. H - 3:301, p. 2855: «Due to the gratuitous nature of a contract for donation, the obligations of the donee are very limited. In fact, they are restricted to the obligation to take delivery and accept the transfer of ownership».

²² Los comentarios, y SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers», p. 93, nota 15, citan el caso alemán de la «pulpa de patata» (BGHZ 93, 23 en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, p. 794), pero hay que notar que el «donante» era un empresario y el «donatario» un ganadero que utilizaba la pulpa para sus animales, por lo que creo que la calificación como «desperdicio» es algo forzada, aunque éste careciera de valor económico para el empresario.

a toda relación jurídica: el donante obligacional *siempre* tiene interés en que el donatario coopere, tomando posesión de los bienes, porque le interesa liberarse del vínculo²³.

En conclusión, la catalogación de obligaciones del causante y la manera concreta cómo se han configurado traen alguna duda a la coherencia de la regulación de la donación como contrato gratuito, introduciendo un elemento de onerosidad de difícil encaje, lo que aconseja prescindir de la concreta denominación como obligaciones y pensar que, en realidad, se trata de cargas²⁴ que pesan sobre el donatario como consecuencia del deber general de colaboración entre las partes de una relación obligatoria. En todo caso, si por estar ausente este concepto del DCFR se opta por no recurrir al concepto de carga y mantener el de obligaciones, hay que procurar dejar meridianamente claro que estas *obligaciones* del donatario no tienen el carácter de contraprestación y, pese a que se permita, como veremos, el acceso a remedios propios de las obligaciones sinalagmáticas, no se incorporan en ningún momento al sinalagma y no presentan viso alguno de reciprocidad²⁵.

III. PARTES DEL CONTRATO

Sobre la base de la concepción contractual de la donación, ésta se presenta con dos partes: el donante y el donatario. No se contiene ninguna norma específica sobre la capacidad para ser donante o donatario, por lo que hay que entender que se exige la capacidad general para contratar que se establezca en cada derecho nacional, pues ésta es una materia que, expresamente, el DCFR no trata (Art. I.-1:101, 2, *a*; Intr. 38). Tampoco hay reglas sobre la pluralidad de donatarios al estilo de los art. 637 CC y 531-22 CCCat.

En cuanto al donante, se contempla que pueda ser un empresario en el Art. IV.H.-2:102, *b*.

²³ Por ello, no puedo compartir la opinión expresada por SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers», p. 93: «in our view, which was challenged by some advisors, the interest of the donor is not worthy of protection, because if there were a real interest of the donor in getting rid of the goods the contract should not be qualified as a contract of donation». Todo deudor tiene interés en liberarse de su obligación, sea una obligación unilateral o bilateral, nacida de un contrato gratuito u oneroso.

²⁴ Cf. VAQUER, «Farewell to Windscheid», pp. 502 ss.

²⁵ El donatario goza de los remedios propios del incumplimiento. De estos, por el carácter gratuito de la donación y la ausencia de reciprocidad, los propios comentarios ya excluyen a dos, la retención de la prestación propia y la reducción del precio. El cumplimiento forzoso, si bien en teoría posible, los comentarios lo desaconsejan, en atención al propósito del donante y, sobre todo, a sus costos; como decía antes, los remedios basados en la *mora credendi* son más eficientes. Queda, por consiguiente, en el marco del DCFR, la posibilidad de terminar el contrato por incumplimiento esencial (Art. III - 3:502); el carácter esencial del incumplimiento, aunque corresponde acreditarlo a la parte perjudicada, no será muy difícil de probar, en atención, justamente, al carácter gratuito del contrato de donación, ya que el donatario no está obligado a ninguna contraprestación, por lo que la terminación no debe atender a ningún interés especialmente protegible del donatario. Y, en el caso de que el incumplimiento del donatario haya ocasionado daños al donante, estos son resarcibles. Nótese que en este caso, cuando el responsable de los daños es el donatario, no se aplican las atenuaciones que para el donante prevén los Art. IV. H - 3:205 y 205, esto es, el impedimento subjetivo y la limitación de la cuantía de la indemnización, con lo que el donante goza de un régimen de responsabilidad por daños y perjuicios más benigno que el donatario.

IV. OBJETO

1. Introducción

En cuanto al objeto del contrato, ya se ha señalado que la regulación del DCFR sólo contempla la de bienes muebles. Ello no significa que no se admita la de bienes inmuebles. Antes al contrario, la contempla expresamente aunque para excluirla de su ámbito de regulación en el Art. IV.H - 1:103, 2.

Dentro de los bienes muebles, el Art. IV.H - 1:103, 1 prevé la aplicación de las normas del contrato de donación cuando su objeto se trate de dinero, electricidad, acciones y títulos valores, bienes incorpóreos y creaciones del ingenio, lo que evidencia la enorme posibilidad de objetos de la donación.

Hay que notar que, literalmente, el DCFR regula en su redacción original en inglés el «contrato para donación», con lo que, en propiedad, la donación sería el objeto del contrato²⁶. Si bien ello podría presentarse como un apoyo a la tesis de que el DCFR no se inclina de modo inequívoco por una determinada configuración de la donación sino que, al contrario, cualquiera que sea su naturaleza de acuerdo con el derecho nacional a que esté sometida, se estaría regulando en exclusiva el contrato mediante el que se vehicula la liberalidad, lo cierto es que tal presentación se muestra artificial en exceso en derecho español. Es mucho más razonable entender que, literalidad aparte, la opción es la de regular la donación como contrato, aunque los derechos nacionales puedan otorgarle una configuración distinta.

2. Los bienes futuros

El Art. IV.H.-1:102 amplía el objeto inicial del contrato de donación –los bienes muebles– a los bienes futuros, de manera coherente con la apuesta por la configuración contractual de la donación. Para el DCFR, los bienes futuros engloban dos categorías de bienes: aquellos que todavía no existen en el momento de la perfección del contrato y aquellos que el donante aún debe adquirir, por lo tanto, bienes que no le pertenecen en el momento en que se concluye la donación. La inexistencia de los bienes físicamente o en el patrimonio del donante no constituye, pues, ningún obstáculo, para el contrato de donación que se configura en el DCFR. En caso de que los bienes no lleguen a existir o a ser adquiridos por el donante, estaríamos ante un supuesto de imposibilidad o de incumplimiento al que se aplicarían las reglas previstas en el mismo DCFR²⁷.

Con ello, podría pensarse que el art. 635 CC se contradice con el Art. IV.H.-1:102 pues, de acuerdo con aquel precepto, «la donación no podrá comprender bienes futuros», entendiendo por bienes futuros «aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación». Sin embargo, hay que tener presente la discusión doctrinal acerca de la naturaleza jurídica

²⁶ Véase SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers of Contract Law», p. 83. Los comentarios al DCFR (*Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario D al Art. IV. H - 1:101, p. 2803), lo explican del siguiente modo: «In the conceptual structure of the DCFR, the contract is the juridical act and the notion of donation includes a reference to the whole contractual relationship».

²⁷ *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario B al Art. IV. H - 1:102, p. 2807.

de la donación en el Código civil. Los autores que defienden su carácter real afirman que la prohibición es coherente²⁸. Los autores que defienden la tesis contractualista, por su parte, reinterpretan el art. 635 CC en el sentido de que lo único que prohíbe es la donación de todos los bienes futuros²⁹, o de que la prohibición sólo juega en los casos en que se pretenda la transmisión simultáneamente con el contrato de donación³⁰.

En cuanto al derecho civil catalán³¹, no existe una norma equivalente al art. 635 CC, que prohíbe la donación de bienes «futuros». Sin embargo, a la misma conclusión obliga la concepción de la donación como negocio adquisitivo: si la cosa no existe todavía, el donante no puede disponer de ella (lo único que puede es obligarse a entregarla en el futuro, lo que nos situaría en la órbita del contrato), no la puede donar porque no puede transmitirla ya (*nemo dat quod non habet*). La donación de bienes futuros sólo cabe que tenga efectos meramente obligacionales (obligación de donar), pero no efectos transmisivos inmediatos, por lo que no se ajusta al modelo de donación regulado en el CCCat. En el supuesto que la donación comprendiera tanto bienes presentes como futuros, sólo respecto de los primeros se produciría el efecto transmisivo; en relación con los bienes futuros, únicamente cabría inquirirse por si el donante hubiera quedado obligado a donar. En todo caso, resulta meridianamente claro que, tanto en el Código civil como en derecho catalán, la donación con efecto transmisivo inmediato sólo puede ser la de bienes presentes actualmente de titularidad del donante, mientras que la donación de bienes futuros, si bien es válida, únicamente genera efecto obligacional³².

3. Los bienes a producir o manufacturar

El DCFR realiza una segunda ampliación del posible objeto del contrato de donación: los bienes a manufacturar o producir. En realidad, estos son bienes que todavía no existen y, por lo tanto, podrían entenderse comprendidos en el apartado anterior. No obstante, hay un matiz diferenciador. Y es que la actividad a que se obliga el «donante» es mayor, por cuanto no se trata sólo de obligarse a donar una cosa futura, sino que se está obligando, a la vez, a manufacturar o a producir esa cosa, es decir, se está obligando a un hacer que consiste, precisamente, en llevar a la existencia el bien que se donará. Por lo tanto, estamos, por lo menos parcialmente, dentro del ámbito de las obliga-

²⁸ L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, 9.ª ed., Madrid, 2005, II, p. 310.

²⁹ M. ALBALADEJO, com. art. 635, en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, I, Madrid, 1991, p. 1613. Para J.L. LACRUZ *et al*, *Elementos de derecho civil*, II-2.º, 4.ª edición revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ, Madrid, 2009, p. 94, el artículo únicamente pretende cerrar el paso a los pactos sucesorios, por lo que no sería obstáculo a la donación de bienes que no son todavía propiedad del donante.

³⁰ FJ. SÁNCHEZ CALERO (coord.), *Curso de derecho civil*, II, 5.ª ed., Valencia, 2008, p. 264.

³¹ A. VAQUER ALOY, en Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, *Derechos Reales*, III, Barcelona, 2008, pp. 297 ss.

³² Véase la STS 12.11.1964 (RJ 5080), que señaló que «aunque el invocado art. 634, parece dar a entender que la donación no puede comprender bienes futuros, y que la que los contenga, adolece de vicio de nulidad, ése no es el sentido del precepto según la interpretación doctrinal y jurisprudencial, a tenor de las cuales queda subsistente la validez de la donación en cuanto a los bienes propios de la donante».

ciones de dar y del contrato de servicios. La obligación que nace de esta donación será, consecuentemente, susceptible de ejecución forzosa.

Sin embargo, este contrato gratuito –la gratuidad se recalca en el apartado segundo al insistir expresamente no sólo en la gratuidad sino en el ánimo de beneficiar a la otra parte– carece de figura homónima con naturaleza onerosa en el DCFR. En efecto, dentro de la amplia regulación del contrato de servicios, la figura que más se acercaría sería la del contrato de construcción (Art. IV.C.-3:101 y ss), pero, como se ha indicado, el contrato está pensado para la construcción de inmuebles o de muebles cuando es el cliente quien proporciona el diseño³³. Ello nos lleva a siguiente paradoja: el DCFR regula expresamente el contrato por el cual el joyero se obliga gratuitamente a manufacturar el anillo de compromiso para su mejor amigo, pero no el contrato con un cliente que está dispuesto a pagar el precio que le exija el orfebre. Por ello, el comentario oficial al DCFR advierte de que la regulación base es la que se contiene en la parte dedicada al contrato de donación, mientras que las reglas que puedan resultar aplicables de la parte del contrato de servicios se aplicarán al elemento de servicios de la donación de bienes a manufacturar o producir. De hecho, únicamente se indican tres preceptos que puedan resultar de aplicación: el Art. IV.C.-3:102 (la obligación del cliente –aquí del donatario– de cooperar, aunque esta es, en verdad, una obligación general de toda parte contractual en el DCFR –Art. III.-1:104– y no sólo de los contratantes de servicios), IV.C.-3:106 (entrega) y IV.C.-3:108 (riesgos), pues para otros aspectos (la conformidad, por ejemplo), ya existe norma específica para la donación³⁴.

4. Bienes donables

El Art. IV.H.-1:103 intenta delimitar el objeto posible de la donación obligacional, indicando a qué tipo de bienes cabe aplicar la regulación prevista y a qué tipo no. La idea subyacente es que cualquier objeto susceptible de transmisión puede serlo de un contrato de donación³⁵. El precepto, que dedica el primer apartado a determinados bienes muebles, en una enumeración que se inspira en la del Art. IV.A-1:101, 2 en sede de compraventa³⁶, y el segundo a los inmuebles, se muestra desordenado e impreciso en algunos aspectos³⁷.

³³ Véase, en particular, *Principles of European Law. Service Contracts*, prepared by M. BARENDRECHT *et al*, München, 2007, *sub* Art. 2:101, pp. 321 ss.

³⁴ *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario C al Art. IV. H - 1:102, p. 2808.

³⁵ *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al Art. IV. H - 1:103, p. 2909.

³⁶ SCHMIDT-KESSEL, «At the frontiers», p. 84.

³⁷ Sin que plantee ningún problema serio de compatibilidad con el derecho español en atención a la amplitud con que se concibe el objeto de la donación. Así, M. ALBALADEJO, comentario al art. 618, en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, p. 1575, indica que el objeto de la donación puede ser cualquier cosa (el derecho de propiedad sobre ella) o un derecho distinto del de propiedad. JM. LETE DEL RÍO, J. LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones*, vol. II, *Contratos*, Cizur Menor, 2006, p. 291, afirman que objeto de la donación lo constituyen «las cosas y los derechos», y que los derechos lo pueden ser de crédito o reales. Y JL. DE LOS MOZOS, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, p. 237, manifiesta que «podrán ser objeto de donación todos aquellos bienes que sean *enajenables*, cualquiera que sea su especie: cosas, o partes integrantes de las mismas (como los frutos naturales y civiles), derechos reales y de crédito, o

A) MUEBLES

La primera de las especificaciones se refiere al dinero. Siendo el dinero un bien mueble por excelencia, no se entiende por qué motivo hay que mencionar expresamente al dinero, aún más cuando el Anexo del DCFR define los «goods» como los «bienes muebles corporales», advirtiendo que incluyen a los barcos, navíos, aeronaves, objetos espaciales, animales y líquidos y gases, y que la definición de «muebles» contempla los «bienes corporales e incorporeales que no sean inmuebles»; y, por si podía albergarse alguna duda, los inmuebles se definen como «el suelo y todo aquello que se le une de forma que no puede ser cambiado de lugar por un acto humano normal». Es más, literalmente podría dar incluso a pensar que no cabe la donación de dinero, sino que se trataría de otro contrato al que se aplicaría, con las adaptaciones oportunas, la normativa prevista para el contrato de donación. El precepto abarca no sólo monedas y billetes, sino cualquier otra forma de representación funcional del dinero³⁸.

La segunda apostilla tiene como protagonista a la electricidad. Esta mención se sitúa en la línea de las normas sobre responsabilidad por productos, que hacen inclusión expresa de la electricidad en la categoría de los bienes muebles que constituyen la categoría del «producto» (art. 136 TR LGDCU, procedente de la Directiva 85/374/CEE, en su art. 2; cf. art. 511-1, 2 CCCat).

Cuanto se ha dicho antes del dinero resulta aplicable a las acciones y participaciones en sociedades y a los títulos valores, pues son sin duda bienes muebles que no plantean conflicto en cuanto a su naturaleza jurídica y, por consiguiente, son naturalmente susceptibles de donación³⁹. Su mención se debe simplemente a que la definición de «goods» del Anexo al DCFR no las incluye de modo expreso. Únicamente se requiere que sean transmisibles.

Seguidamente, se añaden otros derechos incorporales, como los de crédito, siempre que preexistan a la donación, pues de otro modo se solaparía con la obligación derivada de un contrato de servicios⁴⁰.

A continuación, se contempla la donación de otros derechos transmisibles, como los de propiedad intelectual o industrial, que tampoco presentan mayor dificultad.

Por último, se enumera el acceso a información o a datos, incluidos o no en bases de datos. El supuesto es claramente distinto a los anteriores. El obje-

una herencia ya abierta (art. 1000,1 CC), o sobre bienes inmateriales, etc.». Únicamente deben tener en cuenta algunas prohibiciones específicas como, por ejemplo, que diversas leyes de protección de animales prohíben «hacer donación de los mismos como premio, reclamo publicitario, recompensa o regalo de compensación, por otras adquisiciones de naturaleza distinta a la transacción onerosa de animales»; véase art. 2.2 de la Ley 5/1995, de 22 de marzo, de Protección de los Animales, de La Rioja, modificada por Ley 2/2000, de 31 de mayo; art. 5.e de la Ley 22/2003, de 4 de julio, de protección de los animales, de Cataluña; art. 4.1.g de la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de protección de los animales, de Andalucía; y véase el art. 20.c de la Ley 1/1993, de 13 de abril, de protección de animales domésticos y salvajes en cautividad, de Galicia, que tipifica la donación de animales como infracción leve.

³⁸ *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario B al Art. IV. H - 1:103, p. 2810.

³⁹ Así lo acepta la STS 13.6.1994 (RJ 6507). La STS 15.3.2000 (RJ 2002/1894), califica como donación de dinero la entrega con ánimo de liberalidad de cheques.

⁴⁰ Los comentarios oficiales proporcionan el siguiente ejemplo: A recibe una invitación para una función de circo, que regala a B. Estamos ante una donación de la invitación que permite exigir la entrada al espectáculo (*Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al Art. IV. H - 1:103, p. 2811).

to no son ahora los datos o la información en sí misma, sino el acceso a ella, por ejemplo, permitir el uso gratuito de determinada base de datos. Por ello, no se trata tanto de una donación como de un servicio gratuito. Si el objeto de la donación lo fuera la base de datos en sí misma considerada, como creación, entonces ya estaríamos en el ámbito de la letra (e), que contempla la donación de derechos de propiedad intelectual. Debe notarse que en esta letra (e) no se menciona la «donación», sino los «contratos gratuitos», lo que es un síntoma de que, en efecto, más que de donación se trata de una norma de «causa gratuita».

B) INMUEBLES

El Art. IV. H - 1:103, 2 excluye del contrato de donación los inmuebles y los derechos reales sobre inmuebles, lo que se debe no a su inidoneidad como objeto de la donación, sino simplemente a que el DCFR excluye de su ámbito los inmuebles.

V. GRATUIDAD Y ÁNIMO DE LIBERALIDAD

Constituye un principio confeso del DCFR que la causa no es elemento esencial del contrato: «The absence of any need for consideration or *causa* for the conclusion of an effective contract»⁴¹. La idea subyacente es huir de la problemática que generan los conceptos de causa en el derecho continental y de *consideration* en el *common law*. Por ello, sorprende que ya este inicial Art. IV. H - 1:101 sitúe como elemento estructural a «*la intención de beneficiar al donatario*», y que luego la sección 2 del capítulo primero de esta parte H del Libro IV se dedique específicamente a la gratuidad, especificando qué debe entenderse por causa liberal e incluso por causa mixta.

⁴¹ *Draft Common Frame of Reference*, Pr. 56. En la misma línea se orientan los PECL: «The Principles do not require consideration or cause»; cf. LANDO/BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law*, Parts I-II, nota 3 al Art. 2:101, pp. 140-141. Véase, además, JA. MARTÍN PÉREZ, «La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (Razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)», en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, 2006, T. II, pp. 283 ss; J. FAJARDO FERNÁNDEZ, «Forma, objeto y causa/consideration», en S. CÁMARA LAPUENTE (ed.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2003, pp. 399 ss; WM. SCHRAMA, en D. BUSCH *et al* (ed.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary*, p. 76; J. M. SMITS, *The Making of European Private Law: Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Antwerp-Oxford-New York, 2002, p. 208; G. QUINOT, «Offer, Acceptance and the Moment of Contract Formation», en HL. MACQUEEN, R. ZIMMERMANN (ed.), *European contract law: Scots and South African perspectives*, Edinburgh, 2006, p. 95. Lo mismo vale para los Principios Unidroit (art. 3.2: «A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirement») y el Anteproyecto de Código civil europeo del Grupo Gandolfi; véase, sobre los primeros, el comentario oficial al art. 3.2 («This article also excludes the requirement of cause which exists in some civil law systems and is in certain aspects functionally similar to the common law «consideration»»); *Unidroit Principles of International Commercial Law 2004*, Rome, 2004, p. 95, y Pilar PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, 1996, pp. 447-448; y, sobre el segundo, G. GARCÍA CANTERO, «Hacia un concepto europeo de contrato», en C. VATTIER, J.M. DE LA CUESTA, J.M. CABALLERO (ed.), *Código europeo de contratos*, I, Madrid, 2003, pp. 153-154.

1. Gratuidad⁴²

El Art. IV. H - 1:201, pese a que se halla en sede de contrato de donación, es una norma de más amplio espectro, pues en realidad está definiendo la causa gratuita, por lo que resulta aplicable a aquellas otras *black letter rules* en que se encuentran ejemplos de contratos o actos gratuitos (así, Art. III - 3:511, 3), III - 5:110, 3), IV. D - 3:103, 4 *d*, IV. D - 6:104). La causa gratuita se nos presenta como la ausencia de contraprestación, es decir, el ánimo de liberalidad al que luego se refiere expresamente el Art. IV. H - 1:203 para efectuar algunos matices y al que antes ya habían hecho mención, al presentar el contrato de donación, los Art. IV. H - 1:101, 1:102 y 1:104. De este modo, acaba por identificarse gratuidad y ánimo de liberalidad, aunque formalmente se muestren como dos conceptos distintos. La diferencia, para los redactores del DCFR, radica en el carácter objetivo de la gratuidad, frente al tinte subjetivo del ánimo de liberalidad, elevándose la donación al paradigma del contrato gratuito⁴³.

En el modelo del DCFR, la ausencia de contraprestación debe ser total, sin importar su valor⁴⁴, lo que supone, en particular, que la donación modal o con carga no se entienda como gratuita, pese a que suponga un enriquecimiento para el donatario.

La causa gratuita, con todo, se muestra moldeable por la voluntad de las partes intervinientes, y por ello el Art. IV. H - 1:203 contempla el *negotium mixtum cum donatione* en los términos de que luego se dirán.

2. El ánimo de liberalidad

A) LA SISTEMÁTICA DEL DCFR

Si el Art. IV. H - 1:201 se ocupa de la causa gratuita, el 1:203 lo hace del ánimo de liberalidad, un poco trasmitiendo la sensación de que son cosas distintas –la gratuidad podría pensarse que constituye la causa en sentido objetivo, mientras que el ánimo de liberalidad o, literalmente, la voluntad de beneficiar al donatario, comprendería una perspectiva más subjetiva⁴⁵. Por otra parte, sistemáticamente el artículo se ubica tras el *negotium mixtum cum donatione*, como si en éste no existiera también ánimo de liberalidad, lo que en cualquier caso resulta claramente del apartado 1 *a* del Art. IV. H - 1:202, que menciona expresamente la voluntad de beneficiar a la otra parte. En cualquier caso, el ánimo de liberalidad no tiene por qué suponer un enriquecimiento apreciable en el donatario; incluso que el objeto carezca propiamente de valor

⁴² Cf. HYLAND, *Gifts*, p. 135 ss.

⁴³ *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al Art. IV. H - 1:201, p. 2816.

⁴⁴ *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al Art. IV. H - 1:201, p. 2816: «The test of gratuitousness is a strict one. Any reward even if trivial is inconsistent and excludes the contract or other juridical act from the definition in IV. H - 1:101».

⁴⁵ Ya señalaba DE LOS MOZOS, *La donación*, p. 140, que «[e]l *animus donandi* como requisito de la donación tiene un aspecto *subjetivo* y un aspecto *objetivo*. En el primer aspecto, surge de la actitud anímica del donante, como intención específica de gratificar; aunque esta intención liberal sea compatible con cualesquiera otros motivos, como la ostentación, ganar amigos u obtener otra ventajas; pero no por ello pierde tal carácter, ya que el disponente quiere gratificar al donatario, a no ser que esas ventajas se incorporen al acto, como contrapartida de la liberalidad. En cuyo caso quebraría el aspecto *objetivo*, ya que la esencia de la donación es la gratuidad, lo que provoca el enriquecimiento del donatario y el empobrecimiento del donante».

económico –una fotografía familiar con valor meramente sentimental– no debe impedir que el negocio se califique como donación⁴⁶. Los comentarios oficiales se cuidan de subrayar que la función de la «*intention to benefit*» es muy estricta y que no debe identificarse con un específico *animus donandi*, que no se configura como requisito de la donación.

B) SUPUESTOS INCLUIDOS

A continuación, se incluyen dos supuestos en los que se afirma la concurrencia del ánimo de liberalidad: la existencia de una obligación moral de transmitir y el propósito publicitario, lo que supone, a juicio de Schmidt-Kessel⁴⁷, un concepto de donación más amplio que el de algunos ordenamientos nacionales.

Sorprende la inclusión de la obligación moral, un concepto desconocido en el DCFR⁴⁸, que no se encuentra ni en el índice de conceptos. La obligación moral o natural no constituye una verdadera obligación y, aunque pueda constituir una excepción a la obligación de restituir (cf. art. 1901 CC) no existiendo verdadera obligación, quien dona en cumplimiento de una obligación natural no estaba compelido a ello, por lo que es lógico que no desaparezca el *animus donandi*.

En cuanto a las donaciones que persigan propósito publicitario (muestras de productos, merchandising, etc.), es verdad que contienen el interés del donante por conseguir despertar la atención del donatario y que éste compre sus productos, pero lo cierto es que no hay contraprestación y se halla presente el ánimo de liberalidad, aunque teñido de afán económico⁴⁹, por lo que se trata de verdaderas donaciones.

VI. EL NEGOTIUM MIXTUM CUM DONATIONE

El Art. IV. H - 1:202 contempla la figura del *negotium mixtum cum donatione* para declarar la aplicabilidad de las reglas sobre el contrato de donación

⁴⁶ SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers», p. 84, recurre, para explicarlo, a la noción de «benefit» que se utiliza, también, en la *negotiorum gestio* (Art. V - 1:101). En particular, así se explica en el comentario C.17 al Art. 1:101 de los PEL sobre «gestión de asuntos ajenos» (Study Group on a European Civil Code, *Principles of European Law. Benevolent Intervention in Another's Affaire*, prepared by C. von BAR, München, 2006, p. 107): «the intervener must act with the intention of benefiting another. The word 'benefiting' is to be understood in this context as having a wide significance; in particular, it does not relate merely to benefits of a type falling within patrimonial law in the sense of an enrichment».

⁴⁷ SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers», pp. 84-85.

⁴⁸ Y objeto de críticas como la de K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, I, München, 1987, p. 21. La mención de la obligación moral quizá puede explicarse porque, pese a que una obligación moral no se entiende siempre en el *common law* como una *consideration* suficiente, en un antiguo caso inglés se admitió como donación válida la sustentada en una obligación moral [*Gilbert v. Ruddleard* (1608), examinado por HYLAND, *Gifts*, pp. 137-138 y 155-157, donde más extensamente analiza las dudas en el derecho comparado sobre la relación entre obligación moral y donación], con lo que se elimina cualquier duda sobre la eficacia de la donación.

⁴⁹ Recuérdese, en este sentido, que, de acuerdo con el art. 7 c de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por producto, las muestras gratuitas no excluyen la responsabilidad civil del productor por los daños que dichas muestras puedan causar. Los comentarios A al Art. IV. H - 1:201 y B al Art. IV. H - 1:203 (*Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, pp. 2816 y 2825) señalan expresamente que si ese propósito no encaja en el concepto de contraprestación, el acto sigue siendo gratuito.

siempre que se cumplan determinados requisitos que a continuación se detallan. Si bien el DCFR contiene una norma general sobre los contratos mixtos, el Art. II - 1:107, se considera que debe ser completada en el supuesto específico del *negotium mixtum*. La donación indirecta se basa en la existencia de contraprestación a favor del donante, siempre que sea inferior al valor de lo donado; téngase en cuenta que se ha subrayado que la donación diseñada en el DCFR no admite ninguna clase de contraprestación, con independencia de su valor. Con todo, al igual que sucede con el mismo ánimo de liberalidad, el enfoque que se le otorga es subjetivo. En efecto, la liberalidad depende meramente de la intención del donante⁵⁰, con lo que esa intención es la determinante de la existencia de una donación.

La aplicación de las normas sobre el contrato de donación sufre una modulación importante en el supuesto del *negotium mixtum cum donazione*, debido a la presencia tanto de gratuidad como de onerosidad.

Así, por lo que se refiere al cumplimiento de las respectivas obligaciones, si el negocio resulta nulo por causas específicas de la donación (por ejemplo, la ausencia de forma escrita), se dispone de manera expresa que se apliquen las normas sobre cambio de circunstancias del Art. III - 1:110 con la finalidad de restablecer el equilibrio entre las respectivas prestaciones. En segundo lugar, es importante destacar que en caso de conflicto entre normas de donación y normas de contratos onerosos, prevalecen aquéllas sobre éstas; el caso paradigmático sería la conformidad de los bienes, en que la norma aplicable sería el Art. IV. H - 3:102, que establece un régimen mucho más atenuado de responsabilidad para el donante. Igualmente, las limitaciones a la responsabilidad del donante contenidas en los Art. IV. H - 3:204 y 3:205 rigen para todo el negocio y no sólo para su parte gratuita. Cabría, además, plantear el recurso a las limitaciones al cumplimiento forzoso del Art. IV. H - 3:202⁵¹.

Las causas de revocación previstas en el Libro IV. H son aplicables al *negotium mixtum*. Sin embargo, se faculta al donatario para impedir la revocación ofreciendo una contraprestación razonable al donante⁵², criterio, éste

⁵⁰ SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers», p. 84: «The Working Team originally proposed to qualify the gratuitousness of the undertaking to transfer or the transfer by utilising a subjective test (“intention to benefit”). Some of our advisors would have preferred a more objective yardstick. (...) The crucial problem of any objective test is the necessary valuation of the asset to be transferred on the one hand, and of the relevant conduct of the donee on the other: there is no absolute or *iustum pretium* of an asset to be transferred to the donee». Y añade ya en relación con el *negotium mixtum*: «This line is fixed by reference to a subjective criterion, namely, that the values to be conferred by the performances are regarded by the parties as not substantially equivalent» (pp. 85-86). En el mismo sentido se expresa el comentario B al Art. IV. H - 1:203 en *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, p. 2820: «The decisive point is the view shared by both parties. As long as they see an element of gratuitousness as being part of the contract the law of donation applies».

⁵¹ Cf. SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers», pp. 85-86.

⁵² La posibilidad de complementar la contraprestación para evitar la revocación del *negotium mixtum* que se contiene en el Art. IV. H - 1:202, 3 no es completamente ajena al derecho catalán, pues puede invocarse, además del principio de subsistencia de los actos jurídicos válidos y de que en otros supuestos –la imposibilidad de restitución– la cosa donada se sustituye por su valor, que el art. 451-22, 4 proporciona un argumento analógico: el donatario –así como el legatario y el beneficiado con una atribución a título singular en pacto sucesorio– evita la reducción de la donación por inoficiosidad si paga el importe de la lesión legitimaria. Al respecto, VAQUER ALOY, art. 531-15, en Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, *Derechos Reales*, T. I, p. 324.

de la razonabilidad⁵³, de difícil concreción y que deberá fijarse atendiendo a todas las circunstancias concurrentes.

VII. LA PROMESA UNILATERAL DE DONAR

El Art. IV. H - 1:104 contempla dos supuestos distintos a los que cabe aplicar, con las adaptaciones necesarias, la normativa prevista para el contrato de donación: las promesas unilaterales de donar y las donaciones manuales. Hay que notar que literalmente sólo parece contemplarse la donación cuyo objeto es el derecho de propiedad, pero por lo menos en cuanto a la promesa unilateral de donar cabe que su objeto sea tan amplio como la propia donación.

Configurada la donación como un contrato en el DCFR, pero admitida, también, la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones sin que se requiera aceptación alguna por parte de quien conoce esa voluntad unilateral⁵⁴, se plantea el problema de si cabe una promesa unilateral de donación que genere vinculación en el promitente-donante. La cuestión la resuelve afirmativamente la *black letter rule* disponiendo la aplicación analógica de la regulación del contrato de donación a la promesa unilateral de donación. Quien se obliga unilateralmente a donar debe igualmente cumplir los requisitos de forma que exige el Art. IV. H - 2:101⁵⁵ y realizar luego un acto traditorio idóneo conforme a lo previsto en el Libro VIII del DCFR⁵⁶.

⁵³ S. TROIANO, «Das Konzept der “Reasonableness” als Mittel zur Harmonisierung des Europäischen Vertragsrechts: Probleme und Perspektiven aus der Sicht des italienischen Rechtssystems», en R. SCHULZE (ed.), *New Features in European Contract Law*, München, 2007, pp. 375 ss, y «To What Extent Can the Notion of “Reasonableness” Help to Harmonize European Contract Law? Problems and Prospects from a Civil Law Perspective», *European Review of Private Law*, 2009, pp. 749 ss.

⁵⁴ Véase A. VAQUER ALOY, M. RIVERA SALAZAR, «La promesa unilateral y la sentencia Engler. Algunas consideraciones en vistas al Marco Común de Referencia (sentencia TJCE de 20 de enero de 2005 asunto C-27/02)», *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, 2006, pp. 455 ss.

⁵⁵ Así lo recuerda expresamente el comentario A al Art. IV. H - 1:104, en *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, p. 2812. Por ello, si se rechaza la obligación unilateral asumida por el donante, la donación se entiende que no ha existido jamás. El requisito formal que exige el DCFR (Art. IV. H - 2:101) es la escritura, sin que se precise escritura pública (hay que recordar, además, que la donación del DCFR es la de bienes muebles). Ello se justifica porque el notariado latino no tiene equivalente en todos los sistemas jurídicos europeos, por lo que pareció más adecuado flexibilizar los requisitos formales, reducidos a la escritura; además, se ha optado por establecer imperativamente el requisito de la forma escrita, de manera que para los redactores del DCFR no cabe que los Estados miembros exijan requisitos formales más estrictos (la escritura pública, paradigmáticamente). Con todo, hay que notar que la forma escrita no se requiere para todo el contrato de donación, sino únicamente para la obligación de transmitir que asume el donante, de modo que otros elementos de la donación, como por ejemplo la aceptación del donatario, no es menester que consten por escrito. A la forma escrita se asimila la «forma textual en un soporte duradero».

⁵⁶ Hay que recordar que la doctrina española ha discutido acerca de la admisibilidad de las promesas unilaterales de donación. Para M. ALBALADEJO, S. DÍAZ ALABART, *La donación*, Madrid, 2006, pp. 59 ss, de manera coherente con su defensa de la donación obligacional, la promesa de donación, en cualquiera de las formas que cabe concebirla, incluido el precontrato de donación, es válida; pero otros autores (L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 2008⁶, p. 173; M. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, «La promesa de donación en el Código civil y en la jurisprudencia», *RGLJ*, 1985, pp. 703 ss; DE LOS MOZOS, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, pp. 48-52) niegan la posibilidad de la promesa unilateral de donación con efectos vinculan-

VIII. CONCLUSIONES

Los redactores del DCFR han optado por configurar la donación con naturaleza contractual, pero en su afán contractualista han llegado incluso a establecer obligaciones tanto para donante como para donatario y a conferirles –por lo menos en la sistemática teórica del Libro IV. H– remedios sinalagmáticos en caso de incumplimiento. Si la necesidad de regular la donación en un instrumento contractual europeo era de por sí dudosa, en atención a la diversidad legislativa en los ordenamientos nacionales europeos, la configuración tejida en el DCFR es difícil que pueda constituir la base común de un futuro derecho privado europeo.

tes, en atención a la naturaleza dispositiva de la donación y a las formalidades que debe revestir. En esta línea se orienta la jurisprudencia (véase J. L. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *¿Donación aceptada o promesa unilateral vinculante?*, Madrid, 1997); en particular, cabe citar la STS 24.1.2008 (RJ 218; comentada por I. VIVAS TESÓN, «La invalidez de la promesa de donación», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2009, 22, pp. 141 ss), que resume y reitera su línea doctrinal contraria a la eficacia de la promesa de donación. En derecho catalán, paradigma de la concepción dispositiva de la donación, se contempla, sin embargo, una donación meramente obligacional, aquella que se realiza con motivo de captaciones públicas o benéficas (art. 531-8.2, 531-12.2 CCCat), en que la donación deviene irrevocable «a partir del momento en que [los donantes] manifiestan públicamente la voluntad de donar», lo que bien mirado no deja de ser una promesa de donar.

Rapports nacionales de Derecho Privado Europeo, Comparado y Comunitario

ALEMANIA

Bibliografía (2009-2010)

MARTIN EBERS*

I. PRINCIPIOS EUROPEOS Y MARCO COMÚN DE REFERENCIA

V. BAR, Christian – Clive, ERIC (eds.): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full 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.

COMMON CORE EVALUATING GROUP – ANTONIOLLI, Luisa – FIORENTINI, Francesca (eds.): *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Sellier European Law Publishers, München 2010.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (ed.): *Unjustified Enrichment, Principles of European Law*, prepared by Stephen Swann and Christian von Bar, Sellier European Law Publishers, München 2010.

II. DERECHO PRIVADO EUROPEO – CUESTIONES GENERALES

ALPA, Guido – ANDENAS, Mads: *Grundlagen des Europäischen Privatrechts, deutsche Ausgabe von Maren Heidemann unter Mitarbeit von Martin Ochs*, Springer, Berlin/Heidelberg 2010.

BASEDOW, Jürgen – HOPT, Klaus J. – ZIMMERMANN, Reinhard (eds.): *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2 Bände*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.

BISCHOFF, Jan A.: *Die Europäische Gemeinschaft und die Konventionen des einheitlichen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.

GÄNSWEIN, Olivier: *Der Grundsatz unionsrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts: Erscheinungsformen und dogmatische Grundlage eines Rechtsprinzips des Unionsrechts*, Lang, Frankfurt am Main 2009.

IPSEN, Nils Christian: *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?*, Duncker & Humblot, Berlin 2009.

KASTELIK-SMAZA, Agnieszka: *Das Vorabentscheidungsverfahren aus der Sicht des individuellen Rechtsschutzes*, Nomos, Baden-Baden 2010.

LÖWISCH, Stephan: *Die horizontale Direktwirkung der Europäischen Grundfreiheiten: zur Frage der unmittelbaren Verpflichtung Privater durch die Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, Nomos, Baden-Baden 2009.

THOMY, Patricia: *Individualrechtsschutz durch das Vorabentscheidungsverfahren*, Nomos, Baden-Baden 2009.

* Doctor en Derecho, Humboldt Universität zu Berlin.

III. DERECHO DE CONSUMO

- BOXBERGER, Carolina: *Wirksamkeit der Musterwiderrufsbelehrung gemäß Anlage 2 zu § 14 Absatz I und III BGB-InfoV. Herstellung von Rechtssicherheit durch gesetzliche Normierung?* Peter Lang, Frankfurt am Main 2010.
- GSELL, Beate – HERRESTHAL, Carsten (eds.): *Vollharmonisierung im Privatrecht: die Konzeption der Richtlinie am Scheideweg?*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.
- GRÜBLER, Ulrike: *Digitale Güter und Verbraucherschutz. Eine Untersuchung am Beispiel des Online-Erwerbs von Musikdownloads*, Nomos, Baden-Baden 2010.
- KESSLER, Jürgen – MICKLITZ, Hans W. – REICH, Norbert – CALDERAI, Valentina – PURNHAGEN, Kai P. – VERBRUGGEN, PAUL (eds.): *Institutionelle Finanzmarktaufsicht und Verbraucherschutz. Eine vergleichende Untersuchung der Regelungssysteme in Deutschland, Italien, Schweden, dem Vereinigten Königreich und der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos, Baden-Baden 2010.
- KOBELT, Robert: *Verbrauchervertragsrecht und Stellvertretung. Zur Integration des Verbrauchervertragsrechts in das BGB*, Kovač, Hamburg 2010.
- KUNZ, Daniel: *Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union. Status quo und Weiterentwicklung*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2010.
- REYMANN, Christoph: *Das Sonderprivatrecht der Handels- und Verbraucherverträge. Einheit, Freiheit und Gleichheit im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.
- WAGNER, Sandra Vivian: *Verbraucherschutz bei Vertragsschluss im Internet. Ein Vergleich zwischen englischem und deutschem Recht*, de Gruyter, Köln 2010.

IV. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO – CUESTIONES GENERALES

- BECHTOLD, Stefan: *Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts. Ein rechtsökonomischer Beitrag zu einer Rechtsetzungslehre des Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- BRIESKORN, Konstanze: *Vertragshaftung und responsabilité contractuelle. Ein Vergleich zwischen deutschem und französischem Recht mit Blick auf das Vertragsrecht in Europa*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- CZIUPKA, Johannes: *Dispositives Vertragsrecht. Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- HÄHNCHEN, Susanne: *Obliegenheiten und Nebenpflichten. Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- HATTENHAUER, Christian: *Einseitige private Rechtsgestaltung. Geschichte und Dogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- KLEIN, Jean-Philippe: *Die Unwirksamkeit von Verträgen nach französischem Recht. Eine konzeptionelle Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsgeschichte*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.

V. CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

- HELLWEGE, Phillip: *Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeäftslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- MIETHANER, Tobias: *AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung. Zweck und Grenzen der Inhaltskontrolle vorformulierter Klauseln*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- SPRUS, Christian: *Die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts und des UN-Kaufrechts*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2010.
- UFFMANN, Katharina: *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.

VI. COMPRAVENTA

- GIESEN, Philipp: *Falschlieferung und Mengenfehler nach neuem Schuldrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des § 434 Abs. 3 BGB auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht und das Handelsrecht*, Kovač, Hamburg 2009.
- KRÜGER, Thomas: *Umsetzungsdefizite der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Deutschland*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2010.
- SCHREWE, Holger: *Der Abhilfeanspruch des Käufers. Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus Perspektive des europäischen Rechts unter Berücksichtigung der Rechtsordnungen Deutschlands, Englands, Frankreichs und des UN-Kaufrechts*, Kovač, Hamburg 2010.
- ZWARG, Christian: *Der Nacherfüllungsanspruch im BGB aus der Sicht eines verständigen Käufers. Zugleich ein Rechtsvergleich zum CISG*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2010.

VII. DERECHO DE DAÑOS – RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

- ALEXANDER, Christian: *Schadenersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht. Privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- DEYLEN, Catherine von: *Die deliktische Haftung juristischer Personen nach deutschem, französischem und englischem Recht. Eine rechtsvergleichende Analyse*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2010.
- MÖSCHEL, Wernhard – BIEN, Florian: *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen?*, Nomos, Baden-Baden 2010.
- OERTEL, Christoph: *Objektive Haftung in Europa. Rechtsvergleichende Untersuchung zur Weiterentwicklung der verschuldensunabhängigen Haftung im europäischen Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.

VIII. SERVICIOS FINANCIEROS – GARANTÍAS CREDITICIAS

- BASEDOW, Jürgen – REMIEN, Oliver – WENCKSTERN, Manfred: *Europäisches Kreditsicherungsrecht. Symposium im Max-Planck-Institut für ausländis-*

- ches und internationales Privatrecht zu Ehren von Ulrich Drobnig am 12. Dezember 2008*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- CHAMOS, Ilias: *Die Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie 87/102/EWG in Deutschland und Griechenland. Unter besonderer Berücksichtigung personaler und dinglicher Kreditsicherheiten*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2010.
- FÖRSTER, Christian: *Die Fusion von Bürgschaft und Garantie. Eine Neusystematisierung aus rechtsvergleichender Perspektive*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- FREITAG, Robert: *Der Darlehensvertrag im System des Schuldrechts. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Dauerschuldverhältnissen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- MAURER, Tobias: *Schuldübernahme. Französisches, englisches und deutsches Recht in europäischer Perspektive*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- VEIL, Rüdiger – WUNDENBERG, Malte: *Englisches Kapitalmarktrecht: eine rechtsvergleichende Studie aus der Perspektive des europäischen Kapitalmarktrechts*, Heymanns, Köln 2010.

IX. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES

- BURGHHAUS, Julia: *Die Vereinheitlichung des Internationalen Ehegüterrechts in Europa*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2010.
- GLOMBIK, Viola: *Perspektiven einer Europäisierung des Eherechts*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2010.
- PERKAMS, Guido: *Die Auslegung von Testamenten im deutschen und spanischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin 2010.
- TÖDTER, Christiane: *Europäisches Kindschaftsrecht: nach der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2010.

X. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

- ELLRICH, Robert: *Die subjektive Reichweite der Rechtskraft bei nicht-akzesorischen Sicherungsrechten: zugleich eine rechtsvergleichende Studie zum englischen Recht mit Bezug zum internationalen Zivilprozessrecht*, Kovač, Hamburg 2009.
- FIEDLER, Lilly: *Class Action zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts. Nutzen und mögliche prozessuale Ausgestaltung von kollektiven Rechtsschutzverfahren im deutschen Recht zur privaten Durchsetzung des europäischen Kartellrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- MAGNUS, Robert: *Das Anwaltsprivileg und sein zivilprozessualer Schutz. Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, französischen und englischen Rechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- STRUC, Tatjana: *Die in den Zivilprozess integrierte Mediation im französischen Recht. Ein Vorbild für die gerichtsnahen Mediation in Deutschland?*, Duncker & Humblot, Berlin 2009.
- WIED, Daniel: *Zivilprozessuale Qualifikationsprobleme im Spannungsfeld von Vertrag und Delikt. Ein Beitrag zur Auslegung nationalen Zivilprozessrechts in europäischer Perspektive*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2010.

XI. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

KURT, Marcus: *Culpa in contrahendo im europäischen Kollisionsrecht der vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnisse. Eine Untersuchung zu Anwendungsbereich und Auslegung von Art. 12 Rom II-Verordnung*, Nomos, Baden-Baden 2009.

LÜTTRINGHAUS, Jan D.: *Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz – Das internationale Privatrecht der Antidiskriminierung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.

REIHER, Hannes: *Der Vertragsbegriff im europäischen Internationalen Privatrecht. Ein Beitrag zur Abgrenzung der Verordnungen Rom I und Rom II*, Nomos, Baden-Baden 2010.

Legislación

Ley de transposición de la Directiva sobre crédito al consumo, de los aspectos civiles de la Directiva sobre servicios de pago, así como de la nueva ordenación de los preceptos sobre el derecho de desistimiento y a la devolución (*Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht*, BGBl. 2009 I, 2355).

1. La Ley transpone en el Derecho alemán la nueva Directiva 2008/48, sobre crédito al consumo (§§ 491-512 BGB), así como los aspectos civiles de la Directiva 2007/64, sobre servicios de pago (§§ 675c-676c BGB). La norma entra en vigor el 11 de junio de 2010.

2. Además, la ley establece una nueva regulación del derecho de desistimiento y devolución en los contratos con consumidores. Los cambios afectan, sobre todo, a la información que debe contener el formulario de desistimiento –hasta la fecha regulado en virtud de un Reglamento aprobado por Decreto del Gobierno (Anexos 2 y 3 del *Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht*, BGB-InfoV). Según la citada disposición, la simple utilización del formulario permitía entender que el empresario ya cumplía con su deber de informar sobre el derecho de desistimiento del consumidor. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que la medida era insuficiente para asegurar la seguridad jurídica exigible en el círculo económico de afectados (véase BT-Drucks. 16/11643, p. 66). Por tratarse de un reglamento, los tribunales podían declararlo contrario a las disposiciones contenidas en el BGB. Por eso el legislador ha trasladado buena parte de su contenido a la Ley de Introducción del BGB (EGBGB) y, de esta manera, le ha conferido el rango de ley. Eso evita que, en el futuro, los tribunales puedan declarar su nulidad (BT-Drucks. 16/11643, p. 74).

Nuevo Derecho de Sucesiones, desde el 1 de enero de 2010: Ley de modificación del Derecho de Sucesiones y de la Prescripción (*Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*, BGBl. I 2009, 3142).

El Derecho de sucesiones conserva en Alemania el planteamiento original desde hace más de 100 años. La Ley introduce cambios acordes con la sociedad y los valores actuales y, sobre todo, moderniza la regulación de la legítima, esto es, la cuantía mínima que la ley reserva a determinados parientes (1). Además, la reforma afecta a la prescripción de las pretensiones fami-

liares y sucesorias (2). Sobre el particular, *vid.*, recientemente, ARROYO AMAYUELAS, E., *Indret*, 2009, 1 (www.indret.com).

1. Modernización de la legítima

a) Son legitimarios tanto los descendientes o ascendientes, como el cónyuge o conviviente, siempre que el causante los excluya, vía testamento o contrato sucesorio, de la sucesión legal. La legítima es expresión de la solidaridad familiar. Consiste en un derecho de crédito a la mitad de la cuota hereditaria legal, que la ley no modifica.

La reforma amplía la libertad de testar, esto es, su derecho a destinar libremente sus bienes para después de su muerte. En consecuencia, se modifican las causas de privación de la legítima.

b) También se modifica el sistema de cómputo de las donaciones a efectos de cálculo de la legítima. La reforma permite computar las donaciones realizadas durante los diez años anteriores a la muerte del causante. Sólo se tiene en cuenta el valor total de la donación si ésta se ha otorgado el año anterior a la muerte; el valor se reduce, sin embargo, un 10% por cada año transcurrido desde su otorgamiento. Ello proporciona mayor protección tanto a los herederos como a los donatarios.

2. Reducción de las pretensiones familiares y sucesorias

La reforma se adapta a la normas sobre prescripción introducidas por la Ley de modernización del Derecho de obligaciones en el año 2001. Ésta estableció un plazo general de prescripción de 3 años pero, por el contrario, las pretensiones familiares y sucesorias todavía establecían un plazo general de 30 años, respecto del cual la ley preveía numerosas excepciones. Ello suponía una contradicción en los valores de política jurídica subyacentes en la regulación de la prescripción y en la práctica comportaba problemas. Por eso la reforma establece un plazo general de 3 años para las pretensiones familiares y sucesorias que, con todo, no se aplica siempre ni en todos los casos.

ESPAÑA

ESTHER ARROYO AMAYUELAS Y CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE

Bibliografía

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

I. CODIFICACIÓN Y GLOBALIZACIÓN

GROSSI, Paolo: *De la codificación a la globalización del Derecho*, Pamplona, Aranzadi, 2010. ISBN 9788499034928.

II. DERECHO COMPARADO

ARAGONESES, Alfons: *Un jurista del modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del Derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2010. ISBN(13): 9788498497861.

* Profesora Titular de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona.

III. DERECHOS REALES E INMOBILIARIO

BADOSA COLL, Ferran - GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a Carmen (dirs.): *La adquisición y la transmisión de Derechos reales. Estudio del Derecho civil catalán y otros sistemas jurídicos*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2010. ISBN 9788497686914.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier - DE LA PUENTE ALFARO, Fernando: *Los sistemas de Transmisión de la Propiedad Inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Aranzadi, Cizu Menor, 2009. ISBN 9788447033041.

IV. DERECHO DE CONTRATOS

MARTÍN ARESTI, Pilar: *Las garantías de los productos de consumo*, Pamplona, Aranzadi, 2010. ISBN (13): 9788499035024.

MAZA GAZMURI, Iñigo de la: *Los límites del deber precontractual de información*, Madrid, Civitas, 2010. ISBN(13): 9788447030835.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto (dir.): *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Madrid, Civitas, 2009. ISBN 9788447032686.

V. DERECHOS HUMANOS

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir.): *Convenio europeo de Derechos humanos. Comentario sistemático*, Madrid, Civitas, 2009². ISBN 9788447032174.

VI. DERECHO DE SUCESIONES

FONTANELLAS MORELL, Josep Maria: *La professio iuris sucesoria*; Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2010, ISBN 9788497687102.

VIÑAS, Ramón – GARRIGA, Georgina: *Perspectivas del Derecho sucesorio*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2009. ISBN 978-84-9768-676-1.

Legislación

CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE*

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE 24 de noviembre de 2009).

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, *sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, ha adaptado nuestro ordenamiento jurídico a las previsiones de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, cuyo plazo de transposición a los respectivos ordenamientos nacionales fina-

* Profesor Titular de Derecho Civil de la Universitat Pompeu Fabra.

lizaba el 28 de diciembre de 2009. El legislador español ha incorporado –y lo ha hecho a tiempo– una de las normas comunitarias que un mayor y más profundo debate han suscitado en los últimos años.

Desde el punto de vista económico, la Unión Europea se propone promover el progreso económico y social, un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible entre sus miembros mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores [véase un esquema de las implicaciones institucionales de tal objetivo en Victoria ABELLÁN HONRUBIA, Blanca VILÀ COSTA (dir.), *Lecciones de derecho comunitario*, 2005⁴, 30 ss.] Tal objetivo fue confirmado en la denominada «Estrategia de Lisboa» en la que los Estados miembro se comprometieron a adoptar las medidas oportunas para promover la conversión de la economía europea en una economía altamente competitiva. Todo ello pasa, sin duda, por dotar de eficacia real a las libertades contenidas en los tratados constitutivos de la Unión: la libre circulación de mercancías y de capitales y la libre circulación de personas y servicios. La Directiva 2006/123/CE, conocida como «Directiva Bolkestein» por el nombre del comisario que la promovió, es una norma ambiciosa que promueve la última –y acaso la más compleja– de las libertades señaladas: la libre circulación de servicios.

El objetivo hecho propio por los promotores de la Unión fue el de facilitar la libre prestación de servicios en el territorio de la Unión Europea: introducir en los ordenamientos comunitarios las condiciones legales y administrativas que permitieran al prestador de servicios de un país comunitario ofrecer sus servicios a consumidores y destinatarios residentes en otro país. Se trata de respetar la distinción de origen entre el prestador y el destinatario sin que ello impida al primero ofrecer sus servicios ni prive al segundo de la protección que le dispensa su propio ordenamiento.

El problema es diferente al que plantea desde el punto de vista económico la libre circulación de personas, que protege a quienes se desplazan a otro Estado miembro para desarrollar allí su actividad económica, como trabajadores en organizaciones sometidas al derecho del país de acogida o para establecerse allí de forma estable en las mismas condiciones que se exigen a los nacionales.

La libre prestación de servicios, regulada finalmente por la Directiva 2006/123/CE e incorporada ahora al ordenamiento jurídico español mediante la L. 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios, se refiere a la prestación de un servicio en un Estado de la Unión diferente al de origen del prestador. Son diferentes, así, el ordenamiento que regula la actividad del prestador y ordenamiento al que se somete la prestación y que, de forma señalada en el caso de consumidores, protege al destinatario del servicio. De ahí que el interés de la Directiva se centrara en imponer medidas que simplificasen los procedimientos administrativos exigidos para la prestación, otorgaran validez en todos los Estados miembros a las autorizaciones de actividad concedidas por cualquiera de ellos y promoviese la cooperación administrativa que ha de asegurar la libre circulación de servicios. Todo ello de acuerdo con los principios de igualdad de trato y de equivalencia de condiciones exigidas a nacionales y a comunitarios que obligan a los Estados miembros.

A tales objetivos se dedica la L. 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que entró en vigor a los treinta días de su publicación, salvo las disposiciones referidas a la puesta en marcha de la denominada «ventanilla administrativa única», cuya vigen-

cia se retrasó hasta 24 de febrero de 2010. Desde su entrada en vigor, la norma ha provocado la reforma de normas organizativas de varias actividades económicas para adecuar las condiciones de su ejercicio a las nuevas previsiones comunitarias. Así, entre las más relevantes, destacan las modificaciones incorporadas al Reglamento de Escuelas Particulares de Conductores y a las actividades de reparación de vehículos por el RD. 369/2010, de 28 de marzo; los cambios en el proceso de obtención de la licencia para impartir enseñanzas de régimen general en centros privados, introducidos por el Real Decreto 131/2010, de 12 de febrero; y las modificaciones de varias normas relativas a la prestación de servicios sanitarios llevadas a cabo por el RD. 109/2010, de 5 de febrero. Un programa legislativo que habrá de extenderse a la regulación sectorial de todos los servicios, salvo a la de aquéllos excluidos por el artículo 2 de la L. 17/2009 del ámbito de aplicación de la norma.

La L. 17/2009 afecta sólo de forma indirecta al derecho privado, aunque éste no puede prescindir del nuevo marco regulatorio. En primer lugar, porque la nueva Ley regula un sector que en el año 2009 representó el 66,7% del PIB español y ocupaba a un 66,2% de la población activa (véanse las interesantes consideraciones sobre el efecto macroeconómico del sector servicios en Esther GORDO, JAVIER JAREÑO y Alberto URTASUN, *Radiografía del sector servicios en España*, Banco de España, Documentos ocasionales núm. 06/07, 2006).

En segundo lugar, porque la limitación a las restricciones administrativas en materia de prestación de servicios han de promover en la economía española –de igual modo que en el resto economías comunitarias– una mayor competencia y el fin de prácticas regulatorias cuya finalidad última era la de limitar el acceso a nuestro mercado de operadores extranjeros (para comprender el calado de las modificaciones estructurales incorporadas por la nueva Ley, conviene consultar los informes que redactara el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia español, *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, 1993; y *La competencia en España: balance y nuevas propuestas*, 1995).

En tercer lugar, porque el Capítulo V de la Ley (artículos 20 a 26) incorpora, de acuerdo con los dictados de la Directiva, normas propias del derecho de los consumidores que, en nuestro ordenamiento, deberán coordinarse con la previsiones del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado por RD. Leg. 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, la nueva Ley prevé la imposición de un seguro obligatorio de responsabilidad profesional y determinadas obligaciones de información que se incorporan al contrato de prestación de servicios con independencia de la nacionalidad u origen del prestador. Previsiones que, sin embargo, coordinan en muy escasa medida los niveles de protección de los destinatarios de servicios en los Estados de la Unión.

La protección de los destinatarios de los servicios y la responsabilidad de sus prestadores ha sido, precisamente, la materia peor y más escasamente regulada por la Directiva 2006/123/CE. De allí la parca regulación al respecto de la Ley española, limitada, básicamente, a la promesa de un seguro obligatorio y a determinados aspectos formales.

El proceso de elaboración de la Directiva evidenció de nuevo las profundas diferencias entre los Estados miembros en materia de responsabilidad del prestador de servicios. Tales diferencias o, mejor dicho, la imposibilidad de superarlas, ya habían dado al traste hace años con la Propuesta de Directiva sobre Responsabilidad del Prestador de Servicios, de 9 de noviembre de

1990, COM (90) 482, (DOCE núm. C 12/8), que nunca consiguió salir de la agenda de la Comisión. La Propuesta respondía al interés de la Comisión Europea por reconocer a los consumidores europeos un marco mínimo de protección en materia de servicios equivalente al que la Directiva 85/374/CE, de 25 de julio, había impuesto en materia de daños causados por productos defectuosos.

La Comisión se propuso intentar de nuevo una unificación de la regulación de la responsabilidad del prestador de servicios en Europa, pero la elaboración de la Directiva 2006/123/CE, de la que trae su razón de ser la L. 17/2009, hubo de conformarse con las previsiones generales y formales que han pasado a la Ley española. De este modo, carecemos por el momento en Europa de un régimen de responsabilidad unificado de la responsabilidad del prestador de servicios equivalente al que existe para el productor de bienes defectuosos. Algo difícil de justificar en la práctica, en la que la mayoría de productos –también los defectuosos– llegan a su destinatario en el marco de la prestación de un servicio.

FRANCIA

Bibliografía (octubre 2009 – mayo 2010)

CÉDRIC MONTFORT*

I. MANUALES, GENERALIDADES

MASSON, Antoine: *Droit communautaire - Droit institutionnel et droit matériel*, Larcier, Paris, 2009, ISBN 978-2-8044-3574-5.

II. DERECHO CONTRACTUAL

BUSSEUIL, Guillaume: *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, Paris, LGDJ, 2010, ISBN 978-2-916606-26-2.

KADNER GRAZIANO, Thomas: *Le contrat en droit privé européen - Exercices de comparaison*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010², ISBN 978-3-7190-2793-3.

LE TOURNEAU, Philippe – ZOIA, Michel: *Les contrats de concession - Distribution sélective, concession exclusive, distribution automobile, droit interne et communautaire*, Paris, Litec, 2010², ISBN 978-2-7110-1237-4.

III. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

REVILLARD, Mariel: *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, Paris, Defrénois, 2010⁷, ISBN 978-2-85623-177-7.

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

IV. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – DERECHOS FUNDAMENTALES

GUILD, Elspeth: *Sécurité et droits de l'homme au niveau européen - La protection des droits des individus en période dite d'exception et d'action militaire*, Paris, L'Harmattan, 2009, ISBN 978-2-296-10708-3.

TINIERE, Romain – SUDRE, Frédéric: *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, ISBN 978-2-8027-2476-6IV.

V. DERECHO DE LA COMPETENCIA

ARCELIN, Linda: *Droit de la concurrence - Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaire*, Rennes, Presses Universitaires, 2009, ISBN 978-2-7535-0877-4.

SOFIANATOS, Gerasimos - LUCAS DE LEYSSAC, Claude: *Injonctions et engagements en droit de la concurrence - Etude de droit communautaire français grec*, Paris, LGDJ, 2009, ISBN 978-2-275-03435-5.

VALLINDAS, Georges – BOURRINET, Jacques: *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, ISBN 978-2-8027-2872-4.

VOGEL, Louis: *Droit européen de la concurrence*, Paris, Lawlex, 2010, ISBN 978-2-915029-31-4.

VI. DERECHO DE SOCIEDADES – INSOLVENCIA

CLESSE, Charles-Eric – GILSON, Steve: *Actualités en droit social européen*, Paris, Larcier, ISBN 978-2-8044-3912-5.

CATHIARD, Catherine – LECOURT, Arnaud: *La pratique du droit européen des sociétés - Analyse comparative des structures et des fusions transfrontalières*, Paris, Joly, 2010, ISBN 978-2-306-00000-7.

MUSTAKI, Guy: *Droit européen des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2010, ISBN 978-2-8027-2700-2.

NABET, Paola : *La Coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale et communautaire*, Paris, Litec, 2010, ISBN 978-2-7110-1413-2.

VII. DIVERSOS

BAILLEUX, Antoine: *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire - Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, FU Saint-Louis, 2009, ISBN 978-2-8028-0186-3.

DE BEAUFORT, Viviane (dir.): *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé - Actes du colloque du Centre Européen de Droit et d'économie*, Paris, Vuibert, 2009, ISBN 978-2-7117-6870-7.

BROSSET, Estelle (dir.): *Le droit international européen du vivant - Quel rôle pour les acteurs privés?*, Paris, La documentation française, 2009, ISBN 978-2-11-007896-4.

- COHEN, Denis: *Le droit des dessins et modèles - Droit français, droit communautaire et droit international*, Paris, Economica, 2009³, ISBN: 978-2-7178-5658-3.
- GUINCHARD, Serge (dir.): *Droit et pratique de la procédure civile - Droit interne, droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2009⁶, ISBN 978-2-247-07968-1.
- KADDOUS, Christine – DONV, Marianne: *D'Amsterdam à Lisbonne - Dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, ISBN 978-3-7190-2831-2.
- MARGUENAUD, Jean-Pierre: *Animaux et droits européens au-delà de la distinction entre les hommes et les choses*, Paris, Pédone, 2009, ISBN 978-2-233-00570-0.
- MOLINIER, Joël – LOTARSKI, Jaroslaw: *Droit du contentieux européen*, Paris, LGDJ, 2009², ISBN 978-2-275-03263-4.
- PARTSCH, Philippe-Emmanuel: *Droit bancaire et financier européen*, Paris, Larcier, 2009, ISBN 978-2-8044-2474-9.
- 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*, Bruxelles, Bruylant, 2009, ISBN 978-2-8027-2541-1.

Jurisprudencia

Cuestión prejudicial elevada al TJCE por la *Cour de cassation*, el 16 de abril de 2010 (n.º 10-40.002), sobre el extranjero en situación irregular.

La Ley orgánica de 10 de diciembre de 2009 permite a los justiciables formular una cuestión de constitucionalidad, que debe pasar por el filtro de la *Cour de cassation* o del *Conseil d'Etat* (según el tipo de litigio) antes de poder ser sometida al *Conseil Constitutionnel* que, en fin, podrá derogar la disposición que estime inconstitucional. El legislador francés ha insistido en el carácter prioritario de la cuestión de constitucionalidad, por lo que, tratándose de la norma suprema (que define, ella misma, el valor del resto de normas: convenios internacionales, leyes y reglamentos), parece que se invita a los jueces a relegar a un segundo plano el control sobre la adecuación de las normas francesas al Tratado de la Unión.

Sin embargo, no ha sido este el proceder de la *Cour de cassation*, el pasado 16 de abril de 2010. Ante el juez encargado de decidir sobre el mantenimiento de la detención de una persona de nacionalidad algeriana, en situación irregular en Francia, que había sido detenida legalmente en un control de policía realizado en zona fronteriza franco-belga, se planteó una cuestión prioritaria de constitucionalidad, en la que se denunciaba que el art. 78-2,4 del Código de procedimiento criminal era contrario a los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. En consecuencia, el juez trasladó la siguiente cuestión ante la *Cour de Cassation*: «los controles en la frontera ¿son contrarios al art. 81.1 de la Constitución?». Según el precepto: «*la République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union*

européenne». En realidad, se estaba cuestionando el art. 67 TFUE, en virtud del cual el derecho de la Unión europea asegura la ausencia de control de las personas en las fronteras interiores.

En lugar de pasar la cuestión al *Conseil constitutionnel*, la *Cour de cassation* ha preferido elevar dos cuestiones prejudiciales al TJCE:

– ¿Se opone el art. 267 TFUE a la legislación francesa que impone a los jueces elevar con carácter prioritario una cuestión de constitucionalidad, en la medida en que la eventual inconstitucionalidad de las normas internas sea consecuencia de una falta de conformidad con el derecho de la Unión europea?

– ¿Es el derecho francés (art. 78-2, 4 del Código de procedimiento criminal, que permite los controles de identidad) contrario al Derecho de la Unión europea (art. 67 TFUE)?

Tal decisión pone de manifiesto el respeto de la *Cour de cassation* por el Derecho de la Unión europea y recuerda su necesaria independencia. Se espera con impaciencia la decisión del TJCE, aunque, sin duda, la respuesta ya está implícita en la propia cuestión planteada.

GRAN BRETAÑA

Bibliografía (2009-2010)

ALEXANDRA BRAUN*

I. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

ALTE, Karen: *The European Court's Political Power. Selected Essays*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

BRÜGGEMEIER, Gert – COLOMBI CIACCHI, Aurelia - COMANDÉ Giovanni (eds.): *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, 2 Volume Set, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

LAZOWSKI, Adam (ed.): *The Application of EU Law in the New Member States. Brave New World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

MICKLITZ, Hans W. – STUYCK, Jules - TERRY, Evelyne (eds.): *Consumer Law. Ius Commune Casebooks for a Common Law of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2010.

PIANA, Daniela: *Judicial Accountabilities in New Europe. From Rule of Law to Quality of Justice*, Ashgate, 2010.

PIETERS, Karolien: *The Mediterranean Neighbours and the EU Internal Market. A Legal Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

PIRIS, Jean-Claude: *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

ROSS, Malcolm - BORGMANN-PREBIL, Yuri (eds.): *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

TWIGG-FLESNER, Christian (ed.): *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

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

II. DERECHO COMPARADO

- BELL, John - IBBETSON, David (ed.): *Comparative Studies in the Development of the Law of Torts in Europe*, 6 vol., Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- DE SOLE LASSER, Mitchel: *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- DESCHEEMAEKER, Eric: *The Division of Wrongs. A Historical Comparative Study*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- FAURE, Michael - VAN DER WALT, André: *Globalization and Private Law. The Way Forward*, Elgar, 2010.
- GHIDINI, Gustavo: *Innovation, Competition and Consumer Welfare In Intellectual Property Law*, Elgar, 2010.
- HEPPLE, Bob (ed.): *The Making of Labour Law in Europe. A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, Hart Publishing, Hart, 2010.
- JANSEN, Nils: *The Making of Legal Authority. Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- KAYAOĞLU, Turan: *Legal Imperialism. Sovereignty and Extraterritoriality in Japan, the Ottoman Empire, and China*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- MARCO COLINO, Sandra: *Vertical Agreements and Competition Law. A Comparative Study of the EU and US Regimes*, Hart Publishing, Oxford, 2010.
- ODAGIRI, Hiroyuki – GOTO, Akira - SUNAMI, Atsushi - NELSON, Richard R. (eds.): *Intellectual Property Rights, Development, and Catch Up. An International Comparative Study*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- PEERENBOOM, Randall (ed.): *Judicial Independence in China. Lessons for Global Rule of Law Promotion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- STEINER, Eva: *French Law. A Comparative Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Legislación (2009)

El *Payment Services Regulations* 2009 (S.I. 2009/209) transpone en el Reino Unido la Directiva 2007/64/EC, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre servicios de pago en el mercado interior (DO L 319, 5.12.2007, 1). La finalidad de la Directiva es crear un mercado único en el ámbito de los servicios de pago en el Espacio económico europeo. Se trata de eliminar obstáculos para asegurar la libre competencia en este ámbito y de establecer normas uniformes, en cuanto a requisitos de información y otros derechos y obligaciones de los usuarios y los prestadores de servicios de pago.

La *Financial Services Authority* (FSA) es la autoridad que controlará el cumplimiento de este régimen. Junto a ella, la *Office of Fair Trading* (OFT) se ocupará de los temas de competencia en el acceso de sistemas de pago y el *Financial Ombudsman Service* (FOS) de la resolución de los conflictos.

La *Regulations* entró en vigor el 1 de noviembre de 2009. La norma exige que todas las empresas que prestan servicios de pago a título profesional sean autorizadas o queden registradas en la *Financial Services Authority*, salvo que

estén exentas o queden cubiertas por normas de derecho transitorio, y siempre que cumplan las condiciones requeridas por el Derecho mercantil. Además:

- Establece un régimen de autorización para los prestadores de servicios de pago que no sean bancos, empresas de construcción o emisores de moneda electrónica. Se trata de los institutos de pago autorizados (authorised PIs), que pueden establecerse y ofrecer sus servicios en otros Estados en el espacio económico europeo. La norma admite que los prestadores de servicios que tengan un movimiento de negocios mensual inferior a una determinada media puedan registrarse en lugar de solicitar la autorización.
- Determina la exención de ciertos prestadores de servicios de pago (*vgr.* bancos y emisores autorizados y pequeños emisores de moneda electrónica) del requisito de la autorización y registro.
- Fija las condiciones de actuación en el ámbito mercantil, a base de imponer ciertas obligaciones a los prestadores de servicios de pago (sea cual sea el tipo: bancos, emisores de moneda electrónica, etc.) en el suministro de información a los beneficiarios de los mismos; y también derechos y deberes específicos a unos y otros.
- Prohíbe que las normas reguladoras del acceso a los sistemas de pago sean discriminatorias (salvo ciertas excepciones), para permitir la competencia entre prestadores de servicios de pago.

ITALIA

Bibliografía

**MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO,
STEFANO TROIANO, BARBARA PASA**

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

AZZARRI, F.: «La conclusione dei contratti telematici nel diritto privato europeo», *I contratti*, 2001, 3, 301 ss.

BACCIARDI, E.: «Contratti telematici e diritto di recesso», *I contratti*, 2001, 4, 381 ss.

BRECCIA, U.: «Principles, Definitions e Model Rules nel “comune quadro di riferimento europeo” (Draft Common Frame of Reference)», *I Contratti*, 2010, 1, 95 ss.

CAMILLERI, E.: «Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell’European Tort Law», *Europa e diritto privato*, 2010, 1, 145 ss.

El autor se pregunta sobre la compatibilidad del sistema tradicional de responsabilidad civil con el derecho de familia. Tras el análisis comparativo entre los *Principles of European Tort Law* y los Principios de Responsabilidad extracontractual redactados por el *Study Group on a European Civil*

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

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

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

Code (actualmente contenidos en el DCFR), concluye que, en el futuro desarrollo del derecho europeo, será necesario tomar en consideración las principales experiencias jurídicas nacionales y valorar más sus raíces comunes.

DE CRISTOFARO, G. – ZACCARIA, A. (cur.): *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, Cedam, 2010.

Se trata de una novedad en el panorama doctrinal italiano porque no se limita a comentar analíticamente el *Codice del Consumo* sino que, como ya indica el título, su objeto se extiende a toda la materia que tiene que ver con los intereses de los consumidores y, por tanto, además del derecho civil, profundiza en el derecho internacional privado, en el ámbito de la publicidad comercial, las comunicaciones electrónicas, la intermediación financiera, etc. La obra ofrece una visión sistemática y unitaria de todo este complejo normativo.

DE CRISTOFARO, G. (cur.): *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, Torino, Giappichelli, 2009.

Se trata de una obra colectiva en la que participan F. Macario, G. Carriero, M. De Poli, S. Pagliantini, R. Calvo, G. De Cristofaro, R. Volante, A. Ciatti, P. Sirena y A. Simionato, y que tiene por objeto el análisis de la Dir. 2008/48/CE, y, especialmente (aunque no de forma exclusiva) su impacto en el Derecho italiano.

GALGANO, F.–MARRELLA, F. : *Diritto e prassi del commercio internazionale*, en: GALGANO, F. (dir.): *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, LIV, Padova, Cedam, 2010.

La obra ofrece una reconstrucción sistemática del Derecho del comercio internacional contemporáneo. A una introducción que ilustra el fenómeno de la globalización de la economía y la universalidad del derecho, sigue un análisis de las siguientes áreas temáticas: sujetos, fuentes (incluida la *lex mercatoria*) del derecho mercantil internacional; principales contratos del derecho mercantil internacional, la responsabilidad y otras fuentes de obligaciones; las inversiones; los derechos humanos; la resolución de controversias entre Estados.

GRAZIUSO, E.: *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, Giuffrè, 2010. La obra analiza la disciplina de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, según la regulación del derecho comunitario e interno e incorpora las últimas modificaciones introducidas en el Código de procedimiento italiano por la L. n. 69 del 2009.

JANSSEN, A.: «Europa e class action: “stato dell’arte” e delimitazioni di campo», *Contratti e impresa/Europa*, 2009, 2, 694 ss.

LIPARI, N.: «Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, 1, 1 ss.

El autor pone de manifiesto la tendencia de los juristas europeos a clasificar según métodos y categorías tradicionales los nuevos conceptos y categorías que proporciona el derecho comunitario y formula argumentos en pro de la inversión de tal tendencia, al amparo de la historicidad del derecho y de la exigencia de un mayor equilibrio entre derecho y justicia.

LOMBARDI, E. M. : *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Milano, Giuffrè, 2010.

LUMINOSO, A.: «Fonti comunitarie, fonti internazionali, fonti nazionali e regole di interpretazione», *Contratto e impresa/Europa*, 2009, 2, 659 ss.

Detallado análisis sobre la transformación de las reglas tradicionales de hermenéutica jurídica, en relación con la evolución actual del panorama europeo e internacional de las fuentes del derecho.

PAGLIANTINI, S.: *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, Edizioni ETS, 2009.

El libro analiza las nociones de forma y formalismo, parte de su valor histórico y describe la nueva concepción de tales categorías en el Derecho europeo de consumo.

PATTI, S.: «Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, 1, 21 ss. Se analizan los principales aspectos de la prescripción (fundamento, objeto, plazos, suspensión, interrupción, papel de la autonomía privada), con especial referencia a las propuestas contenidas en el DCFR y el derecho italiano, alemán (tras la reforma de 2002) y francés (según la reforma de 2008).

PERFETTI, U.: La giustizia contrattuale nel draft common frame of reference del diritto privato europeo, in *Rivista di diritto civile*, 2009, 6, 669 ss.

RICCIO, A.: «La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche», *Contratto e impresa*, 2010, 1, 8 ss.

SMORTO, G.: «L'uso giurisprudenziale della comparazione», *Europa e diritto privato*, 2010, 1, 223 ss.

El autor distingue tres diferentes utilizaciones jurisprudenciales de la comparación jurídica: a) la normativa (cuando la constatación pura y simple de la existencia de una solución jurídica extranjera es considerada razón en si misma suficiente para sostener un determinado resultado); b) la dialéctica o problemática (cuando el análisis de un ordenamiento extranjero proporciona argumentos que irían más allá de los que resultan de una lectura interna del problema); c) la superflua o redundante (cuando el recurso a experiencias extranjeras supone un mero enriquecimiento cultural, sin ninguna aportación en el caso concreto). El autor profundiza en los dos usos primeramente mencionados y auspicia un flujo más intenso de soluciones jurídicas, no sólo de las extranjeras en Italia, sino de las italianas en el extranjero.

TAVORMINA, V.: «La nuova class action: il coordinamento con la disciplina del codice di procedura civile», *Obbligazioni e Contratti*, 2010, 4, 246 ss.

TESCARO, M.: «La responsabilità dell'internet provider nel d.lg. n. 70/2003», *La responsabilità civile*, 2010, 3, 166 ss.

VETTORI, G.: «I principi comuni del diritto europeo dalla Cedu al Trattato di Lisbona», *Rivista di diritto civile*, 2010, 1, 115 ss.

Se trata de una reflexión de carácter general sobre la evolución del derecho privado europeo, que concluye con la necesidad de abandonar la lógica del conflicto entre mercado y derecho, liberalismo y solidaridad, liberalismo y dirigismo, en beneficio de un análisis que tenga en cuenta la complejidad y que, de este modo, se supere la tradicional desconfianza en el uso de los principios y las cláusulas generales por parte de los jueces y la doctrina.

VIGORITI, V.: «Giustizia e futuro: conciliazione e class action», *Contratto e impresa*, 2010, 1, 1 ss.

– «L'azione risarcitoria di classe: sollecitazioni europee, resistenze italiane», *Contratti e impresa/Europa*, 2009, 2, 680 ss.

II. DERECHO COMPARADO

BARBARA PASA*

1. Derecho privado

- AAVV: *Due iceberg a confronto: le derive del common law e civil law*, Milano, Giuffrè, 2009, 158 pp., ISBN 881414575X.
- FERRERI, Silvia (a cura di): *Falsi amici e trappole linguistiche. Termini contrattuali anglofoni e difficoltà di traduzione*, Torino, Giappichelli, 2010, X-286 pp., ISBN - 9788834896259.
- GENTILE, Gianluca: *L'illecito colposo dell'ente collettivo. Riflessioni alla luce del Corporate Manslaughter*, Torino, Giappichelli, 2009, II-304 pp., ISBN - 9788834898413.
- GIORGIANI, Michaela: *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milano, Giuffrè, 2010, VIII-294 pp., ISBN 8814146616.
- IZZO, Umberto: *Alle origini del copyright e del diritto di autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, Carocci, 2010, 296 pp., ISBN - 9788843053148.
- LA CHINA, Sergio, ALOTAIBI, Mansour: *La legge sul processo civile dell'Arabia Saudita*, Milano, Giuffrè, 2010, IX-170 pp., ISBN 8814153159.
- MANCUSO, Salvatore: *Diritto commerciale africano*, Napoli, ESI, 2009, 536 pp., ISBN 9788849518566.
- MARKESINIS, Basil. S., FEDTKE, Jorg., : *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*, (título original: *Judicial recourse to foreign law*), traducción de Anna Taruffo, Bologna, Il Mulino, 2009, 489 pp., ISBN - 9788815128584.
- NEGRI, Alba: *Sistemi giuridici nel mondo*, con introduzione di Gabriele Crespi Reghizzi, Torino, Giappichelli, 2010, XVIII-318 pp., ISBN - 9788834898895.
- PETRELLI, Gaetano: *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, ESI, 2009, 464 pp., ISBN 9788849518818.
- RIOLFO, Gianluca: *Il sistema monistico nelle società di capitali e cooperative*, Padova, Cedam, 2010, VI-382 pp., ISBN - 9788813292706.
- RUSSO, Andrea: *Il fenomeno associativo nel diritto italiano e comparato*, Napoli, ESI, 2010, 240 pp., ISBN 9788849519914.
- SANDROCK, Otto: *Significato e metodo del diritto civile comparato*, Napoli, ESI, 2009, 132 pp., ISBN 9788849518559.
- SELLA, Mauro: *I danni non patrimoniali*, Milano, Giuffrè, 2010, XVI-882 pp., ISBN- 8814158630.

2. Derecho público

- BIAGI, Roberta: *La Costituzione francese tra continuità e innovazione*, Torino, Giappichelli, 2010, VIII-176 pp., ISBN - 9788834898987.
- CALAMO SPECCHIA, Marina (a cura di): *La Costituzione Francese/La Constitution française*.
- CARROZZA, Paolo, DI GIOVINE, Alfonso, FERRARI, Giuseppe F.: *Diritto costituzionale comparato*, Roma/Bari, GLF editori Laterza, 2009, 1091 pp., ISBN - 9788842078456

* *Ricercatrice di Diritto Privato Comparato* (Università di Torino).

- CELOTTO, Alfonso (a cura di): *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, con la colaboración de Edoardo Battisti, Paolo Massa, Chiara Meoli, Giovanni smura, Torino, Giappichelli, 2010, *E-book*, ISBN - 9788834809198.
- DELLA CANANEA, Giacinto: *Al di là dei confini statuali : principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, Il Mulino, 2009, 219 pp., ISBN - 9788815133199.
- DONATI, Alberto: *Rule of law - Common law - Lineamenti*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. VIII-130, ISBN 8814152853.
- FATTIBENE, Rosanna: *Il doppio grado di giudizio tra garanzia dei diritti e organizzazione giudiziaria. Profili di comparazione*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 292, ISBN - 9788834898994.
- LANCHESTER, Fulco: *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. VII-396, ISBN 8814146179.
- MAZZA, Mauro: *Decentramento e governo locale nella Repubblica Popolare Cinese*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. X-262, ISBN 8814144370.
- PEGORARO, Lucio (a cura di): *Glossario di diritto pubblico comparato*, Roma, Carocci, 2009, pp. 293, ISBN - 9788843050703.
- VALENTINI, Valentina: *Gli Stati Uniti e la Religione, Separatismo e libertà religiosa nella democrazia americana*, Padova, Cedam, 2010, pp. VIII-254, ISBN - 9788813299064.

Legislación

MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO, STEFANO TROIANO

Decreto legislativo de 4 de marzo de 2010, núm. 28, sobre mediación

Es el resultado de la transposición de la Dir. 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación. El decreto supone una completa y puntual recepción de la directiva, en materia de calidad (art. 4 Dir.) y de recurso a la mediación (art. 5 Dir.), ejecutividad de los acuerdos (art. 6 Dir.), reserva (art. 7 Dir.) e impacto de la mediación en los plazos de prescripción y caducidad (art. 8 Dir.). Debe señalarse además la heterogeneidad de materias elencadas en el art. 5 del decreto. Así: la comunidad, el arrendamiento, el comodato, los derechos reales, la sucesión hereditaria, la responsabilidad médica, etc. El recurso a la mediación será obligatorio cuando en la norma entre en vigor (un año, a partir del 21 de marzo de 2010) y deviene una condición previa a la presentación de una demanda judicial.

Decreto legislativo de 26 marzo 2010, núm. 59, sobre servicios

Transpone la Dir. 2006/123/CE, sobre los servicios en el mercado interior (Directiva Bolkestein). Introduce una disciplina amplia y detallada, aplicable a cualquier actividad económica empresarial o profesional independiente, sobre intercambio de bienes o el suministro de cualquier otra prestación, incluso de carácter intelectual (art. 1.1.º Decreto). Se trata de garantizar la libre competencia, en condiciones de igualdad, y correcto funcionamiento del mercado, así como asegurar al consumidor final un nivel mínimo y uniforme de acceso a los servicios en el territorio nacional (art. 1.2.º Decreto).

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*

Programa de Estocolmo - Una Europa abierta y segura que sirva y proteja la ciudadanía [DOCE C 115/1 de 4 de mayo de 2010].

El Consejo Europeo ha presentado el denominado Programa de Estocolmo destinado al desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE. El programa supone una continuación de los programas de Tampere y La Haya (ver esta misma crónica...) y permite vislumbrar el futuro próximo del espacio judicial europeo (2010-2014). Me propongo dar cuenta brevemente de los puntos clave señalados por el Consejo centrándome en los temas de cooperación judicial en materia civil.

Se considera que la prioridad para los próximos años será centrarse en los intereses y las necesidades de los ciudadanos. Toda acción futura deberá tener presente, entre otras, las siguientes políticas:

1. Fomento de la ciudadanía y los derechos fundamentales. La ciudadanía debe llegar a ser una realidad tangible. El espacio de libertad y justicia debe ser ante todo un espacio único de protección de los derechos y libertades fundamentales. El Consejo invita a la Comisión a que presente urgentemente una propuesta sobre la adhesión de la Unión al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Del mismo modo insta a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros a asegurarse de que las iniciativas legislativas sean compatibles con los derechos y libertades fundamentales, a aprovechar la pericia de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a proseguir los esfuerzos de la Unión Europea para conseguir la abolición de la pena de muerte, la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes así como seguir apoyando y promoviendo la actividades de la Unión Europea luchando contra los delitos de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. El derecho a libre circulación de los ciudadanos comunitarios y sus familiares es uno de los principios fundamentales en los que se basa la Unión Europea. La aplicación de la legislación comunitaria en esta materia es prioritaria.

2. Una Europa de la ley y la justicia. El Consejo Europeo celebrado en Tampere declaró que el principio de reconocimiento mutuo constituía la piedra angular de la cooperación en materia civil y penal. Este principio queda ahora inscrito en el Tratado. Para que este principio sea efectivo es necesario consolidar la confianza mutua desarrollando progresivamente una cultura

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de ESA-DE-Ramón Llull.

judicial europea basada en la diversidad de ordenamientos jurídicos y la unidad de la legislación europea. En materia civil, se considera que el proceso de la supresión del *exequátur* debe continuar durante el período cubierto por el programa. Además, deben tomarse medidas adicionales tanto de Derecho procesal como normas de conflicto de leyes (por ejemplo el derecho de audiencia, la notificación de documentos, un plazo suficiente para presentar dictámenes, etc.). El Consejo invita a la Comisión a presentar un informe sobre el funcionamiento del régimen actual de la Unión en materia de Derecho civil procesal a través de las fronteras y presentar una propuesta para mejorar la coherencia entre instrumentos comunitarios. Asimismo, la Comisión debería evaluar la necesidad de establecer normas mínimas comunes o normas estándar de procedimiento civil para la ejecución transfronteriza de sentencias y decisiones en asuntos como la notificación, la obtención de pruebas, los procedimientos de reconocimiento y ejecución, las normas mínimas relativas al reconocimiento en materia de responsabilidad parental y a presentar propuestas al respecto.

El reconocimiento mutuo debe ampliarse a la sucesión y los testamentos, los regímenes económicos matrimoniales y las consecuencias para la propiedad en los casos de separación. La unificación del derecho conflictual debe proseguir en ámbitos como la separación y el divorcio, sociedades, contratos de seguros y los intereses de valores negociables. Es del mismo modo importante, señala el Consejo, trabajar en la consolidación de los instrumentos adoptados hasta la fecha en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos civiles. Es fundamental en este punto mejorar la coherencia de la legislación comunitaria racionalizando los instrumentos existentes. El Consejo invita a la Comisión a que evalúe qué salvaguardias son necesarias para acompañar la supresión del *exequátur* y como podría racionalizarse; a que evalúe si hay motivos para la consolidación y simplificación a fin de dar mayor coherencia a la legislación comunitaria vigente y a que haga un seguimiento del reciente estudio sobre los posibles problemas surgidos con respecto a los certificados de estado civil y el acceso a los registros de dichos documentos. A corto plazo, podría preverse un sistema que permita a los ciudadanos obtener certificados de su estado civil de forma fácil. Y a largo, podría considerarse si es adecuado el reconocimiento mutuo de los efectos de los certificados de estado civil en determinados ámbitos. Al respecto, deberían tenerse en cuenta los trabajos realizados por la Comisión Internacional de Estado civil. El reconocimiento mutuo hace necesario reforzar el principio de confianza mutua. En ese sentido la Unión Europea debería apoyar los esfuerzos de los Estados miembros para mejorar la eficiencia de sus sistemas judiciales fomentando el intercambio de prácticas idóneas y el desarrollo de proyectos innovadores relativos a la modernización de la justicia. Entre las medidas destaca la importancia en la formación de magistrados, fiscales y demás personal judicial.

Debe facilitarse el acceso a la justicia en particular en los procedimientos transfronterizos. Asimismo, deben seguir mejorándose los procedimientos alternativos de resolución de conflictos, concretamente en materia de consumo. El Consejo insiste en la importancia de la justicia en red. El portal europeo de justicia en red será una manera de mantener al público mejor informado sobre sus derechos y darle acceso a una serie de datos y de servicios en los distintos sistemas judiciales. Se propone aprovechar mejor la videoconferencia. De conformidad con las normas de protección datos, algunos registros nacionales se irán interconectando gradualmente, por ejemplo registro de

insolventes. También podrán integrarse en ese portal partes de lagunas bases de datos ya existentes (por ejemplo registro Europeo de Empresas y el Servicio Europeo de Propiedad Inmobiliaria). A medio plazo, algunos procedimientos transfronterizos europeos y nacionales podrían tratarse en línea (por ejemplo, el requerimiento europeo de pago, el proceso europeo de escasa cuantía y la mediación). Además, la Unión debería considerar la supresión de todas las formalidades para la legalización de documentos entre los Estados miembros y en su caso a establecer documentos europeos auténticos

Otro de los aspectos relevantes es la necesidad de definir claramente los intereses y prioridades exteriores de la Unión en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Una de las iniciativas sería el evaluar qué Estados terceros podrían adherirse al Convenio de Lugano. Otra, el aprovechar la pertenencia a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado para promover de forma activa la adhesión más amplia posible a los convenios más pertinentes y ofrecer a otros Estados tanta ayuda como sea posible con vistas a la aplicación apropiada de los instrumentos.

Reglamento (UE) núm. 416 de la Comisión, de 12 de mayo de 2010, por el que se modifican los anexos I, II y III del Reglamento núm. 44/2001 del Consejo, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El anexo I del Reglamento 44/2001 enumera las normas de competencia nacionales a las que se refieren los arts. 3.2 y 4.4 R. 44/2001. El anexo II contiene la lista de los órganos jurisdiccionales o las autoridades competentes para tramitar las solicitudes de otorgamiento de la ejecución en los Estados miembros. El anexo III enumera los tribunales ante los que se pueden interponer recursos contra las decisiones de ejecución. Tales anexos fueron modificados en varias ocasiones y, en último lugar, por el Reglamento (CE) n.º 280/2009 de la Comisión, a fin de actualizarlos. Los Estados miembros han notificado a la Comisión modificaciones adicionales de las listas de los anexos I, II y III. Por ello es necesario publicar las versiones consolidadas de las listas que figuran en dichos anexos (Dinamarca no deberá participar en la adopción de las modificaciones, que no serán vinculantes).

II. DERECHO PROCESAL EN LA UNIÓN EUROPEA

JORDI NIEVA FENOLL*

No se han producido reformas destacables en el espacio cubierto por esta crónica. Tan solo la lógica adaptación de los reglamentos de procedimiento de los tribunales de la Jurisdicción propia de la Unión Europea a los cambios operados en virtud del Tratado de Lisboa (DO L 92/12 a 18, de 13 de abril de 2010), comenzando por los terminológicos. En concreto se suprimen las referencias a la «Comunidad» o a las «Comunidades» o el adjetivo «comunitario», y se sustituyen, con las lógicas adaptaciones, por la expresión «Unión Europea».

Se actualiza también la denominación de dos de los tres tribunales actualmente existentes. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pasa a ser el «Tribunal de Justicia», y el Tribunal de Primera Instancia sustituye

* Profesor Titular de Derecho procesal. Universidad de Barcelona.

por fin su impropia denominación por otra que no deja de ser ambigua y muy poco eufónica: «Tribunal General».

Por lo demás, se realizan cambios de detalle para adaptar los reglamentos a la nueva estructura institucional de la Unión, así como a la realidad normativa articulada, ya que la referencia a los antiguos tratados de las Comunidades se sustituye por la cita de los correspondientes artículos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, en su caso, al TCEEA (Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica).

III. DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS*

I. Grupo de expertos para el marco común de referencia en el ámbito del Derecho Contractual Europeo

El DOUE de 27 de abril de 2010 (DO L 105/109) publicaba la decisión de la Comisión europea, del día anterior, por la que se crea un Grupo de expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo. Se trata de 18 personas, entre profesores, notarios, abogados, consumidores y representantes empresariales, que se reunirán una vez al mes hasta mayo de 2011, con la intención de simplificar la versión actual del Proyecto Científico del Marco Común de Referencia. Esto es, seleccionar las partes pertinentes para el Derecho contractual y reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados, teniendo también en cuenta otros trabajos de investigación. Se pretende así crear un texto accesible «que seguirá el ciclo de vida de un contrato, desde los derechos previos a la firma del mismo y sus elementos constitutivos hasta los recursos por incumplimiento y las consecuencias de la rescisión». Son noticias de Press Release RAPID (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/595&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=>), que también indica que el grupo se reunió en Bruselas, por primera vez el 25 de mayo. El Parlamento Europeo y el Consejo participan como observadores en sus reuniones. El Grupo está integrado por expertos cualificados en el ámbito del Derecho civil y, en particular, del Contractual, y lo forman las siguientes personas: Susanne Czech, Fernando Gómez, Luc Grynbaum, Torgny Håstad, Martijn W. Hesselink, Miklos Kiraly, Irene Kull, Pierre Levêque, Paulo Mota Pinto, Jerzy Pisulinski, Bob Schmitz, Hans Schulte-Nölke, Jules Stuyck, Anna Veneziano, Ioana Lambrina Vidican, Simon Whittaker, Hugh Beale, Eric Clive. Su actividad no es remunerada.

El próximo verano, la Comisión pondrá en marcha una consulta pública sobre la forma más apropiada de mejorar la coherencia del Derecho contractual de la UE. Una posible solución podría ser un Derecho contractual europeo opcional (el «sistema 28°»).

* Profesora Titular de Derecho civil, Universitat de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto DER 2008-02325/JURI y de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo de investigación consolidado 2009 SGR 221.

II. Propuesta de Directiva sobre los derechos de los consumidores

1. Declaraciones de la Comisaria Viviane Reding.

La nota de prensa del Parlamento europeo, de 17 de marzo de 2003 (http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/063-70800-076-03-12-911-20100317IPR70798-17-03-2010-2010-false/default_es.htm), se hace eco de las reclamaciones del Parlamento europeo y de la conformidad de la Comisaria europea de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, Viviane Reding, en su comparecencia ante el Comité del Parlamento europeo, Mercado interior y Protección del Consumidor, en la que reconoce que la Comisión está dispuesta a abandonar la Propuesta de directiva horizontal sobre derechos de los consumidores, si tanto el Parlamento como el Consejo están de acuerdo. En su discurso en el Día Europeo del Consumidor, en Madrid, 15 de marzo de 2010 (Europa Press releases RAPID - Speech 10/91), Reding ya ponía de relieve que la legislación europea basada en el enfoque de armonización plena debe conseguir un elevado nivel de protección y una calidad incontestable y se hacía eco de las preocupaciones del Parlamento Europeo y de los Estados miembros, que reiteradamente han manifestado que la armonización plena de los derechos de los consumidores en las transacciones internacionales exige modificaciones en los ordenamientos jurídicos nacionales, a lo que algunos Estados miembros se oponen en la medida en que eso puede reducir el nivel de protección y, adicionalmente, limita la necesaria flexibilidad del legislador para conseguir una mejor adaptación a los cambios y nuevos desarrollos del mercado. Reding acepta discutir la propuesta de Andreas Schwab (*vid.* transcripción resumida *infra*) y considera la viable limitar el objetivo de plena armonización a aspectos concretos (*targeted harmonization*). Por ejemplo, en los contratos a distancia (a través de internet), pero no en los contratos entre presentes. Acepta también que es preciso trabajar en la mejora de las definiciones, que también deberían regirse por el principio de plena armonización. Admite que la determinación de la información precontractual exigirá mayor precisión y apunta a la necesidad de armonizar la duración del derecho de desistimiento en todas las ventas y de fijarlo en un plazo de 14 días.

2. Documento de trabajo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores - COM(2008)614/3 - 2008/0196(COD) - IMCO/6/68476. Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor (PE439.177v02-00). Fecha: 3 de febrero de 2010. Ponente: Andreas Schwab.

El ponente, miembro de la Comisión del Mercado Interior y Protección del Consumidor (IMCO) del Parlamento Europeo, tras las consultas pertinentes y, entre ellas, con representantes de los Parlamentos nacionales, avala un enfoque de armonización plena específica que se limite a aspectos concretos de ciertos contratos (*vid.* el Documento de trabajo sobre la propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores - IMCO/6/68476 presentada por Arlene McCarthy.). Prevé poder presentar las propuestas en septiembre, para poder discutir las en el Pleno del Parlamento en noviembre. Las reflexiones son las que siguen:

Capítulo I. Definiciones y ámbito de aplicación

Las definiciones que figuran en el artículo 2 delimitan el ámbito de aplicación de la propuesta en su conjunto, así como de sus distintos capítulos y disposiciones. Que un contrato este sujeto o no a las normas armonizadas dependerá en gran medida del texto de las definiciones y de su cuidada redacción. Las definiciones deberían estar sujetas a una armonización plena específica y deberían poder aplicarse al resto del acervo sobre consumidores (como por ejemplo, las Directivas sobre crédito al consumo y sobre tiempo compartido). No se debería descartar el uso de una cláusula de reconocimiento mutuo para aquellos ámbitos que no contemple la propuesta.

Es necesario prestar atención a las interacciones entre dichas definiciones, el artículo 4 (armonización plena), y el resto del texto. Efectivamente, el artículo 4 deberá aclarar el modo en que la armonización plena específica debe aplicarse a los contratos que únicamente estén cubiertos de forma parcial por la propuesta (como, por ejemplo, contratos de servicios excluidos del ámbito de aplicación del capítulo IV pero cubiertos por los capítulos II, III en algunos casos y V). Como es lógico, los contratos excluidos del ámbito de aplicación de un capítulo determinado, pero que, no obstante, estén cubiertos por las disposiciones de otros capítulos, deberían estar sujetos a una armonización plena específica en lo que respecta a los aspectos que se regulan en estos otros capítulos. En el caso de los contratos excluidos del ámbito de aplicación de un capítulo determinado, los Estados miembros deberían tener absoluta libertad para regular los aspectos contemplados en dicho capítulo como estimen oportuno. También el art. 3 debe aclararse, ya que el precepto no logra ofrecer una perspectiva clara del ámbito de aplicación de los distintos capítulos. El ámbito de aplicación de cada capítulo o la interacción con otras normas comunitarias deberá estudiarse de manera pormenorizada por capítulos y, en caso necesario, por disposiciones. Esto probablemente suponga una revisión completa de la estructura de la propuesta.

Capítulo II. Información a los consumidores

Los requisitos de información general señalados en el capítulo II no son nuevos en el Derecho comunitario (han sido extraídos de las Directivas sobre contratos a distancia y sobre prácticas comerciales desleales) y, por consiguiente, no resultan realmente controvertidos, aunque quizás haya que lamentar que prime la cantidad sobre la calidad.

Con todo, es necesario llevar a cabo una evaluación exhaustiva de las consecuencias legales y prácticas del capítulo II. Sin duda, un enfoque uniforme para los requisitos de información podría ser válido para los contratos de compraventa o de servicios estándar, pero resultaría inapropiado en el caso de los contratos especiales (como, por ejemplo, los contratos de bienes inmuebles o relacionados con servicios financieros, sanitarios, sociales o de transporte). También es preciso abordar el problema de la interacción entre el capítulo II y las disposiciones relativas a los requisitos de información contempladas en el derecho comunitario. A este respecto, la propuesta sólo establece que dichas disposiciones deben entenderse sin perjuicio de las disposiciones de la Directiva sobre servicios y de la Directiva sobre comercio electrónico. Para los requisitos de información incluidos en la legislación comunitaria, una cláusula *lex generalis* o *lex specialis*, similar a la que se contempla en la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, ofrecería una mayor seguridad jurídica.

Capítulo III. Información al consumidor y derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento

La propuesta constituye una buena oportunidad para poner fin a la confusión y retirar los obstáculos al mercado interior creados por el mosaico actual de normas distintas. No obstante, parece que el ámbito de aplicación de las normas de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento es demasiado amplio y que los requisitos formales y las normas de desistimiento son demasiado restrictivos, sobre todo para los contratos celebrados fuera del establecimiento. Asimismo, se tendrá que abreviar y simplificar la lista de excepciones incluida en el artículo 19. De manera concreta, cualquier contrato entre empresas y consumidores que se celebre en plataformas electrónicas (como eBay) deberá estar sujeto a todas las normas de protección de los consumidores. Por su parte, los consumidores podrían tener que soportar los gastos de envío únicamente si el valor de los bienes fuese inferior a 50 euros. De otro modo, será necesario encontrar una solución para los artesanos que habitualmente prestan servicios a los consumidores fuera del establecimiento o celebran contratos a distancia. En lo que respecta al inicio del período de desistimiento, es necesario incorporar cierto grado de flexibilidad: como norma general, debería ser en el momento en que se entregan los bienes, aunque es necesario encontrar soluciones más prácticas para determinados modelos de negocio.

Asimismo, es probable que se deban aplicar otras mejoras para favorecer la comunicación entre los comerciantes y los consumidores. Por ejemplo, se podría incorporar un texto de ejemplo que contuviese toda la información relativa al desistimiento; bastaría con que las empresas de la UE «copiasen y pegasen» dicho texto en sus contratos.

Capítulo IV. Otros derechos de los consumidores específicos de los contratos de venta

Preocupa la repercusión que tendría el capítulo IV en la protección de los consumidores de los Estados miembros. Se critica a la Comisión Europea por armonizar la garantía jurídica por una falta de conformidad sobre la base de los criterios mínimos establecidos en la Directiva sobre la venta de bienes, sin tener en cuenta las especificidades nacionales. Se han planteado repetidamente dos cuestiones: por un lado, la jerarquía de las soluciones jurídicas a disposición del consumidor en caso de falta de conformidad y, por otro, la duración del período de responsabilidad en caso de falta de conformidad.

En lo que respecta a la jerarquía de soluciones jurídicas, se plantean dos problemas. En primer lugar, en un grupo reducido de Estados miembros, el consumidor puede recurrir a todas las soluciones jurídicas (reparación, sustitución, reducción de precio y rescisión del contrato) en caso de falta de conformidad. En segundo lugar, en Irlanda y el Reino Unido, el consumidor tiene derecho a rechazar los bienes (por ejemplo, mediante la rescisión del contrato) de forma inmediata si dicho consumidor puede demostrar la falta de conformidad. Es evidente que dichas normas no son compatibles con la jerarquía armonizada de soluciones jurídicas que establece el artículo 26 de la propuesta.

En lo que concierne a la duración del período de responsabilidad del comerciante en caso de falta de conformidad, se plantean numerosos problemas. Varios Estados miembros han establecido un período de responsabilidad más prolongado (en ciertos países se aplica a todos los productos, mientras

que en otros únicamente a los materiales de construcción y, en uno de ellos, sólo a los bienes no perecederos). En Finlandia y los Países Bajos, el período de responsabilidad del comerciante depende básicamente de la durabilidad prevista del producto (que deberá determinar el juez en cada caso). Por último, en Bélgica, Francia y Luxemburgo, los comerciantes pueden ser considerados responsables cuando el consumidor descubra un defecto encubierto (importante) una vez transcurrido un período inicial de dos años (sujeto a un período de prescripción bastante corto en Francia y más largo en Bélgica), y siempre que el consumidor pueda demostrar que el defecto en cuestión ya existía en el momento de la entrega del bien. Es evidente que dichas normas no son compatibles con el período de responsabilidad armonizado de dos años desde el momento de la entrega que establece el artículo 28 de la propuesta.

Otras cuestiones que preocupan son la variedad de soluciones jurídicas y la notificación de la falta de conformidad. Acaso se debería revisar la propuesta de la Comisión Europea para permitir que el comerciante elija entre la reparación y la sustitución (cuando el consumidor notifica por primera vez una falta de conformidad). Existe una opinión generalizada de que el consumidor no debería estar obligado a notificar al comerciante la falta de conformidad en el plazo de dos meses. Por tanto, se deberá modificar la propuesta en consecuencia.

En lo que respecta a las disposiciones que regulan la entrega de bienes y la transmisión del riesgo, también será necesario evaluar exhaustivamente su influencia en el ordenamiento jurídico nacional y su aplicación prevista en la práctica.

Todos estos debates ponen de manifiesto que el capítulo IV sólo podrá someterse a una armonización plena específica cuando se pueda acordar un régimen común de garantías que ofrezca a todos los consumidores europeos un nivel de protección similar al que poseen actualmente. Para lograrlo, será necesario examinar los derechos actuales de los consumidores en los distintos Estados miembros atendiendo a su efectividad para el consumidor (es decir, si se pueden exigir fácilmente ante los tribunales con fuerza ejecutiva). En este contexto, se prestará especial atención a la carga de la prueba.

Capítulo V. Derechos del consumidor relativos a las cláusulas contractuales

La opinión general es que las listas «negras» y «grises» de cláusulas abusivas no deben armonizarse en esta etapa para evitar consecuencias negativas (eliminación de cláusulas de las listas nacionales vigentes, reducción del grado de certidumbre jurídica que desencadene una oleada de pleitos en la UE, falta de flexibilidad, etc.). Existe un consenso en torno a que los Estados miembros puedan mantener sus propias listas de cláusulas abusivas siempre que se ajusten a la cláusula general y las normas del mercado interior. No obstante, debería ser posible prohibir un número limitado de cláusulas abusivas a escala de la Unión Europea y garantizar que los Estados miembros no puedan mantener o adoptar disposiciones nacionales divergentes en ese ámbito armonizado que sería relativamente reducido. A la luz del principio de control democrático pleno del Parlamento Europeo, no parece que, en la fase actual, la propuesta de la Comisión de prohibir cláusulas abusivas adicionales mediante comitología constituya el enfoque preferente. De hecho, es necesario estudiar detenidamente las nuevas disposiciones relativas a la comitología contempladas en el Tratado de Lisboa antes de tomar una decisión sobre esta cuestión.

3. Reforma de la Directiva sobre viajes combinados.

La Comisión europea ha iniciado una consulta para proceder a la reforma de la Dir. 90/314, sobre viajes combinados (http://ec.europa.eu/consumers/rights/travel/consultation_en.htm). La razón es que cada vez con mayor frecuencia son los consumidores los que organizan sus propios viajes por internet y, en consecuencia, si lo que celebran son distintos contratos con diferentes prestadores de servicios, la protección a los consumidores disminuye, puesto que la directiva no cubre ese aspecto. Las respuestas del público se encuentran disponibles en: http://ec.europa.eu/consumers/rights/travel_en.htm. Es posible que a comienzos de 2011 la Comisión presente una nueva propuesta de Directiva.

IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR*

Rating Agencies

Finalmente ha resultado aprobado el Reglamento (CE) 1060/2009, de 16 de septiembre, del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 302, de 17.11.2009, 1) sobre las agencias de calificación crediticia (*rating agencies*), cuyo objetivo es, según su art. 1, mejorar la integridad, la transparencia, la responsabilidad, la buena gobernanza y la fiabilidad de las actividades de calificación, contribuyendo así a la calidad de las calificaciones crediticias emitidas en la Comunidad y por ende al correcto funcionamiento del mercado interior, y alcanzando, al mismo tiempo, un elevado nivel de protección de los inversores. Establece condiciones para la emisión de calificaciones crediticias y normas relativas a la organización y actuación de las agencias de calificación crediticia, a fin de fomentar su independencia y evitar conflictos de intereses. La cuestión se centra, no obstante, en cuáles son las consecuencias de su falta de diligencia a la hora de hacer los *ratings* que, como sabemos, ha sido una de las principales causas de la crisis hipotecaria y financiera mundial (y de ahí el interés de la UE en regularlas; *vid.* Cdo. 2 del Preámbulo del citado reglamento). Es decir, si los damnificados por las deficientes calificaciones pueden quedar resarcidos por daños. Por un lado, preocupa que el extenso Reglamento (75 Cdos. y Anexo con 5 secciones, más 41 artículos) no disponga reglas claras para reclamar la responsabilidad civil de las agencias de calificación cuando por su deficiente actuación se produzca un daño (ej. a un inversor que ha confiado en la buena praxis y opinión de la agencia), dejando todo lo relativo a ello a la legislación nacional (Cdo. 69): «Sin perjuicio de la aplicación de esta legislación comunitaria, cualquier reclamación contra una agencia de calificación crediticia por incumplimiento de las disposiciones del presente Reglamento debe hacerse de conformidad con la legislación nacional aplicable en materia de responsabilidad civil». Cada país, por lo tanto, también deberá determinar si la agencia de calificación es o no responsable por sus opiniones.

El Cdo. 35 aún hace más compleja la cuestión al posibilitar a la agencia calificadora el liberarse de responsabilidad civil mediante «un muestreo al azar de la información recibida, efectuado por la propia agencia» o mediante «dis-

* Profesor Agregado de Derecho Civil, Universitat Rovira i Virgili.

posiciones contractuales que estipulen claramente la responsabilidad que recae sobre la entidad calificada o terceros vinculados, en caso de que faciliten a sabiendas información sustancialmente falsa o de que la entidad calificada o terceros vinculados no lleve a cabo los procesos de debida diligencia adecuados en relación con la exactitud de la información, según se especifique en las cláusulas del contrato». En nuestra opinión, el deber de diligencia de la agencia de calificación, en tanto que *market maker* o *gatekeeper* debería hacer un escrutinio exhaustivo de todo el material relevante para conocer a la entidad calificada, al estilo de los auditores; ésta es la única manera de dar certeza al mercado: un mero muestreo o con una cláusula contractual de transmisión de responsabilidad a la agencia calificada no resultan suficiente incentivo (más bien son desincentivadoras) para un adecuado comportamiento de las agencias que, si no se procuran toda la información necesaria, deberían responder. Piénsese que, al menos hasta el momento, los *disclaimers* en cualquier *report* de estas agencias era muy evidente: ellas sólo informan, siendo responsabilidad de quién confía en los informes el actuar como considere, bajo su única responsabilidad. Así rezaba, por ejemplo, un *disclaimer* (extracto) de Moody's en informe de rating sobre cédulas hipotecarias danesas, de 7 de mayo de 2002:

«Under no circumstances shall MOODY'S have any liability to any person or entity for (a) any loss or damage in whole or in part caused by, resulting from, or relating to, any error (negligent or otherwise) or other circumstance or contingency within or outside the control of MOODY'S or any of its directors, officers, employees or agents in connection with the procurement, collection, compilation, analysis, interpretation, communication, publication or delivery of any such information, or (b) any direct, indirect, special, consequential, compensatory or incidental damages whatsoever (including without limitation, lost profits), even if MOODY'S is advised in advance of the possibility of such damages, resulting from the use of or inability to use, any such information. The credit ratings, if any, constituting part of the information contained herein are, and must be construed solely as, statements of opinion and not statements of fact or recommendations to purchase, sell or hold any securities. No warranty, express or implied, as to the accuracy, timeliness, completeness, merchantability or fitness for any particular purpose of any such rating or other opinion or information is given or made by MOODY'S in any form or manner whatsoever. Each rating or other opinion must be weighed solely as one factor in any investment decision made by or on behalf of any user of the information contained herein, and each such user must accordingly make its own study and evaluation of each security and of each issuer and guarantor of, and each provider of credit support for, each security that it may consider purchasing, holding or selling.»

Más allá de la responsabilidad civil, el Cdo. 66 (reflejado luego en el art. 36) del Reglamento estipula que: «Los Estados miembros deben establecer normas relativas a las sanciones aplicables a los supuestos de infracción de las disposiciones del presente Reglamento y velar por su ejecución. Dichas sanciones deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias y cubrir, como mínimo, los casos de falta profesional grave y aquellos en los que se haya actuado con negligencia. Los Estados miembros deben tener la posibilidad de adoptar sanciones administrativas o penales», aunque prevé cierta coordinación mediante el CERV (Comité de Responsables Europeos de Reglamentación de Valores, creados por Decisión 2009/77/CE de la Comisión). Además, se ha hecho público, el pasado 2 de junio de 2010, que la Comisión Europea ha realizado una propuesta de creación de una Agencia Europea de los Mercados de Valores (ESMA), previendo multas de hasta un 20% de sus ingresos a las agencias que incumplan sus deberes de transparencia, registro y conflictos de interés.

Proyecto Line

Por su parte, el Proyecto EULIS, que provee acceso directo a registros de la propiedad en Europa a través de su portal web (www.eulis.org), ha conseguido recientemente que la UE le subvencione el Proyecto LINE, que se engloba así en el Programa de Civil Justice que posibilitará la integración de EULIS 2.0 en el European E-Justice Portal [vid. el documento «Towards a European e-Justice Strategy», Bruselas, 30 de mayo de 2008, COM(2008)329 final], que a su vez es un Proyecto de la propia Comisión Europea para facilitar el acceso a la justicia europea a los ciudadanos y empresas y que busca, también, la cooperación judicial transnacional. LINE quiere incorporar cuantos más registros nacionales, mejor [España sigue sin formar parte de EULIS, desde que empezó el portal en el año 2004] y quiere aproximarse más a las necesidades de los usuarios profesionales y particulares para facilitarles aún más la consulta transnacional de datos de catastros y registros de, actualmente, 6 países, a través de un portal web único y una tarifa, más servicios de ayuda, como el thesaurus de vocabulario jurídico-registral e inmobiliario.

Ius commune casebooks

El grupo «*Ius commune casebooks for the common law of Europe*» (<http://www.casebooks.eu/propertyLaw/taskForce/>) publicará en breve (previsto para otoño 2010) el volumen dedicado al *Property law* que recogerá 10 capítulos dedicados a conceptos comunes y *leading principles* de los derechos reales en Europa, protección de los derechos reales, tipos de derechos reales sobre muebles e inmuebles, acciones, derechos reales de garantía, trust, creación, transmisión, extinción y, finalmente, uno sobre derecho inmobiliario armonizado.

Hipotecas en Europa

Se acaba de publicar el último resultado (el Vol. 3, 2.^a ed.) del grupo *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa* (http://www.pfandbrief.de/cms/_internet.nsf/tindex/de_de_rtall.htm) que, como se comentó en la anterior crónica, agrupa ya a 34 investigadores de diversos países y que, tras largas discusiones e informes, plasman sus resultados en mapas que analizan los tipos de hipoteca en Europa, requisitos de publicidad, accesoriedad, protección del propietario, ejecución, insolvencia y una serie de *business cases*. En la edición de 2010 se incluyen las valoraciones cuantitativas de las preguntas más relevantes (de entre alrededor de 100) para el acreedor, el deudor y el legislador y su ponderación en relación con las respuestas más eficientes. Así, por ejemplo, preguntas como la posibilidad de crear una hipoteca sobre varias fincas con responsabilidad solidaria de todas ellas, la duración de la inscripción, su eficacia, la protección del tercero hipotecario de buena fe o cómo se consigue el título ejecutivo, se han considerado de las más importantes para favorecer la financiación hipotecaria. La obra concluye con una valoración de las hipotecas más eficientes. Los trabajos que desarrolla el grupo en la actualidad están centrados en el sistema notarial europeo, la hipoteca y el derecho de superficie, la hipoteca y la propiedad horizontal y la hipoteca sobre concesión administrativa. Sobre ello se sigue

trabajando y se comienza, a partir de septiembre, a trabajar sobre hipoteca y negocio fiduciario.

Common Core en Trento

El próximo encuentro del *Common Core* de la Universidad de Trento tiene lugar en junio en Turín. Posiblemente finalicen este año los trabajos sobre la hipoteca y, por primera vez, se pondrán en común los *reports* sobre propiedad horizontal. Siguen también los trabajos sobre transmisión de la propiedad inmueble (codirigido por la Prof. Luz Martínez) y la protección de la misma (codirigido por la Prof. Martín Santiesteban), así como el de derechos reales limitados sobre inmuebles.

Todo ello sigue evidenciando el interés y la necesidad de seguir en el camino de la aproximación de los derechos reales en Europa.

V. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

Sentencia de 23 de diciembre de 2009, asunto C-403/09 PPU, Deticek

La sentencia que reseñamos versa una vez más sobre el Reglamento 2201/2003, del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Concretamente se refiere a una norma de competencia judicial internacional, el art. 20 del Reglamento, que permite a las autoridades de un Estado miembro dictar medidas provisionales respecto a un menor, pese a no ser competentes respecto al fondo de la controversia. En el asunto se plantea la relación de dichas medidas con otras anteriores dictadas por el tribunal competente en cuanto al fondo.

En el contexto del divorcio de un matrimonio mixto de eslovena e italiano un tribunal italiano dicta una medida provisional atribuyendo la custodia exclusiva de la hija común al padre. El mismo día en el que se toma esta medida, el 25 de junio de 2007, madre e hija abandonan Italia y se instalan en Eslovenia. La resolución italiana de medidas provisionales es reconocida en Eslovenia conforme prevé el Reglamento. Sin embargo, el órgano judicial esloveno decide mediante auto dictado el 2 de febrero de 2009 suspender la ejecución hasta que no concluya el procedimiento que respecto a la custodia se estaba tramitando en Italia.

Paralelamente, la madre de la niña inicia en Eslovenia un procedimiento en el que solicita la custodia de la niña, que se le otorga con carácter provisional el 9 de diciembre de 2008 en base al art. 20 del Reglamento. Se considera que la niña se ha integrado en su nuevo entorno social y que su regreso a Italia le supondría un trauma psíquico irreversible. El recurso prejudicial trae causa de este procedimiento y plantea si un órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede declararse competente en virtud del art. 20 del Reglamento para dictar una medida cautelar en el supuesto de que el órgano competente respecto al fondo de la disputa haya ya adoptado una medida provisional y ésta haya sido declarada ejecutiva en el foro.

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

El Tribunal de Justicia inicia su argumentación recordando que para interpretar las disposiciones de Derecho comunitario hay que tener muy especialmente en cuenta los objetivos que persiguen. También recuerda su jurisprudencia previa respecto al art. 20 del Reglamento (asunto C-523/07, caso «A») que condiciona la adopción de medidas cautelares por parte de un juez no competente en cuanto al fondo, al cumplimiento de tres requisitos acumulativos: (a) que se trate de medidas de carácter urgente, (b) que tales medidas se refieran a personas o bienes que estén presentes en el Estado miembro en cuestión y (c) que tales medidas tengan carácter provisional.

El Tribunal de Justicia señala que la urgencia se refiere tanto a la situación en que se encuentra el menor como a la imposibilidad práctica de presentar la demanda frente al juez competente en cuanto al fondo. A partir de esta premisa se establece que no concurre la urgencia pues el tribunal competente en cuanto al fondo de hecho ya ha intervenido dictando una medida provisional. Reconocer una situación de urgencia en un caso como el de autos sería contrario al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales instaurado por el Reglamento. Si un cambio de circunstancias que se produce como consecuencia de un proceso gradual permitiera a un juez no competente en cuanto al fondo modificar una decisión de custodia previamente dictada por el juez competente, la lentitud del procedimiento de ejecución contribuiría a crear las circunstancias para frustrar el reconocimiento mutuo.

Se señala asimismo que el reconocimiento de una situación de urgencia sería contrario al objetivo de evitar los traslados ilícitos de menores pues el art. 20 serviría de instrumento para permitir prolongar la situación de hecho creada por la sustracción del menor.

La sentencia *Deticek* nuevamente corrobora la impresión de que las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia prestan escasa atención a los intereses privados de las partes, centrándose casi de manera exclusiva en la salvaguarda de la lógica de integración. Si atendemos a las circunstancias del caso advertiremos que la niña, que entonces tenía diez años, fue trasladada a Eslovenia el 25 de junio de 2007 mientras que la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia se produce en diciembre de 2009. Desde el punto de vista del interés superior de la niña, que de acuerdo con el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño debería ser la consideración principal, parece indudable que se ha producido un cambio de circunstancias que debería ser tenido en cuenta. El Tribunal únicamente hace referencia a ello en el apartado 60° de la Sentencia, en el que de manera lacónica señala que la apreciación de las circunstancias de la menor debe efectuarse en el marco de un procedimiento frente al órgano competente en cuanto al fondo.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo [COM (2009) 154 final]

El Derecho internacional privado de sucesiones se caracteriza en el momento actual por una gran diversidad normativa, pues se basa esencialmente en normas nacionales, distintas en cada Estado. Son muy escasos los Tratados internacionales en la materia. El Convenio de La Haya de 1989 sobre ley aplicable en materia de sucesiones, debido a su complejidad, únicamente ha sido ratificado por los Países Bajos y tan solo el *Convenio de La Haya de 1961 sobre la ley aplicable a las disposiciones testamentarias*, con

un ámbito de aplicación material muy reducido, ha obtenido un importante número de ratificaciones. La publicación de la Propuesta de Reglamento en materia de sucesiones inicia, por consiguiente, la tramitación de un texto legislativo que puede comportar importantes beneficios para el número creciente de ciudadanos de la Unión Europea que se ven involucrados en sucesiones internacionales. Prueba de ello es el interés despertado por la Propuesta tanto en círculos académicos (véanse por ejemplo los extensos Comentarios formulados por un Grupo de trabajo del Instituto Max Planck de Hamburgo, disponibles en <http://www.mpipriv.de/ww/de/pub/content13855.cfm> y la ponencia de A. Bonomi en la Jornada «L'autonomia de la voluntat i el Dret de successions», celebrada en Barcelona el 30 de abril de 2010), profesionales (véase el Seminario sobre las sucesiones mortis causa transfronterizas en Europa organizado por el Consejo General del Notariado en Madrid el 7 de mayo de 2010) como políticos (véase la Res. 558/VIII del Parlament de Catalunya que contiene una toma de posición respecto a la Propuesta de Reglamento que va más allá del estricto control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que le compete).

La Propuesta opta por una solución monista tanto por lo que respecta a la competencia de autoridades como en relación a la ley aplicable. No distingue en función de la naturaleza mueble o inmueble de los bienes relictos y su lugar de situación sino que establece normas uniformes que abarcan a la totalidad de la sucesión. En el sector de la competencia de autoridades la regla general es que serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que tuviera su residencia habitual el causante en el momento de su fallecimiento (art. 4). El concepto de órganos jurisdiccionales se define en el texto de la Propuesta y comprende a cualquier autoridad que ejerza funciones en materia sucesoria por delegación de las autoridades públicas. Por consiguiente, en los Estados cuyo notariado sigue el sistema latino las normas son también aplicables a los notarios.

La regla general, que atribuye competencia a las autoridades del Estado miembro correspondiente a la última residencia habitual, se complementa con normas uniformes que prevén en qué supuestos pueden conocer los órganos de los Estados miembros cuando el causante tiene su residencia habitual en un Estado tercero en el momento en el que se produce el óbito (art. 6), de forma que las normas de competencia judicial internacional de los Estados miembros se ven totalmente desplazadas. Mientras que instrumentos anteriores como el Reglamento 44/2001 o, en menor medida, el Reglamento 2201/2003 remitían a las normas nacionales, en la Propuesta se opta por una regulación directa de las competencias residuales. Se establece que, si la última residencia habitual del causante se hallaba en un Estado tercero, serán competentes los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro cuando alguno de los bienes de la sucesión esté situado en dicho Estado. Si la demanda se refiriera únicamente a dicho bien su sola ubicación en el foro bastaría para que el tribunal pudiera declararse competente. En los demás supuestos será además necesario que concurra algún otro vínculo con el Estado de situación del bien, a saber, que el difunto hubiera tenido su residencia habitual en dicho Estado miembro en los cinco años anteriores al óbito o fuera nacional de dicho Estado o dicho Estado fuera el Estado de residencia habitual de un heredero o legatario. En todos estos casos el tribunal del lugar de situación del bien será competente para pronunciarse respecto a la totalidad de la sucesión, resolviéndose las situaciones de litispendencia conforme a la regla del *prior tempore* establecida en el art. 13 de la Propuesta.

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la regla solo opera en relación a otros Estados miembros.

Se incorpora asimismo el mecanismo de remisión a los órganos jurisdiccionales mejor situados contenido en el art. 15 del Reglamento 2201/2003, en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Este mecanismo, totalmente ajeno a la tradición jurídica española, es en gran medida un mecanismo de cooperación de autoridades que permite a un órgano jurisdiccional, competente en virtud de las normas comunitarias, no ejercer su competencia e invitar a las partes a plantear la demanda dentro de un plazo determinado frente a un órgano de otro Estado miembro. Dicho órgano ha de declararse competente en un plazo máximo de ocho semanas desde que se le somete el asunto. El mecanismo se acciona a petición de una de las partes y depende esencialmente de que el órgano jurisdiccional requerido sea un órgano mejor situado. Conforme a la Propuesta tal circunstancia solo se produce si el causante ha elegido la ley de ese otro Estado miembro como ley de la sucesión.

El mecanismo de transmisión del asunto plantea no pocas incertidumbres. En primer lugar, habría que señalar que existen grandes dudas respecto a su operatividad práctica en el marco del Reglamento 2201/2003, sobre todo en aquellos Estados miembro que, como España, no han adecuado su normativa procesal interna. En el caso concreto que nos ocupa el mecanismo parece además utilizarse para evitar los problemas que a algunos Estados miembros, y en concreto al Reino Unido, les plantea la aplicación de Derecho extranjero. Ello parece en exceso reduccionista, pues pueden producirse otros supuestos en los que exista un órgano jurisdiccional mejor situado que el declarado competente en virtud de las reglas de la Propuesta. Por ejemplo, no es descabellado imaginar un caso en que los herederos y legatarios y el caudal relicto se ubiquen en un Estado miembro diferente de aquel en el que el causante tuvo su última residencia habitual. En tales circunstancias parecería aconsejable que se pudiera accionar el mecanismo de remisión a fin de que conozca un órgano jurisdiccional mejor situado desde el punto de vista de la proximidad geográfica, aunque tal órgano haya de aplicar Derecho extranjero. En este sentido no está demás poner de relieve que las objeciones de principio que plantea el Reino Unido frente a la aplicación de Derecho extranjero suponen de hecho un cuestionamiento del método conflictual.

Si lo que pretende favorecer la remisión es meramente la correlación *forum-ius* de manera que el tribunal competente pueda aplicar su propio Derecho material sería más lógico permitir la prorrogación de foro, que sorprendentemente no se contempla. La Propuesta de Reglamento permite al causante optar por la aplicación de la ley de su nacionalidad que en tal caso desplaza a la ley de la última residencia habitual. Sería aconsejable que el causante pudiera en paralelo establecer la competencia de las autoridades del Estado del que es nacional, pues solo la prorrogación de foro puede garantizar la correlación *forum-ius*. El mecanismo de la transmisión al juez mejor situado depende de un cúmulo de circunstancias que se hallan fuera del control del causante, como son la petición de una de las partes, un juicio de oportunidad del tribunal de la residencia habitual y el cumplimiento de unos plazos. La mayor certeza que comporta la prorrogación de foro sería además un factor positivo para la planificación de la sucesión.

Como ya se ha adelantado la ley que rige la totalidad de la sucesión, desde su apertura hasta la transmisión definitiva de la herencia a los causahabientes, es la ley de la última residencia del causante. Con carácter limitado se admite una *professio iuris* a favor de la ley nacional. La ley aplicable no se

somete a ninguna condición de reciprocidad de forma que rige aunque sea la de un Estado no contratante y solo puede dejar de aplicarse en caso de que resulte incompatible con el orden público del foro. Respecto a esta excepción ha de resaltarse que la versión española de la Propuesta contiene un error pues el hecho de que las disposiciones respecto a la legítima sean diferentes a las contenidas en el Derecho del foro no es suficiente para considerar aplicable el orden público.

El carácter universal de las normas de conflicto, esto es, el hecho de que no se excluya la aplicación del Derecho de Estados terceros tiene como consecuencia que el actual art. 9.8 del CC deje de aplicarse en los supuestos internacionales. El art. 28.2 de la Propuesta aclara que los Estados miembros no están obligados a aplicar el Reglamento a los supuestos internos, por lo que el art. 9.8 continuaría rigiendo en el ámbito interregional. La futura norma comunitaria incide, sin embargo, si el supuesto es internacional y resulta aplicable el Derecho español pues opera la remisión directa. Cada unidad territorial dentro de un Estado que tenga sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones se considerará un Estado a efectos del Reglamento. Por consiguiente, si un extranjero, que tuvo su última residencia habitual en Navarra, fallece será aplicable el Derecho navarro. En cambio, la Propuesta no resuelve adecuadamente la situación que se produce si el Derecho aplicable es el Derecho de la nacionalidad, pues la consideración de las unidades territoriales como Estados no permite determinar con certeza cual es el Derecho que rige si fallece un español que tuvo su última residencia habitual en el extranjero. Ahora bien si se tiene en cuenta que la aplicación del Derecho español se produce en dicho caso como consecuencia de la elección del causante de nacionalidad española cabe esperar que la *professio iuris* habrá especificado si se refiere al Derecho civil común o a alguno de los Derechos forales. Para aclarar que el causante no puede elegir cualquiera de los Derechos españoles sino que está vinculado al correspondiente a su vecindad civil sería, sin embargo, aconsejable que el futuro Reglamento incorporara una disposición a tal efecto.

Especial mención merece la regulación de los pactos sucesorios. La validez del pacto se admite aunque tal acuerdo no sea válido conforme a la ley rectora de la sucesión de una de las personas a las que afecta, pues basta que una sola de las leyes sucesorias concernidas considere al pacto válido para que éste rija y despliegue sus efectos conforme a dicha ley. Por consiguiente, la Propuesta se inspira claramente en un *favor validitatis*, aunque se incorpore un precepto que salvaguarda los derechos de terceros que no sean parte en el pacto.

En el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones y actos auténticos se propone la extensión del sistema establecido por el Reglamento 44/2001. Las resoluciones se reconocerán, por tanto, sin necesidad de recurrir a ningún procedimiento especial, pudiendo únicamente denegarse el reconocimiento si concurre alguno de los motivos tasados establecidos en el art. 30 de la Propuesta. La denegación puede producirse si la resolución es manifiestamente contraria al orden público del foro, si tal resolución fue dictada en rebeldía y el demandado no fue adecuadamente notificado o si dicha resolución es incompatible con otra resolución dictada bien en el foro, bien en otro Estado, si en éste último caso reúne las condiciones para ser reconocida. Por lo que respecta a los actos auténticos que tengan fuerza ejecutiva serán declarados ejecutivos en otro Estado miembro de conformidad con el procedimiento previsto en el Reglamento 44/2001.

La Propuesta, además de abordar las cuestiones clásicas de Derecho internacional privado (competencia de autoridades, ley aplicable, y reconocimiento y ejecución de decisiones), introduce un certificado europeo de heredero. Este certificado será expedido a petición de cualquier persona que tenga que justificar la cualidad de heredero o legatario o los poderes de ejecutores testamentarios o de terceros administradores a fin de acreditar la cualidad de tales y no tendrá carácter obligatorio, por lo que no sustituye a los certificados internos en aquellos Estados que como Alemania conocen dicha figura. Una vez expedido, será, sin embargo, reconocido de pleno derecho en todos los Estados miembros como prueba de la cualidad de heredero y legatario o de los poderes de terceros administradores, gozando de una presunción de veracidad y de importantes efectos en relación a terceros. Así se establece que cualquier persona que entregue bienes a una persona designada en un certificado queda liberada, salvo que concurra mala fe y dicha persona hubiera tenido constancia de que el contenido del certificado es incorrecto. Se estipula también que el certificado constituye un título válido para la inscripción de la adquisición sucesoria en los Registros públicos de los Estados en que estén ubicados los bienes. Por consiguiente, el certificado tiene importantes repercusiones en el plano material por lo que de adoptarse la Propuesta será, sin lugar a dudas, imprescindible realizar modificaciones del Derecho interno.

La Propuesta de Reglamento es sin lugar a dudas uno de los proyectos más ambiciosos del legislador comunitario. Tiene una evidente complejidad técnica e importantes efectos sobre el Derecho material. Para España es un proyecto sumamente importante, por el elevado número de extranjeros residentes en nuestro territorio y también por la emigración masiva al extranjero que se produjo en los años sesenta, como consecuencia de la cual existen muchos supuestos en los que españoles son propietarios de bienes tanto en España como en el extranjero. Convendrá, por consiguiente, estar muy atentos a las negociaciones que se lleven a cabo en Bruselas.

VI. DERECHO ANTIDISCRIMINACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

ALEJANDRA DE LAMA AYMÁ*

I. Jurisprudencia TJCE

STJCE 13 abril 2010 (nacionalidad), Asunto C-73/08, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al art. 234 CE, por la Court constitutionnelle (Bélgica), mediante resolución de 14 de febrero de 2008 recibida en el Tribunal de Justicia el 22 de febrero de 2008 en el procedimiento entre Nicolas Bressol y otros, Céline Chaveroit y otros y Gouvernement de la Communauté française.

Los recurrentes alegan que el Decreto de 16 de junio de 2006 vulnera el principio de no discriminación al tratar de manera diferente a los estudiantes

* Profesora Lectora de Derecho Civil. Universitat Autònoma de Barcelona.

residentes y a los no residentes sin que ello tenga justificación válida pues mientras que los primeros tienen acceso libre a los estudios, los segundos ven limitada su matrícula conforme a un límite máximo.

Se declara aplicable la Directiva 2004/38/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. A menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido, una disposición de un Estado miembro debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, puede afectar más a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios nacionales e implique, por consiguiente, el riesgo de perjudicar a los primeros.

La normativa nacional analizada establece una desigualdad de trato entre estudiantes residentes y no residentes y ese requisito es más fácil de cumplir por los nacionales belgas que residen normalmente en Bélgica que por los nacionales de otros Estados miembros que no suelen hacerlo. De ello resulta que la normativa controvertida afecta más por su propia naturaleza a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios y, por tanto, perjudica a los primeros. La desigualdad de trato del Decreto de 16 de junio de 2006 constituye una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad prohibida a menos que esté justificada objetivamente, sea adecuada para conseguir un objetivo legítimo y no exceda de lo necesario para conseguirlo. Debe determinarse si la calidad de la enseñanza o el riesgo de ausencia de profesionales sanitarios cualificados nacionales pueden justificar dicha desigualdad. Una preocupación por una excesiva carga financiera de la enseñanza superior no justifica la desigualdad de trato entre estudiantes cuando aquélla se determina conforme a un sistema de partida cerrado.

STJCE 12 enero 2010 (edad), Asunto C-229/08, que tiene por objeto una petición prejudicial planteada, con arreglo al art. 234 CE por el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Alemania), mediante resolución de 21 de abril de 2008, recibida ante el Tribunal de Justicia el 28 de mayo de 2008 en el procedimiento entre Colin Wolf y Stadt Frankfurt am Main.

Tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Parlamento europeo y 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. La normativa nacional analizada establece como edad máxima para la contratación como bombero los 30 años lo cual debe considerarse una diferencia de trato basada en la edad en el sentido del art. 2.2 de la Directiva.

El artículo 4.1 de la Directiva establece que la diferencia de trato no será discriminatoria cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o de su contexto, una característica concreta sea un requisito profesional esencial y determinante siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. El art. 6.1 de la Directiva establece que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán una discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente por una finalidad legítima.

Debe entenderse que la normativa nacional analizada que limita la edad máxima de contratación para el puesto de bombero está justificada y no es discriminatoria porque la aptitud física es una característica vinculada a la edad y constituye un requisito profesional esencial y determinante para la

actividad profesional de que se trata y para su ejercicio. El servicio técnico de bomberos exige para determinadas intervenciones, una capacidad física excepcionalmente elevada que únicamente tienen los funcionarios más jóvenes por lo que la edad máxima de contratación tiene el objetivo de garantizar que los bomberos puedan realizar las funciones que exigen esa capacidad durante un periodo relativamente largo de su carrera. La aptitud física es una característica vinculada a la edad por lo que el objetivo perseguido por la normativa es legítimo y la limitación de la edad máxima de contratación una medida adecuada y proporcionada para conseguirlo.

STJCE 12 enero 2010 (edad), Asunto C-341/08, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al art. 234 CE, mediante resolución de 25 de junio de 2008, recibida ante el Tribunal de Justicia el 24 julio 2008, en el procedimiento entre Domnica Petersen y Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe.

El artículo 2.5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación debe interpretarse en el sentido de que se opone a una medida nacional por la que se establezca un límite de edad máximo para el ejercicio de la profesión de dentista concertado, en el caso de autos 68 años, cuando dicha medida tiene la única finalidad de proteger la salud de los pacientes contra la disminución de facultades de los referidos dentistas a partir de la citada edad, puesto que ese límite de edad no se aplica a los dentistas no concertados.

El artículo 6.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no se opone a tal medida cuando ésta tiene la finalidad de repartir entre las generaciones las posibilidades de empleo en la profesión de dentista concertado, si, habida cuenta de la situación del mercado laboral de que se trata, la referida medida es adecuada y necesaria para lograr dicho objetivo. Los medios empleados para lograr dicho objetivo son adecuados y necesarios siempre que exista una situación en la que haya un número excedentario de dentistas concertados o el riesgo latente de que se produzca tal situación.

Corresponde al juez nacional determinar cuál de los objetivos perseguidos persigue tal medida y, por tanto, si es conforme a derecho o no. En caso de que una norma nacional sea contraria a la Directiva, corresponde al juez nacional no aplicarla aunque sea anterior a la Directiva y el ordenamiento jurídico nacional no prevea dejar de aplicarla.

II. Legislación

Directiva 2010/13/UE, de 10 de marzo del Parlamento Europeo y del Consejo de coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativa a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (DO L 95, 15 abril 2010).

El artículo 9.1 c) de la Directiva establece en su apartado ii) que los Estados miembros velarán por que las comunicaciones comerciales audiovisuales realizadas por prestadores sujetos a su jurisdicción se abstengan de «*incluir o fomentar cualquier discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual*».

El artículo 15.1 de la Directiva dice que *«Los Estados miembros velarán por que, a efectos de la emisión de breves resúmenes informativos, cualquier organismo de radiodifusión televisiva establecido en la Unión tenga acceso, en condiciones justas, razonables y no discriminatorias, a acontecimientos de gran interés público transmitidos en exclusiva por un organismo de radiodifusión televisiva bajo su jurisdicción»*.

Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre del Parlamento Europeo y del Consejo de modificación de la Directiva 2002/22/CE, de 7 marzo 2002 relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de las comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE, de 12 julio 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y Reglamento (CE) núm. 2006/2004, de 2 octubre 2004, sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores (DO L 337, 18 diciembre 2009).

Se modifica el art. 25.3 de la Directiva 2002/22/CE cuyo nuevo texto dice que *«Los Estados miembros velarán por que todos los usuarios finales a los que se preste un servicio telefónico disponible al público puedan acceder a los servicios de información sobre números de abonados. Las autoridades nacionales de reglamentación estarán habilitadas para imponer obligaciones y condiciones a las empresas que controlan el acceso a los usuarios finales en materia de prestación de servicios de información sobre números de abonados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2002/19/CE Directiva sobre acceso. Dichas obligaciones y condiciones deberán ser objetivas, equitativas, no discriminatorias y transparentes»*.

El texto del nuevo art. 34.1 de la Directiva 2002/22/CE establece que los Estados miembros garantizarán la disponibilidad de procedimientos extrajudiciales transparentes, *«no discriminatorios»*, sencillos y poco onerosos para tratar litigios no resueltos entre los consumidores y las empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones derivados de esta Directiva.

Se establecen algunas medidas dirigidas a garantizar el acceso al servicio por personas con discapacidad en condiciones equivalentes a las de otros usuarios finales en el art. 23 bis, 26.4 ó 27 bis apartado 4 de la Directiva.

Directiva 2009/138/CE, de 25 de noviembre del Parlamento Europeo y del Consejo de seguro de vida, acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (DOL 335, 17 diciembre 2009).

El artículo 151 de la Directiva garantiza el trato no discriminatorio de las personas que presenten reclamaciones y establece que *«El Estado miembro de acogida exigirá a la empresa de seguros distintos del seguro de vida que garantice que las personas cuyas reclamaciones tengan su origen en hechos ocurridos en su territorio no queden en situación menos favorable por la circunstancia de que la empresa cubra un riesgo del tramo 10 de la parte A del anexo I, distinto de la responsabilidad del transportista, en régimen de prestación de servicios y no a través de un establecimiento situado en dicho Estado»*.

III. Informes

Informe de la Comisión Europea sobre igualdad entre hombres y mujeres 2010, Luxemburgo, 2010.

El Informe sobre igualdad entre hombres y mujeres 2010 señala que la actual crisis económica ha alcanzado tal nivel que los logros en igualdad de género se encuentran en peligro y denuncia que los efectos de la recesión pueden recaer de forma más acentuada sobre las mujeres. La crisis puede ser utilizada como un argumento para recortar las medidas tomadas en el ámbito de la igualdad de género y en esa línea parecen ir las respuestas actuales a la crisis. Sin embargo, debe pensarse que precisamente los tiempos de crisis ofrecen una oportunidad única para el cambio puesto que la igualdad de género es un presupuesto para el crecimiento sostenible, el empleo, la competitividad y la cohesión social. Una eficiente política en igualdad de género debe considerarse como parte de la solución para salir de la crisis y cimentar la construcción de una economía más fuerte para el futuro.

Por ello, debe estrecharse la sinergia entre igualdad de género y empleo para estimular un crecimiento sostenible. También es necesario apoyar la conciliación laboral y familiar por lo que las políticas deben incentivar que los hombres participen más en el cuidado y responsabilidad familiar y debe tenerse en cuenta que las familias monoparentales están a cargo principalmente de las mujeres. Debe promoverse la igualdad e inclusión social pues las mujeres tienen un mayor riesgo de pobreza debido en parte a los bajos sueldos, precarias condiciones de trabajo y una importante carga en las responsabilidades familiares. Además la pobreza afecta de forma más acentuada a mujeres que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad: madres solteras, mujeres ancianas solas, mujeres con discapacidades, mujeres inmigrantes o pertenecientes a minorías étnicas. Debe también prevenirse y combatirse la violencia de género. Por último, es necesario que la igualdad de género sea un elemento central y visible en las políticas.

La Comisión invita al Consejo europeo a urgir a los Estados miembros a responder sin demora a los cambios y políticas indicados, especialmente:

- incrementar la dimensión de género en toda la estrategia europea hasta 2020
 - reducir las diferencias salariales
 - asegurar la diversidad en los consejos de las empresas
 - mejorar las medidas de conciliación para hombres y mujeres (flexibilidad laboral, estímulo de la igualdad en la participación de las responsabilidades familiares, facilitar el empleo a tiempo completo de hombres y mujeres,...)
 - intensificar los esfuerzos en la lucha contra la violencia de género
 - asegurar la existencia de políticas de protección de mujeres en situación de especial vulnerabilidad
 - asegurar que la perspectiva de género es tenida en cuenta en las respuestas a la crisis a nivel europeo y nacional considerando el diferente impacto que ésta tiene en hombres y mujeres
 - renovar el compromiso adquirido por los Estados miembros en el Pacto europeo por la igualdad de género

VII. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

JAVIER POU DE AVILÉS SANS*

I. Jurisprudencia del TJCE

STJCE (Sala 3.^a), de 15 de abril de 2010, Asunto C-518/08, que tiene por objeto una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunal de grande instance de París (Francia) mediante resolución de 29 de octubre de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 27 de noviembre de 2008, en el procedimiento entre Fundación Gala-Salvador Dalí, Visual Entidad de Gestión Artistas Plásticos (VEGAP) y Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP), Juan-Leonardo Bonet Doménech, Eulalia-María Bas Dalí, María del Carmen Doménech Biosca, Antonio Doménech Biosca y Mónica Busquest Bonet.

A la luz de los objetivos perseguidos por la Directiva 2001/84, los Estados miembros disponen de libertad de elección legislativa para determinar las categorías de personas que pueden disfrutar del derecho de participación tras el fallecimiento del autor de una obra de arte.

Procede responder a la primera cuestión planteada que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/84 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición de Derecho interno, como la controvertida en el litigio principal, que reserva el beneficio del derecho de participación únicamente a los herederos forzosos del artista, con exclusión de los herederos y legatarios testamentarios.

Nada de lo dispuesto por la Directiva 2001/84 permite considerar que el legislador de la Unión haya querido excluir la aplicación de las reglas que rigen la coordinación entre los diferentes Derechos internos en materia sucesoria, en particular las que forman parte del Derecho internacional privado y están destinadas a resolver un conflicto de leyes como el planteado en el litigio principal. A los efectos de la aplicación de la disposición nacional que adapta el Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2001/84, incumbe al tribunal remitente tener debidamente en cuenta todas las reglas pertinentes dirigidas a resolver los conflictos de leyes en materia de atribución sucesoria del derecho de participación.

II. Resoluciones del Consejo

Resolución del Consejo de 1 de marzo de 2010 sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual en el mercado interior (2010/C 56/01).

El Consejo realiza varias solicitudes a la Comisión: 1.^a Que detalle en mayor medida el ámbito de las competencias, funciones y papel del Observatorio Europeo de la Falsificación y la Piratería, y respalde su actividad a través de las estructuras institucionales existentes; 2.^a Que, de acuerdo con el artículo 18 de la Directiva 2004/48/CE y en estrecha colaboración con los Estados miembros, analice la aplicación de dicha Directiva, incluyendo una evaluación de la eficacia de las medidas tomadas y, en caso necesario, pro-

* Profesor asociado de Derecho Civil. U. Autónoma de Barcelona. Abogado.

ponga las modificaciones pertinentes para garantizar una mejor protección de los derechos de propiedad intelectual; 3.^a Que estudie la conveniencia de presentar una propuesta modificada de Directiva sobre medidas penales destinadas a luchar contra la falsificación y la piratería, incluyendo una evaluación de la medida en que la acción es esencial para garantizar una aplicación eficaz de una política de la Unión en un ámbito sometido a medidas de armonización, así como un estudio de las consecuencias, costes y beneficios de las nuevas medidas; 4.^a Que evalúe, en estrecha cooperación con los estados miembros, cuál sería la mejor forma de mejorar la coordinación, cooperación, intercambio de información y asistencia mutua entre todas las autoridades nacionales y europeas implicadas en la lucha contra la falsificación y la piratería con la cooperación de los actores económicos.

También insta a los Estados miembros a fin de que: 1.º Junto a la Comisión, consideren el modo de apoyar la revisión 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, (Reglamento Bruselas I) a fin de simplificar la ejecución transfronteriza de resoluciones judiciales para asegurar una protección eficaz de los derechos de la propiedad intelectual; 2.º Junto a la Comisión, a que exploren cuál sería la mejor forma de utilizar la experiencia y los conocimientos disponibles en la Unión Europea y en las oficinas nacionales de la propiedad intelectual para estudiar las posibilidades de facilitar información a los titulares de los derechos, en particular las pequeñas y medianas empresas, mediante el refuerzo de los portales y servicios de asistencia existentes y de posible nueva creación, de modo que puedan proteger eficaz y eficientemente su propiedad intelectual. Asimismo solicita a los Estados miembros: 1.º Que comuniquen a la Comisión cualquier acuerdo vigente sobre medidas prácticas voluntarias destinadas a reducir la falsificación y la piratería en el mercado interior; 2.º Que, junto con la Comisión, trabajen para fomentar unos niveles adecuados y eficaces de protección de la propiedad intelectual, tanto en acuerdos internacionales bilaterales y multilaterales; también les pide a los Estados Miembros que elaboren estrategias nacionales contra la falsificación y la piratería, estableciendo estructuras transparentes de coordinación en este ámbito.

Asimismo solicita al Observatorio Europeo de la Falsificación y la Piratería que: 1.º Convoque reuniones periódicas de expertos, con representantes de las autoridades públicas, órganos del sector privado y organizaciones de consumidores, para promover soluciones satisfactorias y proporcionadas contra la falsificación y la piratería, prestando especial atención a la recopilación de mejores prácticas en los sectores públicos y privado, y códigos de conducta en los sectores privados, debiendo tener en cuenta, en su informe anual, las conclusiones de las reuniones de expertos y mesas redondas pertinentes; 2.º Publique cada año un informe anual global que abarque el ámbito, magnitud y principales características de la falsificación y la piratería, así como sus consecuencias para el mercado interior. Dicho informe se preparará con la información pertinente facilitada por las autoridades de los Estados miembros, la Comisión y el sector privado, dentro de los límites de la legislación sobre protección de datos; y, 3.º Amplíe el estudio de las causas, consecuencias y efectos de violaciones de los derechos de propiedad intelectual en la innovación, competitividad, mercado laboral, sanidad, seguridad, creatividad y diversidad cultural del mercado interior y a que estudie la necesidad de

aplicar programas de formación a escala de la Unión Europea para los implicados en la lucha contra la falsificación y la piratería.

III. Legislación

El 14 de marzo de 2010 entró en vigor, por lo que respecta a la Unión Europea, el tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor y el Tratado de la OMPI sobre interpretación Ejecución y Fonogramas, adoptados en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 (2010/L 32/1).

IV. Otros documentos de interés

a) *European Copyright Code*

El 26 de abril de 2010 se publicó el *European Copyright Code* (www.copyrightcode.eu) Resultado final del proyecto conocido como *Wittem Project*, que se inició en el año 2002 a instancias de un programa internacional de tres universidades de los Países Bajos (Radboud University of Nijmegen, University of Amsterdam y Leiden University) y que en la actualidad está formado por investigadores sobre derechos de autor de toda la Unión Europea.

Su finalidad consiste en promover transparencia y consistencia en el derecho de autor europeo. Los investigadores que forman el proyecto consideran que el mismo puede servir como herramienta para futuras armonizaciones o unificaciones del derecho de autor a nivel europeo.

El Código parte de un proyecto elaborado por un *Drafting Committee* integrado por los Profesores Quaadvlieg, Hugenholtz, Strowel, Visser, Dreier y Hilty, que fue discutido ampliamente en una sesión plenaria de todos los miembros del *Wittem Project* y otros expertos invitados *ad hoc*, tras la cual nace el código definitivo que finalmente se ha publicado.

El mismo se divide en cinco capítulos que tratan, respectivamente: el sujeto de los derechos de autor, la autoría y la propiedad de los derechos, los derechos morales, los económicos y, por último, límites al ejercicio de los derechos.

Para la elaboración del Código se han tenido en cuenta las siete directivas que se han promulgado desde el año 1991. Sin embargo, en ocasiones, se desvía de ellas, por lo que no puede ser considerado una mera consolidación de lo dispuesto en las mismas.

En primer lugar, el Código dedica, en el Capítulo I, sus primeros artículos (1.1 y 1.2) a definir cuáles son los objetos de protección por parte de los derechos de autor, considerando que se engloban dentro de los mismos cualquier expresión en el campo de la literatura, el arte o la ciencia que constituya una creación intelectual original por parte de su autor y, en particular: palabras escritas o recitadas, composiciones musicales, obras teatrales y coreografías, pinturas, gráficos, fotografías y esculturas, filmaciones, diseños industriales y arquitectónicos; programas de ordenador y, por último, colecciones, compilaciones y bases de datos. Considera que no lo pueden ser, en sí mismas, como expresiones del campo de la literatura, arte o ciencia: los hechos, descubrimientos, noticias y datos, las ideas y teorías ni los procedimientos, método de operación ni conceptos matemáticos. En cuanto a exclusiones,

excluye expresamente del ámbito de protección de los derechos de autor los textos legislativos, administrativos y judiciales, así como documentos oficiales publicados por autoridades públicas.

En el Capítulo II (arts. 2.1 a 2.4) dedicado a la autoría y a la propiedad de los derechos, sigue la clásica distinción entre los derechos morales y los económicos como componentes de los derechos de autor, prohibiéndose la cesión respecto a los primeros. En cuanto a los derechos económicos, se permite expresamente que los mismos sean cedidos, licenciados o bien transmitidos vía herencia. En este punto, el Código establece una interesante distinción entre los términos «ceder» y «licenciar», exigiendo, para el primero de ellos, y como requisito de validez, su constancia por escrito (art. 2.3).

En lo que respecta a las cesiones o a las licencias en exclusiva, el art. 2.4 del Código establece que las mismas deben contener las siguientes especificaciones mínimas: a) el importe de la remuneración del autor; b) el ámbito geográfico; c) el modo de explotación; d) la duración de la concesión. Lo novedoso del texto es que no sanciona con la nulidad la falta de cualquiera de estos requisitos, sino que establece una regla legal sobre la extensión de la concesión tomando como parámetro el motivo que ocasionó su otorgamiento.

En cuanto a los derechos morales, el texto contempla, en el Capítulo III (arts. 3.1 a 3.5), los siguientes: el de divulgación; el de atribución (paternidad de la obra), que comprende tanto el derecho a ser identificado como autor, el derecho a usar un seudónimo o al anonimato y el derecho a que se respete el nombre o título designado por el autor, y el de integridad. No se incluyen otros derechos morales, tales como, el de modificar la obra, retirarla del comercio por cambio de convicciones morales o intelectuales o el de acceder al ejemplar único o raro de su obra, cuando se halle en poder de otro. Debe destacarse que el Código atribuye diferentes plazos de duración a los derechos morales. Así, respecto al primero de ellos (art. 3.2), concede un plazo de duración limitado, exclusivamente, a la vida del autor; mientras que para los otros dos (arts 3.3 y 3.4) prevé que puedan extenderse más allá de su muerte, sin especificar su duración concreta.

Introduce, asimismo, de forma adyacente, una posibilidad encubierta de renuncia a los derechos morales de autor, permitiendo en su artículo 3.5 que éste pueda «consentir no ejercerlos», siempre que tal consentimiento sea en un ámbito limitado, emitido de forma inequívoca e informado, aunque no se exige la forma escrita a esa renuncia temporal.

Por último, y como interesante novedad, establece en su art. 3.6 un límite a los derechos morales, en aquellos supuestos en que su ejercicio pueda dañar los intereses de terceras personas hasta un punto que sea manifiestamente desproporcionado con los intereses del propio autor. Con otras palabras, sanciona expresamente el abuso de derecho en el ejercicio de los derechos morales por parte de su autor. En el mismo sentido, establece que, tras la muerte del autor, los derechos de atribución (paternidad) e integridad solo podrán ser ejercidos de forma que tenga en cuenta la protección de la persona del autor fallecido y los legítimos intereses de terceros.

El Capítulo IV (arts 4.1 a 4.6) se dedica a la regulación de los derechos económicos, contemplando los siguientes: de reproducción, de distribución, de alquiler (*right of rental*, en la propia terminología del Código) y de comunicación pública.

Como novedad importante que afecta a todos ellos, existe unanimidad entre los autores del texto en que el plazo actual de protección de los derechos es, en la actualidad, demasiado largo, a pesar de lo anterior, no existe

unanimidad entre ellos sobre cual debería ser el plazo adecuado, por lo que no se pronuncian en relación con este extremo.

En cuanto al derecho de distribución se introduce en su art. 4.3, 2, siguiendo lo que establecen las disposiciones en el ámbito del derecho de marcas, el agotamiento de ese derecho desde el momento en que el original o cualquier copia de la obra se introducen en el mercado por el propio autor o por otro con su consentimiento.

En lo que respecta al derecho de comunicación pública, se especifica que existe tal comunicación desde el momento en que se dirige a una pluralidad de personas, a excepción de que las mismas se hallen conectadas mediante relaciones personales, apartándose del término «ámbito estrictamente doméstico» (art. 4.5, 2).

El último Capítulo, el V (arts 5.1 a 5.8) del Código que reseñamos, está reservado a los límites a los derechos, y se divide en cuatro grandes grupos: primero, por razón de usos con un mínimo significado económico; segundo, por razón de las libertades de expresión e información; tercero, en los casos en que se persiga la promoción de objetivos sociales, políticos y culturales, y, en cuarto lugar, y de forma novedosa, en aquellos casos en que el uso se realice con la finalidad de mejorar la competencia.

Hay que resaltar que, en la mayoría de los casos, se permiten los usos sin previa autorización ni remuneración pero que, en determinados supuestos, no hay exención de la remuneración. Son los casos de reportajes a los efectos meramente internos en organizaciones, para usos relacionados con investigación científica, reproducciones realizadas por una persona física para su uso privado, reproducciones para usos educativos y, en los supuestos englobados en usos que se realicen con la finalidad de mejorar la competencia, en aquellos casos en que se den todas y cada una de las siguientes condiciones: que el uso sea indispensable para competir en el mercado, que el titular del derecho haya rehusado a licenciar, en términos razonables y que, además, el uso no perjudique razonablemente los intereses del titular de los derechos.

Asimismo, se establece una cláusula de cierre (art. 5.5) en la que, con carácter general, cualquier otro uso que sea comparable a los antes expuestos igualmente estará permitido sin necesidad de autorización del autor, siempre que no entre en conflicto con la normal explotación de la obra, ni perjudique de forma irrazonable los intereses del autor o del titular de los derechos, teniendo en cuenta los legítimos intereses de terceras personas.

También, de forma general, se establece en su art. 5.7, punto 1, que cualquier remuneración que deba establecerse al amparo de lo dispuesto en ese capítulo, debe ser justa y adecuada.

b) *Audiencia pública del Comité Económico y Social Europeo*

El 9 de febrero de 2010, el Comité Económico y Social Europeo (CESE) celebró una audiencia pública sobre los derechos de autor, especialmente orientada hacia la música. (www.eesc.europa.eu) (CES/10/16).

En la misma se examinaron varios aspectos, por ejemplo, la remuneración, el significado del concepto de «comunicación pública» (*public performance*), las sanciones por explotación ilegal y el funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva. El debate se centró, asimismo, en la importancia de reforzar el marco jurídico y de proteger los derechos de propiedad intelectual, lo cual figura en el programa de la Presidencia española como cuestión relevante tanto para la UE como en la esfera mundial.

VIII. DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉNTRIGO GARCÍA*

I. Legislación

A. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Directiva 2010/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) (DOUE L 95, de 15 de abril de 2010, 1-24).

La presente Directiva, en aras de una mayor racionalidad y claridad, procede a la codificación de la Directiva 89/552/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), y sus modificaciones.

Esta normativa define el concepto de responsabilidad editorial, elemento fundamental para determinar el papel de prestador del servicio de comunicación, entendida como el ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico, en el caso de las radiodifusiones televisivas, ya en un catálogo, en el caso de los servicios de comunicación audiovisual a petición (art. 1.1.º apartado c).

En todo caso, ha de tenerse en cuenta que la responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados. Por otra parte, los Estados miembros pueden especificar con mayor detalle aspectos de esta definición, sobre todo del concepto de «control efectivo», cuando adopten las disposiciones necesarias para la aplicación de la presente Directiva.

También en materia de responsabilidad, el art 28 prevé, sin perjuicio de las demás disposiciones civiles, administrativas o penales adoptadas por los Estados miembros, que cualquier persona física o jurídica, independientemente de su nacionalidad, cuyos legítimos derechos, en particular en relación con su honor y su reputación, hayan sido lesionados como consecuencia de una afirmación errónea realizada en un programa de televisión, deberá poder disponer de un derecho de réplica o de medidas equivalentes. No obstante, podrá desestimarse la solicitud del ejercicio del derecho de réplica o de las medidas equivalentes si no estuviere justificada, si constituyere un acto punible, si comprometiera la responsabilidad civil del organismo de radiodifusión televisiva o si fuere contraria a las buenas costumbres.

Finalmente, la Directiva 2010/13/UE se entiende sin perjuicio de las exenciones en materia de responsabilidad establecidas por la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

* Profesora contratada doctor de Derecho civil, Universidad de Santiago de Compostela.

B. LEGISLACIÓN NACIONAL DE INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE NORMAS COMUNITARIAS

L. 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (BOE 273, de 12 de noviembre de 2009, 94903-94930).

La ley 15/2009 no deriva de manera directa de la normativa comunitaria; propiamente, pretende adaptar el Derecho del contrato de transporte terrestre español al modelo contemplado por los convenios internacionales en la materia, básicamente al Convenio de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) y a las Reglas Uniformes CIM/1999. Con ello se sigue el ejemplo de otros países europeos, actualizando el régimen jurídico del contrato de transporte terrestre de mercancías tanto por lo que se refiere al transporte por carretera como por ferrocarril. Se logra así una aproximación del régimen jurídico del transporte terrestre de mercancías internacional y el puramente interno.

Con carácter general, el art. 47.2.º (*Supuestos de responsabilidad*) dispone que, a falta de regulación específica, el incumplimiento por el porteador de otras obligaciones derivadas del contrato de transporte se regirá por las normas generales de la responsabilidad contractual. Ahora bien, desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual, cabe destacar el art. 63 (*Aplicación del régimen de responsabilidad a las diversas acciones*) en materia de *Responsabilidad del porteador* (Capítulo V). De acuerdo con este precepto, el régimen de responsabilidad previsto en este capítulo será aplicable a toda acción que persiga una indemnización por daños y perjuicios derivados del transporte, con independencia de cuál sea el procedimiento a través del que se ejercite o su fundamento contractual o extracontractual, tanto si se hace valer frente al porteador como si se dirige contra sus auxiliares.

L. 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE 283, de 24 de noviembre de 2009, 99570-99593).

El artículo 21 de la L. 17/2009 (*vid. supra* la reseña de Carlos Gómez, en el apartado «España. Legislación»), sobre seguros y garantías de responsabilidad profesional, dispone que se podrá exigir a los prestadores de servicios, en norma con rango de ley, la suscripción de un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente que cubra los daños que puedan provocar en la prestación del servicio en aquellos casos en que los servicios que presten presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad del destinatario o de un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario. La garantía exigida deberá ser proporcionada a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto.

Cuando un prestador que se establezca en España ya esté cubierto por un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente o comparable en lo esencial en cuanto a su finalidad y a la cobertura que ofrezca en términos de riesgo asegurado, suma asegurada o límite de la garantía en otro Estado miembro en el que ya esté establecido, se considerará cumplida la exigencia a la que se refiere el apartado anterior. Si la equivalencia con los requisitos es sólo parcial, podrá exigirse la ampliación del seguro u otra garantía hasta completar las condiciones que se hayan establecido en la norma que lo regula.

L. 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE 308, de 23 de diciembre de 2009, 108507-108578).

Tras la aprobación de la L. 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que incorpora parcialmente al Derecho español la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, resulta necesario proceder, con carácter complementario, a la adaptación de varias leyes a la nueva regulación. La finalidad buscada es impulsar una mejora global del marco regulatorio del sector servicios, para así obtener ganancias de eficiencia, productividad y empleo en los sectores implicados, además de un incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos.

Entre estas leyes objeto de adaptación se encuentra la L. 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales. En concreto se añade el art. 13 (visado). Conforme a este precepto, los Colegios de profesiones técnicas visarán los trabajos profesionales en su ámbito de competencia únicamente cuando se solicite por petición expresa de los clientes, incluidas las Administraciones Públicas cuando actúen como tales, o cuando así lo establezca el Gobierno mediante Real Decreto, previa consulta a los colegiados afectados. El objeto del visado será comprobar, al menos, (a) La identidad y habilitación profesional del autor del trabajo, utilizando para ello los registros de colegiados, y (b) la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional de acuerdo con la normativa aplicable al trabajo del que se trate, sin comprender el control técnico de los elementos facultativos del trabajo profesional.

En todo caso, el visado informará sobre la responsabilidad que asume el Colegio. En efecto, en el supuesto de daños derivados de un trabajo profesional que haya visado el Colegio, en el que resulte responsable el autor del mismo, el Colegio responderá subsidiariamente de los daños que tengan su origen en defectos que hubieran debido ser puestos de manifiesto por el Colegio al visar el trabajo profesional, y que guarden relación directa con los elementos que se han visado en ese trabajo concreto.

L. 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE 315, de 31 de diciembre de 2009, 112039-112060).

De acuerdo con lo establecido en su disposición final tercera (Incorporación del derecho de la Unión Europea), la L. 29/2009 incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. Igualmente, se incorpora en esta ley la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Su artículo tercero modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, apro-

bado por el RD Leg. 1/2007, de 16 de noviembre. Desde la perspectiva del derecho de daños, interesa la nueva redacción dada al art. 19, cuyo apartado 2.º *in fine* señala que no tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual, que se regirán conforme a lo previsto en el art. 59. Ello no obsta, en cambio, la aplicación de las normas que regulen las prácticas comerciales que puedan afectar a la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, incluidas las relativas a la seguridad de bienes y servicios.

L. 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual (BOE 79, de 1 de abril de 2010, 30157-30209).

Una de las funciones de la L. 7/2010 es la transposición de la Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre del 2007, de forma que se garantice el pluralismo y los derechos de los consumidores. Por otra parte, se pretende compendiar la normativa vigente aún válida, actualizar aquellos aspectos que han sufrido importantes modificaciones y regular las nuevas situaciones carentes de marco legal. Se responde así a la creciente importancia del sector audiovisual, hasta el momento, basado en la explotación tradicional de la radio y televisión analógica. Ahora bien, la irrupción de la tecnología digital supone un cambio de las condiciones técnicas que implica, a su vez, un aumento en el acceso a los medios audiovisuales y la evolución de los modelos de negocio.

En materia de responsabilidad, el art. 7.2º (los derechos del menor) dispone que, en todo caso, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tendrán responsabilidad subsidiaria sobre los fraudes que se puedan producir a través de estos programas. Y, en general, el infractor habrá de reponer la situación alterada a su estado originario y resarcir los daños y perjuicios causados, siempre que técnicamente sea posible (art. 61.3º, responsabilidad por la comisión de infracciones).

De forma parecida a lo dispuesto por la normativa comunitaria, se entiende por responsabilidad editorial el ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico o en un catálogo de los servicios de comunicación audiovisual. La responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal de acuerdo con la legislación nacional por los contenidos o los servicios prestados (art. 13, responsabilidad editorial).

L. 8/2010, de 31 de marzo, por la que se establece el régimen sancionador previsto en los Reglamentos (CE) relativos al registro, a la evaluación, a la autorización y a la restricción de las sustancias y mezclas químicas (REACH) y sobre la clasificación, el etiquetado y el envasado de sustancias y mezclas (CLP), que lo modifica (BOE 79, de 1 de abril de 2010, 30210-30221).

En el supuesto de vulneración de la presente normativa, el infractor quedará obligado a la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como a la indemnización de los daños y perjuicios causados. En los casos de daños medioambientales, el infractor estará obligado a la reparación en los términos de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (art. 14, reparación del daño e indemnización).

II. Jurisprudencia

A. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

STJCE (Sala cuarta), de 22 de diciembre de 2009 (asunto C-301/08). Responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente.

El Tribunal se ha pronunciado sobre una petición de decisión prejudicial presentada en el marco de un litigio entre la Sra. Bogiatzi, y la sociedad Luxair, société luxembourgeoise de navigation aérienne SA (en lo sucesivo, «Luxair»), y la asociación alemana Deutscher Luftpool, en relación con la reparación solidaria de un daño que sufrió como consecuencia de un accidente sufrido durante el embarque en un avión de Luxair. Al respecto, entiende que el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, en su versión modificada en último lugar por los cuatro Protocolos adicionales de Montreal de 25 de septiembre de 1975, no forma parte de las normas del ordenamiento jurídico comunitario cuya interpretación es competencia del Tribunal de Justicia. En todo caso, el Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo, de 9 de octubre de 1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la aplicación del artículo 29 del Convenio de Varsovia a una situación en la que un viajero solicita que se haga responsable a una compañía aérea del daño sufrido durante un vuelo entre Estados miembros de la Comunidad Europea.

STJCE (Gran Sala), de 2 de diciembre de 2009 (asunto C-358/08). Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

En relación con una petición de decisión prejudicial, el Tribunal señala, en primer lugar, que el artículo 11 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una normativa nacional que autorice la sustitución de un demandado por otro en el curso de un procedimiento judicial se aplique de manera que permita demandar, una vez expirado el plazo que fija, a un «productor» en el sentido del artículo 3 de esta Directiva, en una acción judicial ejercitada dentro de dicho plazo contra otra persona. No obstante, por una parte, dicho artículo 11 debe ser interpretado en el sentido de que no se opone a que el tribunal nacional considere que, en la acción judicial ejercitada, dentro del plazo que fija, contra la filial al 100 % del «productor», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 85/374, dicho productor pueda sustituir si el tribunal nacional comprueba que, de hecho, fue el productor quien determinó la puesta en circulación del producto de que se trata. Por otra parte, el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 85/374 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el perjudicado por un producto supuestamente defectuoso no pudo razonablemente identificar al productor de dicho producto antes de ejercitar sus derechos frente al suministrador del mismo, dicho suministrador debe ser considerado «productor» a efectos, en particular, de la aplicación del artículo 11 de dicha Directiva, si no comunicó al perjudicado, por iniciativa propia y de manera diligente, la identidad del productor o de su propio suminis-

tradador, extremo éste que corresponde comprobar al tribunal nacional, habida cuenta de las circunstancias del caso.

STJCE (Gran Sala), de 9 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-379/08 y C-380/08). Responsabilidad medioambiental.

Los litigios principales se inscriben en una serie de recursos interpuestos contra las resoluciones de varias autoridades administrativas italianas por las que se impuso a las sociedades recurrentes obligaciones de reparación de la contaminación comprobada. El Tribunal entiende que los artículos 7 y 11, apartado 4, de la Directiva 2004/35 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, en relación con el anexo II de dicha Directiva, deben interpretarse en el sentido de que la autoridad competente está facultada para modificar sustancialmente las medidas reparadoras de daños medioambientales que han sido adoptadas tras un procedimiento contradictorio llevado a cabo en colaboración con los operadores interesados y cuya ejecución ha comenzado o acabado. No obstante, para adoptar tal decisión: (a) dicha autoridad deberá oír a los operadores a los que se impongan tales medidas, salvo cuando la urgencia de la situación medioambiental exija una actuación inmediata por parte de la autoridad competente; (b) la referida autoridad también habrá de invitar, en particular, a las personas en cuyas tierras hayan de aplicarse tales medidas a presentar sus observaciones y las tendrá en cuenta; y (c) dicha autoridad deberá tener en cuenta los criterios previstos en el punto 1.3.1 del anexo II de la Directiva 2004/35 e indicar, en su decisión, los motivos exactos en los que se basa su elección así como, en su caso, los que justifiquen que no era necesario hacer un examen detallado a la vista de los referidos criterios o que éste no pudo efectuarse debido, por ejemplo, a la urgencia de la situación medioambiental. Por otra parte, en circunstancias como las que concurren en los litigios principales, la Directiva 2004/35 no se opone a una normativa nacional que permite a la autoridad competente supeditar el ejercicio, por parte de los operadores a los que van dirigidas las medidas reparadoras del medio ambiente, del derecho a utilizar sus terrenos a la condición de que ejecuten los trabajos que éstas exijan y ello aunque los referidos terrenos no estén afectados por esas medidas al haber sido objeto de medidas de «saneamiento» anteriores o no haber sido jamás contaminados. No obstante, tal medida ha de justificarse por el objetivo de impedir la agravación de la situación medioambiental en el lugar en que se ejecutan las referidas medidas o, en aplicación del principio de cautela, por el objetivo de prevenir la aparición o reaparición de otros daños medioambientales en los referidos terrenos de los operadores, adyacentes a todo el litoral objeto de las citadas medidas reparadoras.

STJCE (Gran Sala), de 9 de marzo de 2010 (asunto C-378/08). Responsabilidad medioambiental

El litigio principal se refiere a la región de Priolo Gargallo (Sicilia), declarada «sitio de interés nacional a los efectos de «saneamiento»» y, más concretamente, la Rada de Augusta. Ésta se ve afectada por fenómenos recurrentes de contaminación medioambiental cuyo origen se remonta a los años 60, cuando el polo de Augusta-Priolo-Melilli fue creado como polo petrolífe-

ro. Desde entonces, numerosas empresas activas en el sector de los hidrocarburos y la petroquímica se instalaron y sucedieron en dicha región. Al respecto, el Tribunal declara que cuando, en una situación de contaminación medioambiental, no se cumplen las condiciones de aplicación *ratione temporis* y/o *ratione materiae* de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, tal situación estará sometida al Derecho nacional dentro del respeto de las reglas del Tratado y sin perjuicio de otros actos de Derecho derivado. Ahora bien, la Directiva 2004/35 no se opone a una normativa nacional que permite a la autoridad competente, que actúa en el marco de dicha Directiva, presumir la existencia de un nexo causal, incluso en el supuesto de contaminación de carácter difuso, entre los operadores y una contaminación comprobada y ello por razón de la proximidad de sus instalaciones al área contaminada. No obstante, de conformidad con el principio de quien contamina paga, a fin de presumir que existe tal nexo causal, dicha autoridad ha de disponer de indicios plausibles que puedan constituir la base de su presunción, por ejemplo, la proximidad de la instalación del operador a la contaminación comprobada y la coincidencia entre las sustancias contaminantes encontradas y las componentes utilizadas por el referido operador en el marco de sus actividades. Asimismo, los artículos 3, apartado 1, 4, apartado 5, y 11, apartado 2, de la Directiva 2004/35, deben interpretarse en el sentido de que, cuando la autoridad competente decida imponer medidas de reparación de daños medioambientales a los operadores cuyas actividades estén comprendidas dentro del ámbito de aplicación del anexo III de dicha Directiva, la autoridad competente no está obligada a demostrar que ha habido culpa o negligencia, ni tampoco una intención dolosa por parte de los operadores cuyas actividades se consideren responsables de los daños causados al medio ambiente. Por el contrario, incumbe a dicha autoridad, por una parte, investigar previamente el origen de la contaminación comprobada, para lo que dispone de un margen de apreciación en lo referente a los procedimientos, los medios que han de desplegarse y a la duración de tal investigación. Por otra parte, dicha autoridad está obligada a demostrar, según las normas nacionales en materia de prueba, la existencia de un nexo causal entre las actividades de los operadores afectados por las medidas de reparación y la referida contaminación.

STJCE (Gran Sala), de 23 de marzo de 2010 (asunto C-236/08 a 238/08). Responsabilidad del prestador de servicios de la sociedad de la información

A propósito del papel del prestador de un servicio remunerado de referenciación, en el litigio de Vuitton contra Google, el Tribunal interpreta el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), en el sentido de que la norma que establece se aplica al prestador de un servicio de referenciación en Internet cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados. Si no desempeña un papel de este tipo, no puede considerarse responsable al prestador de los datos almacenados a petición del anunciante, a menos que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de estos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

STJCE (Sala Tercera), de 6 de mayo de 2010 (asunto C-63/09). Responsabilidad de los transportistas en materia de equipaje facturado

En relación con una petición de decisión prejudicial, el Tribunal entiende que el término «daño», subyacente al artículo 22, apartado 2, del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, celebrado en Montreal el 28 de mayo de 1999, firmado por la Comunidad Europea el 9 de diciembre de 1999 y aprobado en nombre de ésta mediante la Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril de 2001, que fija el límite de responsabilidad del transportista aéreo por el daño resultante, en particular, de la pérdida de equipaje, debe interpretarse en el sentido de que incluye tanto el daño material como el moral.

B. TRIBUNAL SUPREMO

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 9 de diciembre de 2009. Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información; alojamiento o almacenamiento de datos.

La sentencia valora la falta de diligencia de Asociación de Internautas en el cumplimiento de la carga prevista en la letra b) del artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico respecto del dominio «www.putasgae.org», dirigido por la «Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE». El Tribunal entiende que no es conforme a la Directiva -cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios- una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del «conocimiento efectivo» de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo. El propio artículo 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva al dejar a salvo la posibilidad de «otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse»; además, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al «conocimiento efectivo» a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.

IX. EL DERECHO DE *TRUSTS* EN LA UNIÓN EUROPEA

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN*

La regulación europea de los *Trusts* en los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full Edition, preparado por el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Acquis Group).

Después de la edición provisional del Proyecto de Marco Común de Referencia, en el año 2008, a principios del año 2009, la editorial Sellier

* Prof. Contratada Doctor, Universidad de Cantabria.

publicaba la *Outline Edition* de los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, un trabajo elaborado por el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC. Private Law (Acquis Group), con el propósito de «servir de posible modelo político al Marco Común de Referencia, ofrecer un sólido trabajo académico de derecho comparado y servir de fuente de inspiración a legisladores y prácticos del derecho». Entre las razones que adujeron los redactores para esta nueva edición estaba la de ampliar el texto inicial con nuevas normas en materia de contratos de préstamo y donación, modos de adquisición y pérdida de la propiedad, garantías mobiliarias y *trusts*, y así, respecto del tema que aquí nos ocupa, se introdujo un nuevo Libro X, en el volumen 6, dedicado a la regulación de los *trusts*.

A lo largo del mismo año se publicó la *full edition*, una tercera edición de la misma obra que, junto al articulado de la edición anterior, introduce comentarios al mismo, ilustraciones y notas, aunque la primera nota a pie de página del Libro X ya anticipa que «lamentablemente, no ha habido tiempo para redactar comentarios a todos los artículos del Libro X. Se ofrecerán los Comentarios Completos en el próximo Libro de los PEL sobre Trusts». Quizás la cuarta edición que ha visto la luz mientras escribimos estas páginas, contenga los anunciados comentarios completos y notas de derecho comparado que se echan de menos en el texto que ahora manejamos.

A diferencia de los *Principles of European Trust Law*, redactados por D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann y H.L.E. Verhagen (Kluwer, 1999), con el declarado objetivo de ofrecer un conjunto de reglas que puedan servir como referente a aquellos estados que decidan desarrollar legislativamente la figura, como guía a los prácticos que deban interpretar instituciones afines y como reglas subsidiarias a las que puedan remitirse los contratantes, y cuya regulación se limita a ocho artículos que sintetizan los aspectos más problemáticos de la figura, el Libro X del DCFR ofrece una regulación muy detallada.

Se trata de ciento seis artículos organizados en diez capítulos que se subdividen a su vez en secciones y subsecciones. Los comentarios (a los tres primeros capítulos) incluyen en ocasiones ilustraciones, a modo de ejemplos, con una técnica semejante a la de los *Principles of European Contract Law*. El Libro X comienza con disposiciones de carácter general (Cap. I) entre las cuáles cabe destacar, junto a una presentación general de la institución y algunas precisiones terminológicas, indicaciones acerca de la relación entre éste y los demás libros del DCFR. Esta última es una preocupación constante del legislador que, a lo largo del articulado del Libro X y, en ocasiones, en los comentarios, retoma varias veces la cuestión del carácter preferente o no de las reglas en materia de *trusts*, frente a otras partes del DCFR. Esto no es extraño si tenemos en cuenta la versatilidad de la figura, susceptible de muy diversas aplicaciones y por lo tanto propicia a generar relaciones objeto de regulación por otros libros del DCFR (ej. Libros II y III).

Los Capítulos II y III tienen por objeto, respectivamente, la constitución de los *trusts* y su administración; y los Capítulos V, VI y VIII contienen una pormenorizada regulación de los derechos y obligaciones de las partes, especialmente del *trustee*, elemento indispensable del *trust*. La relación del *trust* con terceros, acreedores, deudores y adquirentes de bienes del *trust* es objeto de un capítulo aparte, el X, al igual que la responsabilidad del *trustee* y los remedios ante el incumplimiento, regulados en el Capítulo VII. Completan el Libro X otros dos capítulos, el IV y el IX, dedicados respectivamente a la

interpretación de los términos del *trust* y causas de ineficacia, por una parte, y a la modificación y extinción de la figura, por otra.

El artículo 1:201 define el *trust* como «una relación jurídica en virtud de la cual un trustee está obligado a administrar o disponer de uno o más bienes (el fondo del *trust*) de acuerdo con los términos que rigen la relación (los términos del *trust*) en beneficio de una persona o en cumplimiento de fines de utilidad pública». Los comentarios confirman que, de los distintos enfoques que se podía dar a la figura, el legislador ha optado por recalcar el aspecto de «relación jurídica» en virtud de la cual el *trustee* asume obligaciones. El *trust* es calificado por los comentarios como obligación *sui generis*, en el sentido de que, aunque existan puntos de semejanza, no tiene naturaleza contractual ni es reconducible a las categorías del *civil law* pero, habida cuenta los efectos *erga omnes* de que es susceptible un *trust*, la figura es considerada «punto de apoyo (si no parte) del derecho de propiedad».

A pesar de no quedar expresado en la definición, el art. 1:203 aclara que el trustee es la persona que ostenta la titularidad del fondo del *trust* (art. 1:203). Aclaran los comentarios que «con el fin de cumplir el *trust*, el *trustee* está envuelto con el manto de un auténtico propietario», lo que distingue el *trust* de otras relaciones jurídicas en que los bienes se encuentran bajo el control de un no-propietario. De esta forma, al igual que los *Principles of European Trust Law* y las demás leyes europeas que regulan la figura o los efectos de su reconocimiento en el derecho interno, el DCFR se inclina por el modelo de *trust* anglosajón frente al del patrimonio de destino o de afectación, sin titular. La definición tampoco alude a dos de los caracteres esenciales de la figura, la separación o segregación del fondo del *trust* respecto del patrimonio personal del *trustee* y la aplicación del principio de subrogación real al fondo del *trust*. No obstante, ambas notas están presentes en el Libro X. Así, en el artículo 1:202 se indica que el fondo del *trust* ha de considerarse un patrimonio separado del patrimonio personal del trustee y de cualquier otro patrimonio bajo la titularidad o administrado por el *trustee*; y en el artículo 6:103 se incluye, entre las obligaciones del *trustee*, la de mantener separado el fondo del *trust* de otros patrimonios y la de preservar los bienes del *trust*. Las consecuencias de la separación, a efectos de responsabilidad patrimonial se encuentran recogidas en el mismo art. 1:202, que excluye los bienes del fondo del *trust* de los procedimientos concursales en que pueda verse envuelto el *trustee*, de su régimen económico-matrimonial y obligaciones económicas de carácter familiar, así como de su patrimonio hereditario. Por lo que respecta al principio de subrogación real, el artículo 3:201.1 *b* establece que una vez constituido un *trust*, un bien susceptible de convertirse en bien del *trust* pasa a formar parte del fondo del *trust* si es adquirido por el *trustee* como nuevo bien o haciendo uso del fondo del *trust*.

El *trust* queda constituido mediante la transmisión de bienes, debidamente segregados, al *trustee* (arts. 2:102 y 3:103) o la declaración en virtud de la cual el disponente (denominado por el DCFR, «*truster*») afirma pasar a actuar en calidad de único *trustee* de determinados bienes (art.2:103). En este segundo caso se admite transitoriamente la falta de segregación, siempre que puedan identificarse los bienes del *trust* como parte de un todo (3:103.2). El acto constitutivo, que puede tener carácter *inter vivos* o *mortis causa*, no está sujeto, como tal, a ningún requisito de forma, pero la transmisión o declaración de bienes en *trust* debe cumplir con los requisitos de validez requeridos por el tipo de acto transmisivo (donación, disposición *mortis causa*, etc.).

El ámbito de aplicación del Libro X es, a primera vista, omnicompreensivo, ya que el mismo se aplica a los *trusts* constituidos voluntariamente (*express trusts*), a los que tienen su origen en una disposición legal (*statutory trusts*) y a los que son consecuencia de una decisión judicial o administrativa, dictada a su vez en cumplimiento de una disposición legal (art. 1:101). No obstante, los comentarios señalan que no todos los *trusts* quedan incluidos en el ámbito de aplicación del Libro X y que algunos sólo podrán regirse por esta normativa tras realizar los correspondientes ajustes. Por ejemplo, los *purposes trusts* o *trusts* constituidos con un propósito específico, que no revista carácter de interés público. Éstos, de acuerdo con el art. 4:203, producirán efectos como *trusts* constituidos en beneficio del propio disponente. Recordemos que este tipo de *trust* está prohibido en derecho inglés, pero no en jurisdicciones como las Bermudas, Jersey, Guernsey, Isla de Man o Islas Cayman.

Más allá de esta restricción (*purposes trusts*), el legislador da carta blanca a la utilización de la figura con los más variados propósitos (*trusts* familiares, comerciales, sucesorios, de garantía, de interés público, etc.), si bien con sujeción, en su caso, a las normas en materia de derecho contractual (art. 1:103 comentarios), sucesorio (art. 2:402) o garantías mobiliarias (art. 1:1012). La relación con otras partes del ordenamiento jurídico se refleja incluso en la posibilidad del *truster* de terminar el *trust*, en principio irrevocable, siempre que el mismo se haya constituido a título gratuito y por las mismas causas de revocación de las donaciones (art. 9:103).

El Libro X admite la posibilidad de que una misma persona revista el carácter de *truster*, *trustee* y beneficiario simultáneamente, siempre que el solapamiento entre las tres posiciones no sea total (art. 9:109), contempla la figura opcional del «*auxiliary*», con autoridad para designar y cambiar al *trustee* (art.1:203) y atribuye la función de «*enforcer*» o legitimidad para exigir el cumplimiento del *trust* al beneficiario o, tratándose de un *trust* de interés público, al organismo designado al efecto o a cualquier sujeto con interés legítimo (art. 1:205).

De acuerdo con el artículo 6:102, el *trustee* debe actuar con el cuidado y pericia que cabe esperar de una persona razonablemente competente y cuidadosa, encargada de gestionar negocios ajenos, tomando en consideración el que el *trustee* perciba o no una remuneración. Si el *trustee* actúa como profesional deberá emplear el cuidado y pericia que cabe esperar de un miembro de su profesión. En caso de incumplimiento, el *trustee* deberá reintegrar al fondo del *trust* la pérdida patrimonial sufrida, quedando entre tanto suspendidos sus posibles derechos como beneficiario (art. 7:201). Deberá asimismo resarcir a los beneficiarios por los ulteriores daños que les haya causado el incumplimiento (art. 7:202) y entregar al fondo del *trust* cualquier cantidad con la que se hubiera enriquecido indebidamente (art. 7:203). La mezcla de bienes del *trust* con otros bienes bajo la titularidad del *trustee* (bienes personales o de otros *trusts*) determina la aparición de un nuevo *trust* sobre la mezcla o conmixtión, en perjuicio, en su caso, del patrimonio del *trustee* (art. 3:203). La responsabilidad del *trustee* es especialmente gravosa frente a los acreedores del *trust* ya que responde de forma ilimitada con su propio patrimonio, siempre que no se hubiera acordado lo contrario (art. 10:201). Y por lo que respecta a los terceros que hubieran adquirido bienes del *trust*, indebidamente transmitidos por el *trustee*, únicamente quedarán protegidos si la adquisición se realizó a título gratuito y de buena fe. De no ser así, se les reconoce un derecho de crédito por el importe que hubieran podido satisfacer

pero, mientras no se reintegre al fondo del *trust* lo que salió de él indebidamente, el adquirente se convertirá en nuevo *trustee* (art. 10:401).

El art. 1:101 especifica que, por lo que respecta al Libro X, no cabe incluir dentro del término «tribunal», tribunal arbitral y, a estos efectos, los Comentaristas explican la diferencia entre el papel desarrollado por los tribunales en materia de *trusts* y el que desempeñan en el ámbito contractual. Mientras que normalmente la preocupación de un tribunal consiste en encontrar el remedio apropiado para hacer justicia entre las partes en el momento del daño, en el contexto de un *trust* el tribunal se centra a menudo en introducir mejoras para el futuro, alterando la infraestructura a efectos del futuro desempeño del *trust* (...). Aquella dimensión hace que la definición general de tribunal que incluye tribunales arbitrales resulte inapropiada. En parte, es poder (de supervisión) estatal el que se está ejerciendo. Esta función judicial se encuentra regulada en el artículo 7:102 del Libro X.

Sin duda estamos ante un trabajo de corte eminentemente académico que merece una valoración positiva. No podemos olvidar que el *trust* es una figura desconocida en la mayoría de los países europeos y que exige, por lo tanto, una regulación de mayor detalle que la de cualquier otra institución tratada por el DCFR. Echamos de menos, no obstante alguna cuestión que nos parece importante, como un límite temporal de vigencia del *trust* (*rule against perpetuities*) que evite una vinculación indefinida de los bienes que integran el fondo y alguna indicación, aunque mediante remisión a otro libro del DCFR, a cómo ha de practicarse la inscripción de los bienes que integran el fondo del *trust*, en aquellos supuestos en que el acto transmisivo así lo exija.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos (noviembre 2009 - mayo 2010)

GUILLEM CANO PALOMARES*

Asunto Juez Albizu c. España (demanda núm. 25242/06), sentencia de 10 de noviembre de 2009. Art. 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo).

El demandante nació en 1942 y reside en Vizcaya. El 18 de enero de 2001, el demandante firmó un contrato de arras con la sociedad promotora S., que tenía como objeto una villa en construcción sobre un terreno situado en la provincia de Cádiz. En marzo de 2002, el demandante presentó una demanda contra la sociedad S. por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Hizo valer que el contrato era en realidad un contrato de compraventa, y que la construcción de la villa, una vez terminada, no reunía las características mencionadas en dicho contrato. Aportó con la demanda una lista de documentos, entre ellos el contrato suscrito entre las partes.

Durante el procedimiento, tras las alegaciones de S. que afirmaba que el demandante no había aportado el contrato en litigio, el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de San Roque (Cádiz) dictó auto el 19 de julio de 2002 en el que estableció que se tenía como aportado, como documento n.º 1 de la demanda, el contrato de arras. Mediante sentencia de 10 de octubre de 2002, el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de San Roque desestimó la demanda. Consideró que el contrato en cuestión era un contrato de arras y no de compraventa. Además, precisó que la construcción seguía el plan definido en el proyecto de la arquitecta y que fue el demandante el que había incumplido el contrato, al no querer formalizar la venta.

Contra esta sentencia, el demandante recurrió en apelación. Por sentencia de 7 de febrero de 2003, la Audiencia Provincial de Cádiz confirmó la sentencia de primera instancia. La Audiencia señaló que bastaba un breve examen de la demanda interpuesta para evidenciar que no existía tal contrato de compraventa, o al menos que no había sido aportado a los autos. Ante la imposibilidad de conocer el contenido del contrato, la Audiencia no se pudo pronunciar sobre el fondo de la demanda. El demandante interpuso incidente de nulidad de actuaciones, que fue desestimado mediante resolución de 15 de septiembre de 2003. En dicha resolución se afirmaba que el documento que la Sala había valorado fue el contrato de arras aportado como documento n.º 1, pero que dicho contrato no legitimaba las pretensiones del actor.

Invocando el artículo 24 de la Constitución, el demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por sentencia de 12 de diciembre de 2005, el Tribunal desestimó el recurso del demandante. El Tribunal Constitucional consideró que la sentencia de la Audiencia Provincial no había incurrido en error. Señaló que el motivo del rechazo de la demanda

* Letrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

no era el no haber aportado el contrato a autos, sino el hecho de que era un contrato de arras y no de compraventa.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 13 de junio de 2006. Invocando el artículo 6 CEDH, el demandante alegaba que su causa no fue oída equitativamente, en la medida en que la Audiencia Provincial incurrió en error al afirmar que el contrato objeto del litigio no había sido aportado a los autos. Tampoco dio respuesta explicando los motivos por los que consideró que dicho contrato no legitimaba sus pretensiones.

En su sentencia de 10 de noviembre de 2009, el TEDH estima que la Audiencia Provincial no motivó adecuadamente el rechazo del recurso de apelación interpuesto por el demandante. El TEDH concluye, por unanimidad, que hubo violación del artículo 6 CEDH. El TEDH observa que la Audiencia Provincial no rechazó la apelación sobre la base de los motivos de la sentencia de primera instancia, sino que consideró, sin pronunciarse sobre el fondo, que el contrato en causa no había sido aportado a los autos. Por otro lado, el TEDH señala que la Audiencia Provincial no justificó ni remitiendo a las consideraciones de la sentencia de primera instancia las razones por las que consideró que el contrato era un contrato de arras y no de compraventa. Tampoco expuso los motivos por los que dicho contrato de arras no legitimaba las pretensiones del demandante. Por último, otras cuestiones planteadas por el demandante tampoco obtuvieron respuesta. El TEDH recuerda su jurisprudencia sobre la obligación de los tribunales de motivar sus resoluciones (*Ruiz Torrija c. España*, de 9 de diciembre de 1994).

Asunto Muñoz Díaz c. España (demanda núm. 49151/07), sentencia de 8 de diciembre de 2009. Art. 14 del CEDH (prohibición de discriminación), art. 1 del Protocolo n.º 1 (derecho al respeto de los bienes), art. 12 CEDH (derecho al matrimonio).

La demandante, nacida en 1956 y residente en Madrid, y el señor D., ambos pertenecientes a la comunidad gitana, se casaron en 1971 por el rito gitano. Considerando que su unión era completamente válida a efectos civiles, la demandante no la inscribió en el Registro Civil. Ella y el señor D. tuvieron 6 hijos, inscritos en el libro de familia entregado a la pareja en 1983. En 1986, fueron reconocidos como familia numerosa de primera categoría. El señor D. cotizó a la seguridad social durante más de diecinueve años, y en su cartilla de la seguridad social figuraban a su cargo la demandante y sus hijos. Tras el fallecimiento del señor D. en el año 2000, la demandante solicitó una prestación por viudedad. Mediante resolución de 27 de marzo de 2001, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) rechazó su demanda, argumentando que nunca había estado legalmente casada. A pesar de que el Juzgado de lo Social n.º 12 de Madrid aceptó su recurso, el INSS interpuso recurso de suplicación y la sentencia fue anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, confirmando los argumentos de la decisión de rechazo. A continuación, la demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que rechazó el amparo mediante sentencia de 16 de abril de 2007, considerando que no había existido trato discriminatorio directo o indirecto por motivos raciales o étnicos.

El 3 de diciembre de 2008, en aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de 2007, relativa a ciertas medidas de Seguridad Social, se concedió a la demandante una pensión de viudedad con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2007, en tanto que pareja de hecho del señor D.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 29 de octubre de 2007. La demandante se quejaba de que la negativa de concederle una pensión de viudedad vulneraba el principio de no discriminación reconocido por el artículo 14 CEDH, en combinación con el artículo 1 del Protocolo n.º 1. Asimismo, la demandante se quejaba de que la ausencia de reconocimiento a efectos civiles del matrimonio gitano en España, vulneraba su derecho al matrimonio (artículo 12 CEDH). El 26 de mayo de 2009 se celebró una vista pública en el Palacio de los Derechos Humanos de Estrasburgo.

El TEDH observa que la actitud de las autoridades españolas había reforzado claramente la convicción de la demandante de que era una mujer casada. En particular, le habían entregado documentos de la Seguridad Social que implicaban el reconocimiento de su condición de esposa y madre de familia numerosa. Cuando la demandante se casó en 1971 conforme a los usos y costumbres gitanos, sólo era posible en España, excepto previa declaración de apostasía, casarse conforme al rito del derecho canónico de la Iglesia católica. El TEDH considera que no se podía exigir a la demandante, sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, es decir, según el derecho canónico, en 1971. En cuanto a la posibilidad de contraer matrimonio civil a partir de 1981, el TEDH toma en consideración la pertenencia de la demandante a una comunidad en la que la validez del matrimonio según sus propios usos y costumbres no ha sido nunca cuestionada y que nunca ha sido considerado contrario al orden público. El Tribunal señala que «la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada» (parr. 59). Tras constatar que en el seno de los Estados miembros del Consejo de Europa existe un consenso internacional para reconocer las necesidades particulares de las minorías nacionales y la obligación de proteger su identidad, el Tribunal subraya la vulnerabilidad de la etnia gitana (citando la sentencia *Buckley c. Reino Unido*, de 25 de septiembre de 1996). El Tribunal considera que, «aunque la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las leyes reguladoras del matrimonio, si puede influir en la manera de aplicar estas leyes» (parr. 61). Para el Tribunal, la buena fe de la demandante en cuanto a la validez de su matrimonio, confirmada por el reconocimiento oficial de su situación por parte de la administración, generó en la demandante la expectativa legítima de ser considerada esposa del señor D. y de formar una pareja casada reconocida. Teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, el Tribunal considera desproporcionado que el Estado español no haya querido reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad. En consecuencia, el Tribunal, por seis votos contra uno, concluye que ha habido violación del artículo 14 CEDH en combinación con el artículo 1 del Protocolo n.º 1.

En cuanto a la queja relativa al artículo 12 CEDH (derecho al matrimonio) en combinación con el artículo 14 CEDH, el Tribunal, considera que el hecho de que las uniones gitanas no tuvieran en España los efectos civiles deseados por la demandante no fue constitutivo de discriminación. Si es cierto que algunas formas religiosas de consentimiento matrimonial están admitidas en la legislación española y producen los mismos efectos que el matrimonio civil en virtud de acuerdos con el Estado, el Tribunal considera que se trata de una diferencia derivada de la pertenencia a una confesión religiosa, no aplicable en el caso de la comunidad gitana. Por tanto, el Tribunal, por mayoría, declara esta queja inadmisibles por carecer manifiestamente de fundamento. Se adjunta a la sentencia la opinión discrepante del Juez Myjer.

Asunto Gurguchiani c. España (demanda n.º 16012/06), sentencia de 15 de diciembre de 2009. Art. 7 del CEDH (no hay pena sin ley), art. 6 (derecho a un proceso equitativo), art. 13 del CEDH (derecho a un recurso efectivo).

El demandante, ciudadano de Georgia, nació en 1975 y residía, en el momento de los hechos, en Barcelona. Mediante sentencia de 7 de octubre de 2002 del Juez de lo Penal n.º 20 de Barcelona, fue condenado a dieciocho meses de cárcel por una tentativa de robo realizada en septiembre de 2002. En 2003, la Dirección General de Policía solicitó al Juez de lo Penal n.º 21 de Barcelona, responsable del procedimiento de ejecución de la sentencia condenatoria, la autorización para proceder a la expulsión del demandante, adjuntando a su demanda una decisión de la subdelegación del Gobierno en Barcelona que declaraba la expulsión administrativa del demandante por situación irregular en España. El Juez de lo Penal rechazó en dos ocasiones (11 de julio de 2003 y 19 de septiembre de 2003), en contra del criterio del Fiscal, la sustitución de la pena por la expulsión, de acuerdo con la discrecionalidad que le otorgaba la redacción anterior del artículo 89 del Código Penal (CP). El Juez de lo Penal escuchó previamente al demandante, que se opuso a la expulsión. El juez consideró más adecuado proceder a ejecutar la pena de prisión, impuesta por la sentencia de 7 de octubre de 2002, teniendo en cuenta el hecho de que el recurso de amparo presentado por el demandante contra ésta se hallaba pendiente en ese momento, así como el atestado de empadronamiento aportado por aquél como prueba de que residía en Barcelona. En una decisión de 6 de abril de 2004, la Audiencia Provincial de Barcelona, ante el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal, ordenó la expulsión del demandante del territorio español, y la prohibición de regreso durante un periodo de diez años. Consideró, que en virtud de la nueva redacción del artículo 89.1 CP (que había entrado en vigor el 1 de octubre de 2003. Nota: Este artículo, que fue modificado por la LO 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, de 29 de septiembre, establece que las penas inferiores a seis años de prisión impuestas a un extranjero no residente legalmente en España «*serán sustituidas* en la sentencia» por la expulsión del territorio español, y sólo excepcionalmente podrá autorizarse el cumplimiento en centro penitenciario en España cuando la naturaleza del delito cometido así lo justifique, siempre con previa audiencia del Ministerio Fiscal y motivándose por el juez o tribunal.), la pena de prisión inferior a seis años impuesta a un extranjero residente ilegal debía obligatoriamente, salvo excepciones, ser conmutada por la expulsión del interesado. La Audiencia Provincial precisó que esta nueva redacción del precepto penal era aplicable en el presente asunto puesto que constituía la legislación en vigor en el momento de la decisión en apelación. Y, consideró, igualmente, que la prueba presentada por el demandante sobre su empadronamiento no impedía su expulsión, ya que la nueva redacción del artículo 89 CP no tenía en cuenta las circunstancias personales del condenado, y el demandante había además declarado que era un ocupa. Tras el recurso de amparo presentado por el demandante contra esta decisión, el Tribunal Constitucional, en una decisión notificada el 25 de octubre de 2005, inadmitió el recurso por considerarlo desprovisto de contenido constitucional.

Tras agotar las vías de recursos internos, el demandante acudió al TEDH el 19 de abril de 2006, alegando la vulneración de los artículos 6, 7 y 13 CEDH.

En primer lugar, alegaba que no se había celebrado una audiencia pública en apelación, ante la Audiencia Provincial de Barcelona, la cual le hubiera permitido ser escuchado en persona para oponerse a su expulsión. En segundo lugar, consideraba que, en el momento en que se cometió la infracción, la legislación penal en vigor era más favorable que la aplicada por la jurisdicción en apelación en el marco de la ejecución de la pena, quejándose de la aplicación retroactiva de la nueva redacción del artículo 89 CP.

En cuanto a la aplicabilidad del artículo 7 CEDH, El TEDH estima que «la sustitución de la pena de prisión de dieciocho meses impuesta al demandante, por su expulsión y prohibición de reingreso en España durante diez años, sin haber sido oído previamente, y sin que se tuvieran en cuenta otras circunstancias distintas de la aplicación cuasi automática de la nueva redacción del artículo 89 CP (...) debe analizarse como si ésta fuera una pena similar a la fijada en el momento de la condena del interesado» (par. 40). El Tribunal compara la versión del 89 CP en vigor en el momento de los hechos con la nueva versión, aplicada retroactivamente por la Audiencia Provincial; y constata que la nueva redacción del precepto aplicado priva al juez de la ejecución de la posibilidad de elegir entre autorizar, a la vista de las circunstancias del asunto, la expulsión del extranjero condenado, o mantener su pena de cárcel impuesta en la sentencia condenatoria. A su vez, el TEDH observa como la nueva disposición impide también que el demandante comparezca ante el juez en las mismas condiciones que el Ministerio Fiscal para oponerse a la expulsión. Por último, señala que en su nueva versión, el artículo 89 CP impone una prohibición de retorno durante diez años, una pena «mucho más severa» que la prevista en la antigua versión, que preveía la prohibición de entrada en el territorio entre tres y diez años, según el criterio del juez. Por tanto, el Tribunal concluye, por unanimidad, que, en la medida en la que al demandante se le ha impuesto una pena más severa que aquélla en la que incurría por la infracción de la cual fue considerado culpable, se ha producido una violación del artículo 7 CEDH.

El TEDH considera que no es necesario examinar de forma separada la queja relativa al artículo 6 CEDH, teniendo en cuenta los motivos que le han llevado a constatar la violación del artículo 7 CEDH. Tampoco se plantea ninguna cuestión distinta en el ámbito del artículo 13 CEDH.

Se adjuntan a la sentencia una opinión en parte discrepante del Juez Zupančič, y una opinión parcialmente concordante y parcialmente discrepante del Juez Myjer, a la que se une en su vertiente discrepante la Juez Fura.

Asunto Tapia Gasca y D. c. España (demanda n.º 20272/06), sentencia de 22 de diciembre de 2009. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar), art. 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo) y art. 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo).

La primera demandante nació en 1959 y reside en Zaragoza. Mantuvo durante tres años una relación sentimental con A.CH.A., ciudadano marroquí, de la que nació la segunda demandante, D., en 1994. Víctima de malos tratos por parte de A.CH.A., la primera demandante presentó una solicitud de medidas preventivas ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Zaragoza en el marco de un proceso de separación. El 15 de junio de 1996, el Juez ordenó a la Dirección General de la Guardia Civil que hiciera lo necesario para impedir que la menor D. abandonara el territorio nacional. El 21 de

junio de 1996, la Comandancia de la Guardia Civil de Zaragoza comunicó que se habían tomado las medidas necesarias. Mediante sentencia de 24 de febrero de 1997, el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Zaragoza concedió a la primera demandante el derecho de custodia de D. con la patria potestad compartida, atribuyó al padre un derecho de visita en presencia de la madre y le prohibió sacar a D. del territorio nacional sin autorización judicial. El Juez, sin embargo, rechazó la solicitud de la primera demandante que pretendía retirar el pasaporte de su hija. El 20 de abril de 1997, A.CH.A., que se había llevado a D., quien entonces tenía dos años, con motivo de una visita, no la devolvió a su madre. La primera demandante compareció ante el Juez de guardia de Zaragoza y, frente a la posibilidad de que su hija hubiera sido raptada, solicitó que se alertara a la Guardia Civil y a los puestos fronterizos con Marruecos, para impedir la salida de la menor, y que la policía procediera a la localización de ésta. El 21 de abril de 1997, el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 ordenó el registro del domicilio de A.CH.A. para localizar a la menor, reiteró la prohibición de salir del territorio e informó a los puestos fronterizos para impedir la salida del territorio nacional de D. Mediante sentencia de 1 de diciembre de 1999, A.CH.A. perdió la patria potestad, que fue atribuida íntegramente a la primera demandante.

Tras el rapto de la menor, la primera demandante entabló varios procedimientos ante la Administración y las jurisdicciones contencioso-administrativas, así como ante las jurisdicciones penales, contra el padre de D. y otras personas que consideraba responsables de la desaparición de su hija. Mediante sentencia de 17 de enero de 2001, la Audiencia Nacional aceptó parcialmente la solicitud de responsabilidad patrimonial de la Administración, concediendo a la primera demandante una indemnización de 12.000.000 de pesetas como consecuencia de la no ejecución a su debido tiempo de la orden emitida por el Juez de Primera Instancia n.º 6 de Zaragoza, de cerrar las fronteras para evitar que D. abandonara el territorio nacional. La sentencia señalaba que la orden se había llevado a cabo únicamente en lo que se refería al aeropuerto de Zaragoza, y que se presuponía que D. había abandonado el territorio nacional con su padre por la frontera de Ceuta el 21 de abril de 1997. En cuanto a los procedimientos penales contra A.CH.A., varios autos de sobreseimiento provisionales fueron dictados en España, por encontrarse aquél en paradero desconocido, a pesar de la existencia de una orden de busca y captura. La primera demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue declarado inadmisibile por carecer manifiestamente de fundamento, mediante decisión de 10 de noviembre de 2005. La demandante no ha vuelto a ver a su hija.

La demanda fue presentada por la primera demandante ante el TEDH el 12 de mayo de 2006, actuando en nombre propio y como representante legal de su hija. Invocando los artículos 6 y 8 CEDH, la demandante alegaba que las autoridades españolas no habían actuado de manera diligente en el examen de las querellas presentadas a consecuencia de la sustracción de la niña por su padre.

El TEDH debe examinar si, a la luz de las obligaciones que se derivan tanto de la legislación interna como de la legislación internacional, las autoridades españolas han desplegado los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la primera demandante a la restitución de su hija y el derecho de esta última de volver junto a su madre. En cuanto a las obligaciones internacionales, el TEDH constata que España ha ratificado el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción inter-

nacional de menores, que sin embargo no ha sido ratificado por Marruecos. Los dos Estados han ratificado, sin embargo, el Convenio de Naciones Unidas de derechos del niño de 1989 y el Convenio hispano-marroquí, Convenio hispano-marroquí de 1997 sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y de devolución de menores.

Sobre la alegación según la cual las autoridades no demostraron diligencia suficiente para evitar la sustracción de la menor del territorio español, el TEDH subraya la importancia de la obligación positiva del Estado de adoptar medidas eficaces y rápidas para evitar una situación irreversible. Reconoce que en este caso, la falta de diligencia imputable a la administración causó dolorosos sufrimientos a la primera demandante. Sin embargo, considera que esta falta de diligencia fue reconocida y reparada por las autoridades judiciales españolas, mediante la sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de enero de 2001 que le concedió una indemnización. En cuanto a la alegación de que las autoridades judiciales españolas no demostraron suficiente diligencia para la restitución de la menor a su madre, el Tribunal recuerda las obligaciones derivadas del Convenio hispano-marroquí de 1997. Contrariamente a la sentencia *Iglesias Gil y A.U.I. c. España*, de 29 de abril de 2003, el Tribunal observa que, en este caso, una orden internacional de busca y captura fue expedida contra el padre de la menor y que fueron llevados a cabo numerosos actos de investigación. Constata además que el legislador español ha reforzado las medidas para combatir la sustracción de menores en el ámbito penal, y que la Ley Orgánica 9/2002 modificó las disposiciones del Código Penal y agravó las penas correspondientes. A pesar de la ausencia de resultados concretos en cuanto a la restitución de la menor, el Tribunal estima que las autoridades españolas no incumplieron su obligación positiva derivada de los hechos. El TEDH, por unanimidad, concluye que no hubo violación del artículo 8 CEDH. El TEDH considera que no se plantea ninguna cuestión distinta desde el punto de vista de los artículos 6 y 13 CEDH.

Asunto Vera Fernández-Huidobro c. España (demanda n.º 74181/01), sentencia de 6 de enero de 2010. Art. 6. 1 del CEDH (derecho a un tribunal independiente e imparcial), art. 6.2 del CEDH (presunción de inocencia).

El demandante nació en 1945 y reside en Madrid. En el momento de los hechos era Secretario de Estado de Seguridad en el Ministerio del Interior. En enero de 1988, el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional incoó un sumario por una pluralidad de hechos atribuidos a los llamados «Grupos Antiterroristas de Liberación» (GAL), entre ellos el secuestro de un ciudadano francés, S.M. En dicho sumario, la acusación popular presentó una querrela contra J.A. y M.D. (policías) y cualesquiera otras personas que en el curso de la investigación aparezcan como posibles participantes en la organización GAL. En 1993, el Magistrado titular del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 solicitó al Consejo General del Poder Judicial la excedencia para presentarse como candidato por el PSOE en las Elecciones Generales de junio de 1993. Fue elegido Diputado y designado Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, con rango de Secretario de Estado, dependiendo durante un periodo del Ministerio del Interior. Desde octubre de 1986, el demandante ejercía en el Ministerio del Interior el cargo de Direc-

tor de la Seguridad del Estado, con rango de Secretario de Estado. Cesó en sus funciones el 28 de enero de 1994.

El 18 de mayo de 1994, tras dimitir de su cargo de Delegado del Gobierno, el Magistrado se reincorporó a su anterior plaza en el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, reiniciando la instrucción del sumario relativo al secuestro de S.M. El 16 de diciembre de 1994, J.A. y M.D. se autoincurparon en el secuestro de S.M. implicando igualmente al Gobernador Civil de Vizcaya, al Jefe Superior de Policía de Bilbao y a otros funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. Tras nuevas declaraciones de J.A. y M.D., en libertad provisional, se acordó la prisión provisional del demandante, entre otras personas. El 10 de enero de 1995, el Juzgado de Instrucción n.º 5 decretó la imputación del demandante. El demandante formuló incidente de recusación contra el titular del Juzgado Central de Instrucción n.º 5, por falta de imparcialidad del Juez de Instrucción, teniendo en cuenta la enemistad manifiesta entre ellos, que era pública y notoria, así como el hecho de que dicho Juez hubiera participado en actividades políticas. El demandante argumentaba que cuando el Juez pasó a formar parte del Ministerio del Interior, la hostilidad entre ambos era tal que el demandante dimitió de su cargo. El incidente de recusación fue desestimado, en la medida en que no se habían descrito actos concretos de enemistad entre el Juez y el demandante. El 16 de febrero de 1995, el Magistrado instructor acordó la prisión provisional del demandante sin fianza.

Por auto de 18 de abril de 1995, el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 ordenó la imputación del demandante y otras once personas, confirmó la prisión provisional sin fianza del demandante, y decretó su procedimiento ante el tribunal sentenciador previa conclusión del sumario. Se imputó al demandante la comisión de un delito de malversación de caudales públicos y dos delitos continuados del mismo tipo, de un delito de detención ilegal y de cuatro delitos monetarios. El 13 de julio de 1995, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional decidió la puesta en libertad del demandante mediante prestación de fianza de 200 millones de pesetas. El 28 de julio de 1995, el Juez titular del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 remitió una nota a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la que explicaba que no podía continuar el trámite por razones de competencia en virtud de la condición de aforados de algunos implicados, en particular el Presidente del Gobierno y el Ministro del Interior de 1982 a 1987.

El 18 de agosto de 1995, el Tribunal Supremo se declaró competente para conocer de la causa. El Tribunal Supremo confió la instrucción de la causa a un Magistrado Instructor Delegado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. El sumario instruido por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 fue transmitido al Magistrado Delegado. El Magistrado Instructor Delegado continuó la instrucción, oyó a los representantes de las partes acusadoras y de los procesados, recibió declaraciones al demandante y al antiguo Ministro del Interior (declaración indagatoria) así como a las personas que implicaban a ambos, y realizó dos nuevos careos en los que participó el demandante. Quedando concluido el sumario, el 4 de abril de 1997 se dictó auto de apertura de juicio oral ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Tras el juicio oral, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictó sentencia el 29 de julio de 1998, condenando al demandante como autor de dos delitos, uno de malversación de caudales públicos y otro de detención ilegal, a las penas de diez años de prisión y doce años de inhabilitación absoluta de ejercer cargo público y a multas. El Tribunal Constitucional, mediante sen-

tencia de 17 de marzo de 2001, rechazó el recurso de amparo presentado por el demandante.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 26 de junio de 2001. Invocando el artículo 6.1 CEDH, el demandante alegaba que su causa no fue examinada por un tribunal imparcial, en la medida en que existían dudas legítimas en cuanto a la imparcialidad del titular del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional. Asimismo, el demandante se quejaba de que no se había respetado el principio de la presunción de inocencia, protegido por el art. 6.2 CEDH.

El TEDH analiza, en primer lugar, la aplicabilidad del artículo 6 CEDH. Recuerda que dicho artículo garantiza el derecho a «un tribunal independiente e imparcial» y que la noción de «tribunal» no se extiende al Juez instructor, que no es llamado a decidir sobre el fundamento de una «acusación en materia penal». Sin embargo, en la medida en que las actuaciones del Juez instructor influyen directa e ineludiblemente en la tramitación y, por tanto, en la equidad del procedimiento ulterior, incluido el juicio propiamente dicho, el TEDH estima que, si bien algunas de las garantías procesales que contempla el artículo 6.1 CEDH pueden no aplicarse en la fase de investigación, las exigencias del derecho a un proceso equitativo en el sentido amplio implican necesariamente que el Juez instructor sea imparcial (parr. 111). Además, el TEDH tiene en cuenta que el derecho español exige que el Juez instructor responda a unos criterios de imparcialidad. El TEDH concluye, en consecuencia, que el artículo 6.1 CEDH es aplicable a la instrucción practicada en el presente caso.

Por lo que se refiere al fondo del asunto, el TEDH observa que el Juez instructor de la Audiencia Nacional era, al igual que el demandante, Secretario de Estado en el Ministerio. No ha de excluirse pues el contacto del Juez con miembros de Cuerpos de Seguridad del Estado y el conocimiento acerca de la gestión de los fondos reservados asignados al Ministerio. El TEDH estima que, con independencia de las relaciones personales conflictivas entre el Juez y el demandante, es el hecho de que el Juez hubiera desempeñado una función pública, el contacto con ciertas personas en dicho contexto y el inmediato regreso a la función judicial instructora en el sumario que aún estaba abierto contra estas personas, lo que fundamenta la alegación de ausencia de imparcialidad objetiva. El TEDH considera, por tanto, que cuando se reincorporó a su destino de juez tras la excedencia voluntaria y reinició la actividad sumarial en el presente caso, el Juez instructor no respondía a la exigencia de imparcialidad derivada del art. 6 CEDH. En estas condiciones, el TEDH no necesita examinar la queja relativa a la alegada imparcialidad subjetiva del Juez instructor, aunque declara que no tiene el convencimiento de que existan suficientes indicios de que el titular de Juzgado Central de Instrucción n.º 5 tuviera prejuicios personales contra el demandante.

A continuación, el TEDH concluye que el Magistrado Instructor Delegado del Tribunal Supremo subsanó los vicios de la instrucción inicial, repitiendo ante él todas las declaraciones prestadas por las personas que implicaban al demandante y practicando numerosas diligencias probatorias. El Magistrado Instructor no se limitó a dar por reproducida la instrucción anterior, sino que realizó una nueva instrucción en la cual volvió a practicar la mayor parte de las diligencias sumariales. Por estos motivos, el TEDH declara, por cuatro votos contra tres, que no hubo violación del artículo 6.1 CEDH. Sobre la queja relativa a la presunción de inocencia, el TEDH recuerda que no es competente para volver a examinar las pruebas y considera que el Tribunal Supre-

mo dictó una sentencia de condena ampliamente motivada. Concluye, por cuatro votos contra tres, que no hubo violación del artículo 6.2 CEDH.

Se adjuntan a la sentencia la opinión discrepante del Juez Casadevall a la que se adhiere la Juez Power, la opinión discrepante del Juez Zupančič, y la opinión discrepante de la Juez Power.

Asunto Aizpurua Ortiz y otros c. España (demanda n.º 42430/05), sentencia de 2 de febrero de 2010. Artículo 1 del Protocolo n.º 1 (derecho al respeto de los bienes).

Los demandantes, residentes en la provincia de Vizcaya, fueron empleados de la empresa «Sefanitro, S.A.» hasta que fueron jubilados anticipadamente y beneficiaron de pensiones complementarias conforme a las condiciones previstas por un convenio colectivo concluido entre los representantes de los trabajadores y la empresa en 1983. En virtud de un nuevo convenio publicado el 10 de abril de 2000, las condiciones de pago de las pensiones complementarias fueron modificadas, debido a un cambio sustancial de la situación económica de la empresa. Según este nuevo convenio colectivo, los trabajadores que recibían pensiones complementarias tendrían derecho al pago de una única percepción correspondiente a tres mensualidades.

El Juez de lo Social n.º 1 de Bilbao y el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimaron parcialmente la demanda de los recurrentes, presentada con el fin de constatar que sus derechos a una pensión complementaria no podían verse afectados por el nuevo convenio colectivo. El Tribunal Supremo, mediante sentencia de 8 de abril de 2005, admitió el recurso interpuesto por la empresa y desestimó la demanda de los recurrentes. El Tribunal Supremo hizo referencia al artículo 82.4 del Estatuto de los Trabajadores y observó que el legislador español había optado por un sistema que primaba la libertad de negociación colectiva sobre los compromisos adquiridos en virtud de convenios colectivos anteriores. Por tanto, en la medida en que el convenio colectivo no contenía ninguna disposición relativa a su aplicación en el tiempo, las pensiones complementarias podían ser modificadas o anuladas por un convenio colectivo posterior, conforme al artículo mencionado del Estatuto de los Trabajadores.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 17 de noviembre de 2005. Invocando el artículo 1 del Protocolo n.º 1, los demandantes se quejaban de que fueron privados de sus derechos a pensión complementaria en virtud de un convenio colectivo firmado entre la empresa y los representantes de los trabajadores en activo, cuyos intereses eran contrarios a los suyos.

El TEDH considera que los demandantes tenían la esperanza legítima de continuar percibiendo las pensiones complementarias previstas por el convenio colectivo de 1983. Sin embargo, establece que la injerencia litigiosa perseguía una finalidad de interés general, a saber el mantenimiento de la buena situación financiera de las empresas y de sus acreedores, la protección del empleo, así como el respeto del derecho a la negociación colectiva. Teniendo en cuenta el margen de apreciación de los Estados en la materia, el TEDH estima que la sentencia del Tribunal Supremo no fue constitutiva de una injerencia desproporcionada en el derecho de los demandantes al respeto de los bienes. Declara, por seis votos contra uno, que no hubo violación del artículo 1 del Protocolo n.º 1. Se adjunta a la sentencia la opinión discrepante del Juez Myjer.

Otras sentencias relevantes desde el punto de vista del Derecho Civil:

Asunto Velcea y Mazare c. Rumanía (demanda n.º 64301/01), sentencia de 1 de diciembre de 2009. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): indignidad sucesoria de un asesino fallecido.

Asunto Karsai c. Hungría (demanda n.º 5380/07), sentencia de 1 de diciembre de 2009. Art. 10 del CEDH (libertad de expresión): condena a un historiador en la vía civil a publicar la rectificación de un artículo crítico sobre otro historiador en el marco de un debate sobre el antiguo primer ministro húngaro.

Asunto Kotov c. Rusia (demanda n.º 54522/00), sentencia de 14 de enero de 2010. Art. 1 del Protocolo n.º 1 (derecho al respeto de los bienes): distribución ilegal de los activos de un banco privado en quiebra, responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones del síndico de la quiebra.

Asunto S.H. y otros c. Austria (demanda n.º 57813/00), sentencia de 1 de abril de 2010. Art. 14 del CEDH (prohibición de discriminación) y Art. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar): prohibición de utilizar óvulos y esperma de donantes para la fecundación in vitro.

Asunto Mustapha y Armagan Akin c. Turquía (demanda n.º 4694/03), sentencia de 6 de abril de 2010. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): ausencia de contactos entre hermanos hijos de padres divorciados e imposibilidad para el padre de disfrutar de la compañía simultánea de los dos hijos.

Asunto Moretti y Benedetti c. Italia (demanda n.º 16318/07), sentencia de 27 de abril de 2010. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): naturaleza familiar de los vínculos entre una familia de acogida y un menor acogido.

Asunto Macready c. República checa (demanda n.º 4824/06), sentencia de 22 de abril de 2010. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): duración de un procedimiento de restitución de un menor víctima de un secuestro internacional

Asunto Alajos Kiss c. Hungría (demanda n.º 38832/06), sentencia de 20 de mayo de 2010. Art. 3 del Protocolo n.º 1 (derecho a elecciones libres): privación del derecho de voto de persona con problemas psíquicos bajo curatela.

Asunto Kurochkin c. Ucrania (demanda n.º 42276/08), sentencia de 20 de mayo de 2010. Art. 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): anulación de una adopción tras el divorcio de los padres.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

LIDIA ARNAU RAVENTÓS*

STJCE 19 de noviembre de 2009. Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon, Alana Sturgeon v. Condor Flugdienst GmbH, y Stefan Böck, Cornella Lepuschitz v. Air France S.A. Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania) y Handelsgericht Wien (Austria). Interpretación del art. 2 del Reglamento n.º 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. Al amparo de aquel precepto se entiende por cancelación «la no realización de un vuelo programado y en el que había reservada al menos una plaza». Para el caso de cancelación, el art. 5 establece en qué términos los pasajeros podrán exigir al transportista aéreo una compensación económica, siempre y cuando la cancelación no obedezca a circunstancias extraordinarias. Entiende el TJCE que este último concepto no puede aplicarse a problemas técnicos que, por su naturaleza u origen, son inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo y, en consecuencia, pueden controlarse por éste. Por otra parte, resulta del Reglamento que si se trata sólo de un retraso en el vuelo, mas no de una cancelación, los arts. 6, 8 y 9 contemplan otro tipo de asistencia al pasajero. A tenor de todo ello se plantea si existe un supuesto de cancelación en aquellos supuestos en que, habiendo retraso, la compañía aérea no abandona de hecho su programa original de vuelo. El TJCE lo niega mas admite, sin embargo, que los pasajeros de los vuelos retrasados puedan equipararse a los pasajeros de los vuelos cancelados a efectos de aplicación del derecho a una compensación. Ello resulta de una interpretación amplia de las disposiciones comunitarias, sustentado en el principio de igualdad de trato, que exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se traten de manera idéntica situaciones distintas, a no ser que este trato esté objetivamente justificado. Siendo ello así, el TJCE declara que los pasajeros cuyo vuelo ha sido objeto de cancelación y aquellos cuyo vuelo ha sido retrasado (durante 3 horas o más) sufren un perjuicio análogo en términos de pérdida de tiempo. Con todo, el derecho a la compensación no procederá si el retraso obedece a circunstancias que escapan del control efectivo del transportista aéreo.

STJCE 2 de diciembre de 2009. Aventis Pasteur SA v. OB. Petición de decisión prejudicial. House of Lords (Londres). Interpretación de la Dir. 85/374, del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miem-

* Profesora Agregada de Derecho civil de la Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2009 SGR 221, dirigido por el Prof. Dr. Ferran Badosa Coll.

bros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. A propósito del plazo para exigir esta responsabilidad (art. 11), se pregunta si la Directiva se opone a una normativa nacional que, en el marco de una acción judicial ejercitada sobre la base del régimen de responsabilidad previsto por dicha Directiva, autoriza la sustitución de un demandado por otro (así, al supuesto fabricante por el auténtico) después de expirado el plazo de diez años. El TJCE, con base en el principio de seguridad jurídica, resuelve que tal normativa no es conforme con el derecho comunitario puesto que implica, de hecho, extender el plazo de prescripción de la acción más allá de los diez años previstos en el art. 11. No obstante, el TJCE admite aquella sustitución en caso de haberse demandado (erróneamente, pero a tiempo) a una filial del productor, siendo así que sociedad matriz fue la que decidió la puesta en circulación del producto. Por lo demás, y a propósito del art. 3.3 de la Dir., el TJCE resuelve que, cuando un perjudicado no puede razonablemente identificar al productor antes de ejercitar sus derechos frente al suministrador, este último debe ser considerado «productor» a efectos, en especial, del art. 11, siempre y cuando no comunicara al perjudicado, por iniciativa propia y de manera diligente, la identidad del productor o de su propio suministrador.

STJCE 17 de diciembre de 2009. Eva Martín Martín v. EDP Editores, S.L. Petición de decisión prejudicial. Audiencia Provincial de Salamanca. Interpretación del art. 4 Dir. 85/577, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en caso de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. El precepto contempla la obligación del profesional de informar al consumidor del derecho de desistimiento del contrato y ordena a los Estados miembros a establecer cuantas medidas estimen necesarias a fin de proteger al consumidor en caso de falta de información. Se plantea si es conforme al derecho comunitario aquella disposición nacional que permite que el tribunal de segunda instancia pueda declarar de oficio la nulidad del contrato (precisamente, por incumplimiento de la obligación de informar), siendo así que dicha nulidad no fue alegada ni en primera ni segunda instancia por el consumidor. El TJCE destaca el papel central que ocupa el deber de información en la estructura general de la Directiva, en cuanto resulta el mecanismo previsto a fin de que el consumidor pueda tomar conocimiento de sus derechos. De ahí que se considere que dicha disposición encierra un interés público que justifica una intervención positiva del juez nacional a fin de subsanar el desequilibrio existente entre consumidor y profesional. Siendo ello así, la declaración de nulidad del contrato, declarada de oficio por el juez nacional, se estima una medida adecuada a fin de proteger al consumidor en el sentido del art. 4. Con todo, el juez nacional que pretenda declararla debe tomar en consideración, también, la voluntad del consumidor de que no se anule el contrato.

STJCE 14 de enero de 2010. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV v. Plus Warenhandels-gesellschaft GmbH. Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del art. 5.2 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. A tenor del precepto la deslealtad de una práctica comercial se hace depender de la vulneración de la diligencia profesional y de la medida en que distorsiona o

puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirija la práctica. Se plantea si es conforme con el derecho comunitario una disposición nacional que prohíba por principio toda práctica comercial consistente en supeditar 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 la promoción sea perjudicial en el caso concreto para los intereses de los consumidores. El TJCE trae a colación la armonización completa a escala comunitaria que pretende la Dir. 2005/29 y el contenido del Anexo I, que contiene una relación exhaustiva de las prácticas comerciales prohibidas en todo caso. La práctica de que trae causa el litigio principal no es ninguna de las indicadas en dicho Anexo de forma que, concluye el TJCE, la disposición nacional que la prohíbe vulnera el art. 4 Dir. que no permite medidas nacionales de protección más restrictivas que las previstas a nivel comunitario.

STJCE 21 de enero de 2010. MG Probud Gdynia sp. z o.o. Petición de decisión prejudicial. Sad Rejonowy Gdansk-Północ w Gdansku (Polonia). Interpretación del Reglamento n.º 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. Se plantea si tras la apertura de un procedimiento principal de insolvencia en un Estado Miembro, las autoridades competentes de otro Estado Miembro están autorizadas, conforme a su legislación, para ordenar el embargo de bienes del deudor declarado insolvente situados en el territorio de este último Estado y, en segundo lugar, para denegar el reconocimiento y en su caso la ejecución de las resoluciones relativas al desarrollo y a la terminación de un procedimiento de insolvencia iniciado en el primer Estado miembro. El TJCE resuelve, al amparo de los art. 3, 4.1, 16.1, 17.1 y 25 del Reglamento: que sólo la apertura de un procedimiento secundario de insolvencia puede restringir el alcance universal (o relativo a todos los bienes del deudor sea cual sea el Estado miembro en cuyo territorio estén situados) del procedimiento principal de insolvencia (que se corresponde con el instado en el Estado miembro en el que se halle el centro de intereses principal del deudor); que la determinación del tribunal competente acarrea la determinación de la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos; que el reconocimiento de las resoluciones relativas al procedimiento se producirá automáticamente por los demás Estados miembros desde el mismo instante en que produzcan efectos en el Estado en cuyo territorio fueron dictadas; que, en materia de ejecución de las resoluciones relativas a un procedimiento de insolvencia, el Reglamento se remite al sistema del exequátur establecido en los arts. 31 a 51 del Convenio de Bruselas, con la sola particularidad del establecimiento de sus propios motivos de denegación.

STJCE 25 de febrero de 2010. Car Trim GmbH v. KeySafety Systems Sri. Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del art. 5, núm. 1, letra b), del Reglamento n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El art. 5.1 b. concreta qué debe entenderse por lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda, siendo así que, en materia contractual, son los tribunales de ese lugar los competentes para conocer del caso. El art. 5.1.b distingue, en este particular, según se trate

de una compraventa de mercaderías o de una prestación de servicios. La cuestión que se plantea atañe, precisamente, a esta distinción y a qué calificación merece un contrato relativo a la entrega de mercancías que han de fabricarse o producirse previamente, cuando el comprador formula determinadas exigencias respecto de la obtención, la transformación y la entrega de tales mercancías. El TJCE, tras constatar que el art. 5 no proporciona los elementos de diferenciación entre una y otra categoría, advierte que el elemento de conexión es la obligación característica; de ahí que concluya que un contrato cuya obligación característica sea la entrega de un bien habrá de calificarse como «compraventa de mercaderías» y un contrato cuya obligación característica sea la prestación de servicios merecerá tratarse como contrato de servicios. Por lo demás, intuye el TJCE que el hecho de que la mercancía deba fabricarse o producirse no modifica la calificación del contrato como de compraventa (arg. art. 6.2 Convenio de las Naciones Unidas sobre la prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías; art. 1.4 Dir. 1999/44...). Por el contrario, el hecho de que el comprador aporte la totalidad o mayor parte de los materiales con los que debe fabricarse el producto puede resultar un indicio a favor de la calificación del contrato como de prestación de servicios. En este contexto, puede resultar indicativo también el alcance de la responsabilidad que asuma el proveedor: si es responsable de la calidad y conformidad de la mercancía con el contrato, deberá optarse por calificarlo como compraventa; esta calificación se descartaría si sólo fuera responsable de realizar una ejecución correcta siguiendo las instrucciones del comprador.

Mediante una segunda cuestión prejudicial, también al amparo del art. 5, se plantea si en caso de un contrato de venta por correspondencia, el lugar donde debieren ser entregadas las mercancías se corresponde con el lugar de entrega material al comprador. El TJCE así lo estima, sin perjuicio que del contrato resulte otra cosa.

STJCE 11 de marzo de 2010. Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH v. Silva Trade SA. Petición de decisión prejudicial. Oberlandesgericht Wien (Austria). Interpretación de la regla de competencia especial establecida a propósito de los contratos de prestación de servicios en el art. 5, núm. 1, letra b, segundo guión, del Reglamento n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El precepto declara la competencia del tribunal del lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios. Se plantea, en especial, si aquella regla resulta aplicable en caso de prestación de servicios en varios Estados miembros. Así lo exigen, según el TJCE, los objetivos de proximidad y de previsibilidad que se persiguen a través de la concentración de la competencia judicial en el lugar de prestación de los servicios y a través de la determinación de una competencia judicial única para todas las pretensiones basadas en el mismo contrato. A propósito de la determinación del lugar de cumplimiento, entiende el TJCE que debe identificarse con aquél que garantiza el vínculo de conexión más estrecho con el contrato y el órgano jurisdiccional, encontrándose este vínculo, por regla general, en el lugar de la entrega principal. Y a efectos de precisar cuál sea este lugar debe estarse, en la medida de lo posible, a lo dispuesto en el propio contrato; en su defecto, debe tomarse en consideración el lugar en el que se hayan desarrollado, de manera preponderante, las actividades en

cumplimiento del contrato, siempre que la prestación de servicios en dicho lugar no sea contraria a la voluntad de las partes según resulta de las cláusulas del contrato. De forma subsidiaria, deberá considerarse lugar de cumplimiento el lugar del domicilio del prestador.

STJCE 11 de marzo de 2010. Telekomunikacja Polska SA w Warszawie v. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Petición de decisión prejudicial. Naczelny Sad Administracyjny (Polonia). Interpretación de la Directiva 2002/21, del Parlamento europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, y de la Directiva 2002/22, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Se pregunta si las Directivas 2002/21 y 2002/22 se oponen a una normativa nacional que prohíbe en todo caso supeditar la celebración de un contrato de prestación de servicios (así, de acceso a internet de alta velocidad) a la celebración de otro contrato relativo a la prestación de otros servicios (así, telefónicos) o a la adquisición de facilidades de un determinado proveedor. El TJCE resuelve que no existe tal oposición. Y ello: primero, porque aquella normativa nacional no afecta a las competencias y funciones asignadas a las agencias nacionales de reglamentación por ambas Directivas; segundo, porque al no imponerse una armonización plena los Estados miembros pueden intensificar el nivel de protección dispensado al consumidor. Con todo, la Directiva 2005/29, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, sí se opone a una normativa nacional que, salvo determinadas excepciones y sin tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, prohíbe cualquier oferta conjunta realizada por un vendedor a un consumidor.

STJCE 18 de marzo de 2010. Rosalba Alassini v. Telecom Italia SpA, Filomena Califano v. Wind SpA, Lucia Anna Giorgia Iacono v. Telecom Italia SpA, Multiservice Srl v. Telecom Italia SpA. Petición de decisión prejudicial. Giudice di pace de Isquia (Italia). Interpretación del principio de tutela judicial efectiva a propósito de una normativa nacional que prevé una tentativa de conciliación extrajudicial obligatoria como requisito de admisibilidad, en determinados litigios, de las acciones judiciales entabladas entre proveedores y usuarios finales incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2002/22, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y con los servicios de comunicaciones electrónicas. A tenor del art. 34 de este texto, los Estados miembros deben garantizar la disponibilidad de procedimientos extrajudiciales transparentes, sencillos y poco onerosos que permitan la resolución equitativa y rápida de los litigios que afecten a los consumidores y se refieran a asuntos regulados por dicha Directiva. Tales procedimientos en ningún caso deben menoscabar los procedimientos judiciales nacionales. Interpreta el TJCE, a la luz de dicha norma, que nada obsta a que los Estados miembros establezcan la obligatoriedad de los procedimientos extrajudiciales de resolución de litigios, siempre y cuando se mantenga el derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes para la solución de los litigios. Por lo demás, un procedimiento obligatorio de conciliación no vulnera el principio de efectividad: primero, porque su resultado

no es vinculante; segundo, porque no implica un retraso sustancial a efectos de ejercicio de la acción judicial; tercero, porque el procedimiento de conciliación interrumpe la prescripción de derechos; cuarto, porque dicho procedimiento no ocasiona gastos. A propósito de la posible vulneración del principio de tutela judicial efectiva (en cuanto se introduce una etapa adicional para el acceso a la justicia), recuerda el TJCE que los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas, que admiten restricciones siempre y cuando respondan efectivamente a objetivos de interés general. La obligatoriedad de un procedimiento previo de conciliación resulta, en este sentido, una restricción legítima toda vez que tiende a la más rápida y menos costosa resolución de litigios en materia de comunicaciones electrónicas.

STJCE 15 de abril de 2010. E. Friz GmbH v. Carsten von der Heyden. Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación de los arts. 1, apartado 1, y 5, apartado 2, de la Directiva 85/577, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Se pregunta, en primer lugar si resulta aplicable la Directiva al contrato en cuya virtud un consumidor se incorpora a un fondo de inversión inmobiliaria de tipo cerrado con la forma jurídica de sociedad de Derecho civil, siendo la finalidad de dicha incorporación, no tanto la de convertirse en socio, sino la de invertir. El TJCE se remite a los autos a efectos de justificar que la aplicación de la Directiva se explica por tratarse de un contrato que se celebró en el domicilio del consumidor sin que éste hubiere solicitado previamente la visita del profesional a fin de negociarlo. No se trataría, por lo demás, de un contrato excluido por afectar a «otros derechos relativos a bienes inmuebles» (art. 3.2, a), toda vez que su objeto es la incorporación del consumidor a un fondo de inversión inmobiliaria por medio de la adquisición de participaciones en una sociedad de Derecho civil a cambio de una aportación de capital. En segundo lugar, se pregunta si el art. 5, apartado 1, de la Directiva, se opone a una norma nacional según la que en caso de revocación de la incorporación a un fondo de inversión inmobiliaria, el consumidor tiene derecho a su cuota de liquidación calculada en función del valor de su participación en la fecha de la separación y, en consecuencia, puede eventualmente obtener la restitución de un importe inferior a su aportación o verse obligado a participar en las pérdidas del referido fondo. El TJCE insiste en que, si bien el ejercicio del derecho de revocación tiende al restablecimiento de la situación previa al contrato, nada en la Directiva excluye que el consumidor pueda tener, eventualmente, obligaciones con respecto al comerciante y verse en la necesidad de hacer frente a determinadas consecuencias resultantes del ejercicio de su derecho de rescisión. En esta línea, el TJCE avala la conformidad de la norma nacional por pretender asegurar un equilibrio satisfactorio y un justo reparto de los riesgos entre las partes interesadas: así, en tanto el consumidor tiene la posibilidad de devolver su participación, mas asumiendo una parte de los riesgos propios de la operación, los restantes socios no se ven obligados a soportar las consecuencias de la revocación de un contrato del que no fueron parte.

STJCE 15 de abril de 2010. Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV. Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del art. 6 de la Directiva 97/7, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo

de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de gastos a distancia. Se plantea si aquel precepto se opone a una normativa nacional que permite al proveedor imputar al consumidor los gastos de envío de los bienes en caso de ejercer su derecho de rescisión. El precepto, literalmente considerado, sólo permite imputar al consumidor los costes directos de la devolución de las mercancías al proveedor, ordenándose, a propósito de cualquier otra suma abonada por aquél, su inmediata devolución. Esto último abarca tanto el precio del producto, como cualquier otro gasto asumido por el consumidor (así, por ejemplo, los de envío). Por el contrario, permitir que el consumidor que desista deba costear los generados por el contrato o su ejecución podría desincentivar el ejercicio de la facultad de desistimiento, efecto no querido por la Directiva.

STJCE 4 de mayo de 2010. TNT Express Nederland BV v. AXA Versicherung AG. Petición de decisión prejudicial. Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos). Interpretación de los arts. 71 del Reglamento n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y 31 del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera. Según dispone el primero, el Reglamento no afecta a los convenios en que los Estados miembros fueren parte y que, en materias particulares, regulen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones. El art. 31 CMR versa acerca del tribunal competente para conocer de los litigios a que pueda dar lugar el transporte internacional de mercancías. A propósito del art. 71 Reglamento se plantea si las reglas de competencia judicial, de reconocimiento y de ejecución previstas en un convenio especial se aplican con preferencia a dicho Reglamento. El TJCE resuelve la cuestión al amparo de la propia literalidad del art. 71 y de su finalidad, que es que se respeten las reglas que fueron dictadas teniendo en cuenta las características específicas de una materia particular. Con todo, dicha aplicación no puede menoscabar los principios que inspiran la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el seno de la Unión, como los principios de libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil, de previsibilidad de los órganos jurisdiccionales competentes y, por consiguiente, de seguridad jurídica para los justiciables, de buena administración de justicia, de reducción al máximo del riesgo de procedimientos paralelos y de confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión. De todo ello resulta que el art. 71 no puede interpretarse en el sentido de que, en un ámbito comprendido en el Reglamento, un convenio especial conduzca a resultados menos favorables para la realización del buen funcionamiento del mercado interior que aquéllos a los que dan lugar las disposiciones del mencionado Reglamento. Por lo demás, ello es acorde con la jurisprudencia según la que los convenios celebrados por Estados miembros con terceros no pueden invocarse en las relaciones entre Estados miembros en detrimento de los objetivos del Derecho de la Unión.

STJCE 6 de mayo de 2010. Axel Walz v. Clickair, S.A. Petición de decisión prejudicial. Juzgado de lo Mercantil n.º 4 Barcelona. Interpretación del art. 22, apartado 2, del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional. Se pregunta, en particular, si el límite de responsabilidad del transportista aéreo que fija dicho precepto abarca tanto el daño material como el moral. La norma versa acerca de la responsabilidad

del transportista en caso de «destrucción, pérdida, avería o retraso», resultando irrelevante la naturaleza del daño irrogado. El TJCE, a fin de interpretar el concepto «daño» (del que el Convenio no ofrece ninguna definición), se remite al art. 31 de los artículos sobre las responsabilidades del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, siendo así que comprende todo perjuicio material o moral. Este sería el concepto de daño según el Derecho Internacional general, concepto aplicable en las relaciones entre las partes en el Convenio de Montreal por disponer así el art. 31, apartado 3, letra c), del Convenio sobre el Derecho de los Tratados y por no existir en el Convenio de Montreal nada que indique que se haya querido dar al concepto de «daño» un sentido especial y separarse de su sentido ordinario.

Jurisprudencia Nacional (octubre 2009 a mayo 2010)

MIRIAM ANDERSON*
TRIBUNAL SUPREMO

Competencia territorial

ATS (Sala Civil) de 1 de diciembre de 2009 (RJ 2010/149). Ponente: Francisco Marín Castán. Conflicto negativo de competencia. Se recoge la que ya es doctrina reiterada en materia de competencia territorial para servicios contratados por vía telefónica o telemática: prevalece el domicilio del consumidor. En el caso enjuiciado, el consumidor reclamaba los 215 euros que había pagado por una cámara fotográfica comprada por internet, que tuvo que mandar a arreglar y que nunca recuperó. La Sala decide a favor de la competencia de los juzgados del domicilio del consumidor: «Aplicando el criterio seguido por esta Sala en sus Autos de 17 de mayo (JUR 2004/291005) y 5 de noviembre de 2004 (RJ 2005/103), el presente conflicto negativo de competencia territorial debe resolverse declarando competente al Juzgado de Molina de Aragón con base en la norma imperativa del apdo. 2 del art. 52 LEC: en primer lugar, porque, aun cuando pueda ser dudoso el factor de la oferta pública precedente al contrato, no lo es que la demanda versa sobre un contrato de compraventa de una cámara fotográfica concertado a través de Internet; en segundo lugar, porque el hecho de que la compañía demandada tenga su domicilio en el partido judicial de Barcelona, y no en el de Molina de Aragón, donde se celebró el contrato, es una circunstancia que difícilmente podía ser conocida por el actor al tiempo de la celebración del contrato; en tercer lugar, porque en la demanda se ejercita la acción individual de un consumidor, factor determinante de una interpretación favorable al mismo conforme a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, cuya más correcta transposición al Derecho interno, tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de septiembre de 2004 (TJCE 2004/227), se ha llevado a cabo por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios; y, por último, porque cualquier otra solución vulneraría irremediablemente el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, que para una reclamación de 215 euros se vería obligado, tras haber presentado su demanda en Molina de Aragón, a tener que dirigirse luego a un Juzgado de Barcelona, efecto que los tribunales deben evitar cuando la realidad social muestra una práctica generalizada de contratación de servicios por vía telefónica o telemática en la que el consumidor suele estar perfectamente localizado mientras que la exacta localización de la compañía con la que contrata, o de los empleados que lo hacen en su nombre, resulta extremadamente difícil». En idéntico sentido, ATS (Sala Civil) de 27 de octubre de 2009 (RJ 2009/5710), del que fue ponente Francisco Marín Castán, para un caso en que se recla-

* Profesora agregada de Derecho civil, Universitat de Barcelona.

maban 37,06 euros por la negativa a entregar un mando a distancia comprado por internet; ATS (Sala Civil) de 2 de febrero de 2010 (RJ 2010/420), con el mismo ponente, relativo a la reclamación de 900 euros por el deficiente servicio prestado por una compañía de la que se habían adquirido billetes de transporte aéreo por internet; ATS (Sala Civil) de 13 de abril de 2010 (JUR 2010/143016), del que fue ponente Encarnación Roca Trias, respecto de una demanda presentada contra una compañía eléctrica por un valor de 875 euros, en concepto de indemnización por los daños causados por una sobrecarga de tensión eléctrica.

Defensa de la competencia

STS (Sala Civil) de 15 de enero de 2010 (RJ 2010/1400). Ponente: Francisco Marín Castán. Sentencia dictada por el Pleno de la Sala. Contrato de abanderamiento, en el cual la demandada es arrendataria de las estaciones de servicio propiedad de la compañía abastecedora en exclusiva de productos petrolíferos, percibiendo una comisión por las ventas: compatibilidad con el art. 81 (CE) (hoy art. 101 TFUE). El recurso tiene su origen en la demanda que inicialmente presentó la compañía abastecedora por ruptura del pacto de exclusiva, en la que solicitaba la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. El demandado opuso la nulidad absoluta del contrato por inexistencia de causa, indeterminación del precio y, subsidiariamente, por ilicitud de la causa por dejarse la fijación del precio al arbitrio exclusivo de la compañía abastecedora; puso de manifiesto que el contrato era, en realidad, de compra en firme o reventa y no de comisión y formuló reconvencción pidiendo la nulidad del contrato por resultar incompatible con el art. 81.1 del Tratado CE, norma imperativa vulnerada mediante la contravención de los Reglamentos comunitarios 1984/83 y 2790/99. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción, reconoció el carácter de revendedor del demandado-reconviniente y declaró nulo el contrato litigioso, no sólo por su incompatibilidad con el art. 81 del Tratado CE y con los citados Reglamentos, así como con el art. 6.3 CC, sino también por inexistencia o ilicitud de la causa. En apelación, se estimó parcialmente la demanda inicial, declarando resuelto el contrato litigioso por incumplimiento del demandado-reconviniente, aunque sin indemnización alguna a favor de la actora, y desestimó la reconvencción. Para la resolución del recurso, el TS se apoya en la doctrina sentada por el TJUE en la sentencia de 11 de septiembre de 2008, así como en las de 14 de diciembre de 2006 y 2 de abril de 2009. Según estas decisiones y, en particular, la última de ellas, «las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público pueden acogerse a la exención por categorías en virtud de los Reglamentos 1984/83 y 2790/99, si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público». Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado y a la vista de la prueba, la Sala entiende que efectivamente se imponía al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por la compañía abastecedora. A pesar de que un contrato pueda ser calificado en abstracto como de agencia, sujeto a la Ley 12/1992, puede incurrir en prohibición y consiguiente nulidad por impedir, restringir o falsear el juego de la competencia; la calificación del negocio como contrato de agencia no debe servir para eludir las normas de defensa de la competencia. Al analizar el sistema de fijación de precios, y pese a que la

doctrina del TJUE se ha flexibilizado en las sentencias de 2008 y 2009, la Sala estima que en el contrato enjuiciado el precio era realmente el fijado por la abastecedora, sin que fuese óbice a ello que una cláusula permitiese al titular de la estación de servicio aplicar descuentos a cargo de su propia comisión. Además de no constituir, por tanto, un supuesto encuadrable en la exención por categorías de los Reglamentos comunitarios, el TS entiende que el contrato disminuía las posibilidades de los competidores nacionales u originarios de otros Estados miembros de implantarse en el mercado de referencia o de ampliar en éste su cuota de mercado, puesto que la posición de la abastecedora (REPSOL) es especialmente fuerte en el territorio español. Por consiguiente, se declara la nulidad del contrato, pero no se concede la indemnización solicitada por el titular de la estación de servicio, básicamente a raíz de la mala fe de este último, que no denunció la contravención del Derecho comunitario hasta que fue demandado por la compañía abastecedora por romper el pacto de exclusiva y que se benefició durante más de nueve años del abanderamiento por una compañía líder en el sector, siendo así, además, que la abastecedora le había ofrecido la adaptación al Reglamento 2790/99. El TS afirma que la buena o mala fe de los contratantes también es relevante a la hora de determinar las consecuencias de la nulidad.

STS (Sala Civil) de 24 de febrero de 2010 (RJ 2010/1404). Ponente: Francisco Marín Castán. Contrato de abanderamiento, en el cual la demandante es arrendataria de las estaciones de servicio propiedad de la compañía abastecedora en exclusiva de productos petrolíferos, percibiendo una comisión por las ventas. La demanda, desestimada en las dos instancias inferiores, pretendía que se declarase que el contrato estaba sometido al régimen de compra en firme o reventa por aplicación del Derecho comunitario y que se condenase a la compañía abastecedora demandada a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la diferencia global existente entre el precio efectivamente abonado por las estaciones de servicio gestionadas por la actora y la media de los precios semanales ofrecidos por otros operadores en régimen de compra en firme o reventa a otras estaciones de servicio de similares características, según el número de litros vendidos en cada una de las estaciones de servicio de la demandante, a partir de la entrada en vigor del Reglamento (CE) n.º 2790/99, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999. Pretendía, pues, la demanda, que tres contratos celebrados y ejecutados pacíficamente durante la vigencia del Reglamento CE) n.º 1985/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983, se transformasen en contratos distintos por aplicación del Reglamento de 1999, pero sin pedir la nulidad de los inicialmente celebrados por su incompatibilidad con el art. 81 CE (hoy art. 101 TFUE). La Sala desestima el recurso, estableciendo que (FJ 3.º): «[...] la parte recurrente parece no haber advertido que la técnica de los Reglamentos de exención por categorías, que obedece a las previsiones del apdo. 3 del art. 81 CE para salvar de la prohibición de su apdo. 1 determinadas categorías de acuerdos por los beneficios generales que pueden reportar, determina la nulidad, conforme al apdo. 2 del mismo artículo, de los acuerdos o contratos que no cumplan las condiciones requeridas para su exención, nulidad que a su vez producirá unas determinadas consecuencias pero no autoriza a los contratantes a invocar ni el Tratado ni los Reglamentos a su conveniencia para modificar contratos vigentes únicamente en lo que les favorezca y, por tanto, rompiendo unilateralmente el equilibrio de intereses presente en el momento de la celebración de esos mismos contratos».

Principios del Derecho Europeo de los Contratos

STS (Sala Civil) de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010/859). Ponente: Encarnación Roca Trías. Concepto de lucro cesante. Entre otras cuestiones, se discutía el alcance de la indemnización correspondiente en concepto de lucro cesante, ante el cumplimiento defectuoso por parte de una empresa que se había obligado a fabricar microciclones industriales para otra. Al entrar a analizar esta noción, en el FJ 9.º, la Sala entiende que: «La denuncia de la infracción del art. 1106 CC carece de fundamento a la vista de la sentencia recurrida. Según el art. 1106 CC, este lucro cesante debe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, sí se ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad, debe indemnizarse aquella “pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir” (art. 9:501 (2) PECL), criterio aplicado en la reciente doctrina de esta Sala con relación a las reclamaciones por lucro cesante. [...]»

STS (Sala Civil) de 7 de enero de 2010 (RJ 2010/154). Ponente: Encarnación Roca Trías. Contrato de seguro. La distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado y cláusulas limitativas no afecta a la decisión del caso, cuando, aun pudiéndose encajar la condición de que se trataba entre las primeras, la oscuridad e imprecisión en su redacción no deben beneficiar a quien las hubiera establecido. Por ello, en el FJ 4.º, se establece que: «La falta de claridad, por tanto, no debe perjudicar al asegurado, puesto que no la ha producido y la regla de interpretación de las cláusulas oscuras prohíbe que la oscuridad favorezca a la parte que la hubiese ocasionado (art. 1288 CC, así como el art. 5:103 PECL, que consagra un aspecto de esta norma, cual es la regla *contra proferentem*). Por tanto, no puede el asegurador aprovecharse de la cláusula oscura que él mismo ha introducido».

STS (Sala Civil) de 16 de febrero de 2010 (RJ 2010/1783). Ponente: Encarnación Roca Trías. Concepto de dolo. La accionista mayoritaria de una sociedad constituida para la administración del patrimonio familiar (consistente en un inmueble, que fue recalificado urbanísticamente) vende a dos sociedades sus acciones. Se descubre posteriormente que se trataba de sociedades pantalla del compañero sentimental de la accionista, en quien ella había delegado todas las gestiones. Tanto en primera instancia como en apelación se estima la demanda interpuesta por la accionista originaria para que se declare la nulidad del contrato. Esta decisión es confirmada por la STS, en cuyo FJ 4.º puede leerse que: «Por otra parte, el supuesto en que una persona tiene una relación de confianza con otra que le induce a celebrar un contrato o bien no es lo suficientemente experimentada como para poder calibrar las condiciones de dicho contrato es uno de los casos más típicos del dolo y como vicio independiente ha sido acogido en el artículo 4 :109 de los Principios del Derecho europeo de los contratos, que permite la impugnación por parte de aquella persona en quien haya concurrido dicho vicio, que trata como vicio de la voluntad».

Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil

STS (Sala Civil) de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010/182282). Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Un menor, que desarrollaba funciones de

voluntario en la Cruz Roja, sufrió un accidente que le ocasionó secuelas importantes, a raíz de la novatada que le gastó quien le supervisaba en la actividad que les encargó la Cruz Roja y que era un mariner que estaba realizando el servicio militar. La sentencia de primera instancia desestimó la pretensión resarcitoria de la víctima interpuesta contra Cruz Roja Española y su aseguradora, por considerar que se trataba de una novatada causada a un voluntario por otro voluntario, fuera de sus funciones laborales o en el ámbito del servicio en el que estaba empleado y que, por consiguiente, era imprevisible para los demandados. Tampoco se estimó acreditado que hubiera culpa «in vigilando» o «in eligendo», puesto que no se probó que el agresor realizara con anterioridad comportamientos similares de los que pudiera desprenderse la previsibilidad de hechos futuros semejantes. En apelación se confirmó la decisión, por estimar que no había conexión entre el daño y la actividad desarrollada al servicio de Cruz Roja. En cambio, el TS estima el recurso de casación interpuesto, basándose, principalmente, en los siguientes argumentos (FJ 3.º): «[...] la resolución del recurso se contrae a verificar la significación jurídica dada por el tribunal de instancia a los hechos consignados en la sentencia recurrida, para lo cual se debe partir de lo que la doctrina jurisprudencial exige para que se pueda declarar la responsabilidad por hecho ajeno regulada en el artículo 1903 del Código Civil: 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 por acción o por omisión del agente, y la falta de prueba de haberse empleado toda la diligencia para evitar el supuesto dañoso (STS 10 de octubre 2007); dependencia que no es de carácter estricto, ni se limita al ámbito jurídico-formal ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento de control, vigilancia y dirección de las labores que han sido encargadas (SSTS 3 de abril 2006; 6 de mayo 2009, entre otras). Y si bien es cierto que una novatada, en ocasiones, como la enjuiciada, puede causar lesiones o secuelas graves a quien la sufre, no encaja exactamente entre las tareas que fueron encomendadas al agresor por la Cruz Roja (si así fuera estaríamos en el ámbito del artículo 1902 CC), también lo es que se ha desconocido por la demandada lo que el art. 6:102 de los Principios de Derecho Europeo de responsabilidad civil denomina “el estándar de conducta que le era exigible en la supervisión”, citado en la Sentencia de 6 de marzo de 2007, o, lo que es lo mismo, se ha infringido el deber de vigilancia de las actividades llevadas a cabo por uno de sus voluntarios, militar o no, en el desarrollo y cumplimiento de la función que le había sido encomendada de achicar agua de los botes de la propia Cruz Roja, que estaban en el pantalán listos y a su disposición, puesto que los daños susceptibles de generar una responsabilidad civil no se han de producir necesariamente dentro del ámbito espacial concreto y delimitado del empleador, sino también en lugares donde se proyecten los deberes de vigilancia y atención. Lo cierto es que el menor no pudo realizar su trabajo al haber sido empujado de forma intencionada por el agresor y que esta persona no actuaba de forma autónoma sino sometido al cuidado y dirección de los mandos de la demandada, a cuyo cargo estaba el procurar las medidas apropiadas para que la orden de trabajo se cumplimentara en la forma para la que habían sido instruidos sus empleados, sin riesgo alguno para ellos, lo que no hizo. Como consecuencia de ello y en virtud de la concurrencia de un nexo causal entre ambos elementos, se produjo el resultado dañoso, susceptible de generar una

responsabilidad civil por hecho de otro, en aplicación del artículo 1903 del Código Civil, que presupone una presunción de culpa que únicamente desaparece cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, en este caso la diligencia dirigida a evitar sucesos como el acontecido, en un medio previsible como en el que acontece».

Cláusulas abusivas

STS (Sala Civil) de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010/702). Ponente: Jesús Corbal Fernández. Acción de cesación en el empleo de cláusulas abusivas en contratos bancarios, interpuesta por la OCU contra cuatro entidades financieras. En las instancias inferiores se habían declarado abusivas y, por tanto nulas, algunas de las cláusulas en discusión. En casación, el TS analiza las relativas a puntos que han sido objeto de recurso. A continuación, se señalan las principales conclusiones a las que llega la sentencia. Se considera válida la cláusula en virtud de la cual se extiende la cobertura hipotecaria al pago de costas procesales; no se trata de un pacto sobre las costas que implique que el prestatario deba abonarlas en todo caso, sino que la cantidad procedente de la realización del bien hipotecado se aplique también al pago de las costas hasta la suma al respecto asegurada, lo que concuerda con las disposiciones de la LEC (arts. 689, 692.1, 693 y 694.2) (FJ 5.º). También se considera ajustada a derecho la cláusula que contiene el llamado «pacto de liquidez» o «de liquidación», por medio del cual se estima que será prueba suficiente de la cantidad reclamada la certificación expedida por la entidad; la finalidad del pacto es el despacho de ejecución y, por tanto, no obsta a la impugnación de la cantidad expresada en la certificación mediante la oposición correspondiente y no se alteran las normas sobre carga de la prueba; siendo la previsión clara, excusa de cualquier otra información contractual al respecto (FJ 6.º). La cláusula en que se pacta con la entidad bancaria que ésta pueda compensar los saldos positivos y negativos de varias cuentas y que varios cotitulares de una cuenta asuman que la entidad pueda compensar las deudas, aunque sean atribuibles sólo a alguno, es válida, siempre que sea legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente; no todas las cláusulas analizadas cumplían estos últimos requisitos (FJ 7.º). Es válida la cláusula en que se establece que el Banco permanece ajeno a las incidencias y responsabilidades que puedan derivarse de la operación realizada entre el establecimiento y el titular de la tarjeta, puesto que no supone que se exima a la entidad emisora de las tarjetas en supuestos en que no se pueden utilizar por causa imputable a la referida entidad, sino que se refiere a relaciones jurídicas completamente ajenas al Banco (FJ 8.º). En FJ 9.º, la sentencia analiza las cláusulas que eximen de responsabilidad a la entidad en caso de pérdida de la tarjeta o de la libreta y antes de que se haya comunicado esta circunstancia a la entidad; en este punto, la Sala centra primero cuáles son los puntos discutidos: «Las cuestiones genéricas se pueden resumir en los siguientes puntos: a) Si es o no abusiva la cláusula que establece la responsabilidad sin limitación a cargo del usuario (titular de la tarjeta) antes de la notificación de la pérdida o sustracción (u otro evento similar que posibilite la utilización indebida) de la tarjeta o libreta; b) Cuál es el tiempo en el que el titular de la tarjeta debe comunicar a la entidad bancaria el acontecimiento anterior (robo, hurto, extravío, pérdida, etc.) dado que no hay duda que a partir de la comunicación la entidad bancaria debe bloquear la posibilidad de utilización del instrumento mecánico; y, c) Siendo incuestionable que el titular de la tarjeta con

banda magnética (y lo mismo sucede con el chip electrónico) debe evitar revelar el número del PIN (“adoptar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizado de que vaya provisto”, como dice actualmente el art. 27.b de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, que transpone al Derecho español la Directiva Comunitaria 2007/64/CE, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, modificando las Directivas 97/7/CE, 2005/65/CE y 2006/48/CE y derogando la Directiva 97/5/CE), a quién le corresponde la carga de la prueba de haberse producido la revelación por fuerza mayor o coacción, y si cabe limitar la responsabilidad de las entidades bancarias a estos supuestos». Con apoyo, especialmente, en diversos preceptos de la citada Ley 16/2009, el TS llega a la conclusión de que el empleo de fórmulas como «de forma inmediata», «urgentemente» o «a la mayor brevedad» son imprecisas, inciertas y abusivas, y lo mismo cabe decir para supuestos en que se cuenta ese plazo desde «el acaecimiento» del suceso, lo que puede ser abusivo en casos en que no se conoció la pérdida o extravío, sin existir mala fe, ni falta de diligencia. También se considera desproporcionada y abusiva la exclusión de responsabilidad en todo caso para la entidad bancaria para las utilizations de tarjeta o de libreta anteriores a la comunicación de la sustracción y extravío; del mismo modo, también es abusivo excluir de responsabilidad a la entidad bancaria en todo caso del uso del PIN limitándola a supuestos de fuerza mayor o coacción. Por otro lado, se confirma la validez de la cláusula que prevé en vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por impago de una sola de las cuotas pactadas (FJ 10.º). El TS considera que produce desequilibrio contractual y resulta ilícita por abusiva la cláusula conforme a la cual se producirá el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario cuando se haya «acordado un embargo o resulte disminuida la solvencia» del deudor, lo que supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato desproporcionada (FJ 11.º). En cuanto a las cláusulas que limitan la facultad del titular de una finca hipotecada de arrendar, la Sala estima: «a) Que las cláusulas que someten a limitaciones la facultad de arrendar la finca hipotecada se deben circunscribir a los arrendamientos de vivienda *ex art. 13 LAU de 1994*, por lo que, al generalizar, el art. 219 RH se halla desfasado con el marco legislativo vigente. b) Que el pacto de vencimiento anticipado solo es operativo cuando se trata de arrendos gravosos o dañosos, entendiendo por tales los que suponen una minoración del valor de la finca en la perspectiva de la realización forzosa, bien por renta baja, o por anticipo de rentas. c) Que no existe una regla única para baremizar la cuantía de la renta, y la posible desproporción depende de las circunstancias del caso. En principio el 6% previsto en el art. 219 RH no puede considerarse «per se» desproporcionado a efectos de declarar abusiva la cláusula de referencia, sin que el Tribunal disponga de datos o informes técnicos para fundamentar una solución diferente. En el caso se declaran abusivas las cláusulas porque no limitan su aplicación a los arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa (art. 13 LAU), siendo por lo demás exigible que, en su caso, las cláusulas que se redacten concreten el baremo –coeficiente– que corrija la disminución de valor que el gravamen arrendaticio puede ocasionar» (FJ 12.º). Se considera que crea confusión una cláusula que, según como se interprete, parece prohibir al titular la enajenación del inmueble ante una eventual negativa de la entidad bancaria a permitir la transmisión de la deuda (FJ 13.º). También se considera abusiva la cláusula de renuncia a la notificación de la cesión del crédito hipotecario, por cuanto encierra en realidad una renuncia a compensar créditos (FJ 14.º). Por otro lado, se confirma la ilegala

lidad de la cláusula de exención de responsabilidad de la entidad bancaria en supuestos de pago de cheques manipulados y falsificados, que debería ajustarse a la regla de reparto prevista en el art. 156 de la Ley cambiaria y del cheque (FJ 18.º). En los últimos fundamentos, el TS confirma también las sentencias de instancia que consideraron abusivas cláusulas relativas al mal funcionamiento de cajeros y otros canales alternativos y al vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios por incumplimiento de prestaciones accesorias o por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro.

Competencia desleal

STS (Sala Civil) de 18 de enero de 2010 (RJ 2010/1401). Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel, y **STS (Sala Civil) de 21 de enero de 2010 (JUR 2010/1275)**. Ponente: Jesús Corbal Fernández. Prescripción de acciones en actos de competencia desleal de duración continuada: «dies a quo». Con apoyo, entre otros argumentos, en la nueva redacción que la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, da al art. 35 de la Ley de Competencia Desleal, las sentencias acogen el criterio, formulado quizá con más frecuencia últimamente por el propio TS, conforme al cual cuando se trate de conductas de tracto sucesivo o de duración continuada, la prescripción de acciones no empieza a correr mientras dura la conducta ilícita. Sin embargo, ambas sentencias van acompañadas de sendos votos particulares, suscritos en los dos casos por cuatro magistrados que defienden la postura contraria, al entender que no cabe excluir del art. 21 de la Ley 3/1991 (en la redacción vigente cuando se dieron los hechos enjuiciados) los actos de competencia desleal de duración continuada, a riesgo de asumir funciones legislativas que no corresponden a los tribunales. La interpretación que deba darse al nuevo art. 35 es una cuestión que, según el voto particular, habrá que estudiar al enjuiciar casos a los que resulte de aplicación.

Propiedad intelectual

STS (Sala Civil) de 28 de octubre de 2009 (RJ 2009/5819). Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel. Comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales en establecimiento hotelero. La SGAE reclama a un establecimiento hotelero el pago correspondiente según las tarifas generales aplicables, en función del número de habitaciones y de apartamentos ocupados durante el período de la actividad ilícita. En primera instancia y en apelación se desestimó la demanda, pero el TS, en la línea iniciada con la conocida sentencia de 16 de abril de 2007 (RJ 2007/3780), entiende que hubo actos de comunicación pública que se remontan a 1994, sin que haya prescrito la acción, por haberse interrumpido extrajudicialmente el plazo. Sin embargo, al no obrar en autos las tarifas vigentes antes de 1998, la indemnización sólo procede a partir de ese año. El cálculo se hace por habitaciones o apartamentos ocupados y, al no haber acreditado la demandada lo contrario, éste se fija en el 75%, según datos del INE. Igualmente, se suspende la actividad de retransmisión y se prohíbe su reanudación.

Reconocimiento sentencias extranjeras

ATS (Sala Civil) de 9 de diciembre de 2009 (JUR 2010/16361). Ponente. Encarnación Roca Trías. Reiterando su doctrina anterior, el TS desestima el recurso de queja interpuesto contra el auto denegatorio de la preparación del recurso de casación intentada contra un auto dictado en un procedimiento para

reconocimiento y ejecución de resolución judicial extranjera. A estos efectos, se recuerda que (FJ 2.º): «[...] en el Auto de 29 de julio de 2008 (recurso de queja 251/2008), tras examinar la recurribilidad en casación de las resoluciones dictadas en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones al amparo del régimen establecido en los Convenios de Bruselas y de Lugano y de los Reglamentos comunitarios 1347/2000 (ahora sustituido por el 2201/2003) y 44/2001, que encuentra su fundamento, como se exponía en los Autos de esta Sala de fecha 12 de marzo de 2002 (recurso de queja 75/2002) y de 23 de noviembre de 2004 (recurso 1981/2001), más allá de las disposiciones contenidas en las normas procesales nacionales, se dejaba dicho que el recurso de casación que establecen arts. 41 de los Convenios de Bruselas y de Lugano, 27 del Reglamento CE 1347/2000, 44 del Reglamento CE 44/2001, y 33 del Reglamento CE 2201/2003, constituye un medio de impugnación específicamente previsto en normas comunitarias, dentro de un cauce procesal igualmente previsto y regulado por ellas, y que se califica de cerrado, completo y uniforme (Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 2 de junio de 1985, as. 184/84, de 27 de noviembre de 1984, as. 258/83, de 21 de abril de 1991, as. C-172/91, de 4 de octubre de 1991, as. C-183/90, y de 11 de agosto de 1995, as. C-432/93), medio de impugnación que se encuentra dotado de un objeto y contenido concreto, circunscrito a las cuestiones de derecho suscitadas en la resolución sobre el exequátur de la decisión extranjera –y solo en ella–, esto es, a la revisión de la aplicación de las normas que rigen los presupuestos y requisitos de la declaración de ejecutoriedad de la resolución foránea (STJCE de 27 de noviembre de 1984, as. 258/83). Por lo tanto, el establecimiento del recurso y su contenido se imponen sobre las previsiones normativas internas en virtud de la primacía y de la aplicabilidad directa de la norma comunitaria, en función de los fines a los que se orienta y cuya consecución persigue, que aquí se contraen al logro del objetivo comunitario de la libre circulación de las resoluciones dentro de un espacio de libertad, seguridad y de justicia. Ahora bien, las condiciones, presupuestos y requisitos de procedibilidad y de admisibilidad se rigen por el ordenamiento interno, siempre y cuando sus normas y la interpretación que de ellas se haga garanticen la primacía y el efecto directo de las normas comunitarias –en rigor, el efecto útil de ese efecto directo–, y posibiliten, por lo tanto, el recurso establecido en ellas, con su contenido propio y su propia finalidad, sin convertir en papel mojado, en simple previsión normativa carente de aplicación en la práctica, el recurso de casación establecido en las normas comunitarias».

AUDIENCIAS PROVINCIALES**

Principios de Derecho europeo de los contratos

SAP de Granada (Sección 5.ª) de 30 de octubre de 2009 (JUR 2010/45719). Ponente: Klaus Jochen Albiez Dorhmann. Aceptación tácita de un contrato de compraventa entre empresas. Parece ser que, por medio de dos

** Dada la extensión dedicada en este número a las sentencias del TS, se incluyen únicamente algunas resoluciones de las AP que recogen referencias a los PECL; se han escogido sólo las más representativas, pero son ya muchas las que asumen la tendencia del TS de citarlos, especialmente en materia de resolución contractual, aunque muchas veces ello se haga por medio de la reproducción de fragmentos de sentencias del Alto Tribunal.

conversaciones telefónicas, una de las empresas compró, en distintas ocasiones, un importante volumen de harina de la otra. La vendedora entiende celebrados nueve contratos y la compradora únicamente uno. La AP parte de que las conversaciones telefónicas no prueban su contenido, pero que de los documentos mandados por fax por la vendedora (y no firmados por la compradora) se desprende la existencia de una verdadera oferta de venta. En la sentencia se afirma que nuestro derecho contractual admite la aceptación tácita, pese a la parca regulación de la perfección del contrato, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos (cabe colegir su viabilidad, por ejemplo, del parágrafo 151 BGB), en textos internacionales (como, por ejemplo, el art. 18.1 de la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías) o en los textos de *soft law* del Derecho contractual europeo (como los PECL, los Acquis Principles o el MCR), así como en la reciente Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos. En el caso enjuiciado, al haberse entregado y abonado diversas remesas de harina, se entiende que hubo aceptación tácita de las ofertas enviadas por fax; a partir del momento en que la compradora deja de retirar la mercancía, el tribunal estima que debió notificar su aceptación o no de la oferta, habida cuenta de la relación de confianza que se había establecido entre las partes y de las exigencias de la buena fe y de la lealtad en este ámbito.

SAP de Barcelona (Sección 1.^a) de 20 de marzo de 2010 (JUR 2010/166038). Ponente: M. Dolors Montolio Serra. Resolución por incumplimiento de contrato de suministro de gas. Impago por parte de la usuaria de facturas que incluían tanto la renovación de la instalación de la calefacción y cambio de la caldera, como el suministro de gas. La compañía pretende la resolución del contrato de suministro de gas, que el juzgado de primera instancia concede. La AP señala que, tal y como ha venido apuntando la jurisprudencia con carácter general, no todo incumplimiento del contrato comporta su resolución, sino sólo el esencial y que, empleando como texto interpretativo los Principios de Derecho europeo de contratos, se ha considerado como supuesto de incumplimiento esencial, a efectos de justiciar la resolución, entre otros (art. 8:103 PECL) el incumplimiento intencional que justifica que la parte interesada no pueda confiar en el cumplimiento (SSTS de 10-10-2005, 4-4-2006, 20-7-2006, 31-10-2006, 22-12-2006, 20-7-2007 17-12-2008), situación que no es la que se produce en este caso, puesto que la demandada, desde el primer momento, se había opuesto a pagar la cuota de financiación de la obra en la cuantía que se incluía en la factura, pero no el resto de conceptos (es decir, ni el gas consumido, ni el alquiler del contador).

SAP de Barcelona (Sección 1.^a) 29 de marzo de 2010 (JUR 2010/163188). Ponente: Antonio Ramón Recio Córdova. Contrato de compraventa que tiene por objeto, según el tribunal, una finca con cesión del proyecto básico de la construcción que puede desarrollarse en la misma, lo que significa que la vendedora sólo se comprometió a transmitir la finca y a ceder los derechos sobre el proyecto. Por ello (FJ 2.^o): «No parece razonable pretender que una promotora como la actora no se informe en el Ayuntamiento de las condiciones urbanísticas del solar antes de adquirirlo, lo que impide que pueda excusarse en que la vendedora le indujo a error en la información facilitada; y no olvidemos que el planteamiento del litigio por parte de la mercantil demandante descansa en el error sufrido como consecuencia de la

información facilitada por la vendedora, bien que no pretende la anulación del contrato ni su resolución sino tan sólo la indemnización de daños y perjuicios en línea con lo previsto en los artículos arts. 7, 1101 y 1258 CC y 4:103, 4:106 y 4:117 de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL), a los que se viene refiriendo la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en diversas sentencias [STS, Sala 1.^a, 17 diciembre 2008 (Ponente: Roca Trías, Encarnación): “Utilizando a estos efectos, como ya ha ocurrido en otras sentencias de esta Sala (SSTS de 10-10-2005, 4-4-2006, 20-7-2006, 31-10-2006, 22-12-2006 y 20-7-2007), 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”]».

Libros sobre Derecho Privado Europeo. Recensiones

ZIMMERMAN, Reinhard: *Europa y el Derecho romano. Estudio introductorio y traducción de Ignacio Cremades Ugarte, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2009, ISBN: 978-84-9768-652-5, 127 pp.*

Este libro contiene un doble lamento. Uno de ellos se debe al autor del texto, el conocidísimo Reinhard Zimmermann, y el otro al autor de la traducción y del estudio introductorio, el romanista español Ignacio Cremades. Ambos se lamentan prácticamente de lo mismo: de la presencia muy secundaria y residual que ha ido adquiriendo, que tiene en la actualidad, el Derecho romano. Lo hacen, sin embargo, por razones un tanto diversas, aunque, como no puede ser de otro modo, directamente relacionadas. El hecho de que el texto de Zimmermann se remonte a 2001 –fue publicado como artículo en *Archiv für die civilistische Praxis*, siendo originalmente una conferencia pronunciada en septiembre de 2001 (su estilo y tono son tributarios en ocasiones de dicho origen)–, hace que su lamento se centre en el papel que el Derecho romano está llamado a desempeñar, en su opinión de forma necesaria, en el proceso de unificación del Derecho privado europeo. Como es muy conocido, parte de algo que para él es evidente y de lo que no puede evitar lamentarse: que el Derecho romano no sea considerado como algo necesario y fundamental para cualquier iniciativa en esa dirección. Es incomprensible para Zimmermann que quienes tienen que tomar las decisiones determinantes a este respecto no se den cuenta del error que cometen prescindiendo del Derecho romano.

Por su parte, el traductor e introductor también se lamenta. Han pasado unos años y el frente abierto para el Derecho romano –y también para la Historia del Derecho– es otro. Su lamento se centra principalmente en constatar la pobre presencia de éste en los planes de estudio y en la formación de los futuros juristas en las facultades de Derecho. Como el propio Cremades señala, se trata de una controversia renovada –la del valor del Derecho romano y de la Historia del Derecho para el jurista actual–, con variantes según las épocas, pero que se mantiene más o menos igual en el tiempo. El estudio introductorio de Cremades, titulado *El Derecho romano en la europeización de la ciencia del Derecho*, merece que lo consideremos como un discurso complementario y en cierto modo como una actualización del que nos ofrece Zimmermann.

La posición de Zimmermann ya la conocemos (véanse antes otros textos del mismo ya traducidos a nuestra lengua: *Estudios de Derecho privado europeo*, Trad. Antoni VAQUER ALOY, Civitas, Madrid, 2000 y *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Trad. Esther ARROYO I AMAYUELAS, Editorial Bosch, Barcelona, 2008). Parte de su discutida (y discutible) idea de que los Códigos civiles fueron una auténtica tragedia para el Derecho romano y su hegemonía. Es una conclusión inevitable si se parte de una idílica e incontestada vigencia

del Derecho romano en Europa hasta la irrupción de la codificación. Si se piensa así, de este modo *romántico* –dicho esto con toda la intención posible–, es inevitable contemplar a los Códigos como unos verdaderos usurpadores. La difundida opinión de Zimmermann está presente, con toda su rotundidad, en este texto. Citando la admonición, entre pesimista y optimista, de Koschacker en su *Europa y el Derecho romano* en 1947, sobre la supervivencia del Derecho romano, su discurso se fundamenta en la excelencia de éste y, sobre todo, en su actualidad y atemporalidad. Esta disposición más que favorable hacia el Derecho romano, que podría ser sólo la expresión de un gusto o de un deseo, cobra relevancia, digamos, material, cuando se trata de acometer una empresa como es la conformación de un único Derecho privado europeo, de un nuevo Derecho común. El Derecho romano se presenta como una pieza clave para este proceso. Como mantienen Zimmermann y los llamados neopandectistas, sin el concurso del Derecho romano un proceso así sería difícilmente posible o factible. Como acostumbra Zimmermann en los numerosos textos en los que ha sostenido esta idea, tampoco en esta ocasión se limita a ofrecer la mera expresión de un deseo seguida de un planteamiento teórico sino que realiza un muestreo de las posibles ventajas y muy especialmente de las previsibles cortapisas o inconvenientes con que puede encontrarse el Derecho romano para desempeñar este cometido, este alto cometido al que, en su opinión, está llamado. En este sentido, el núcleo del texto lo constituyen una serie de aproximaciones a cuestiones concretas, de distinto alcance e interés, que tienen la finalidad común de medir o valorar la *realizabilidad* –si se nos permite la palabra– de este programa de trabajo –Derecho romano como elemento constituyente y nuclear del nuevo Derecho privado europeo–, a la vista principalmente del estado y circunstancias de los ordenamientos jurídicos llamados a unificarse. Con este propósito, después de reubicar al Derecho romano en la actualidad –lo hace mediante las que denomina «observaciones generales» y que dedica específicamente a resolver diversas relaciones *complicadas* (por ejemplo, la del Derecho romano y la Codificación o la del Derecho romano y el Derecho inglés), con las que adopta aquellos que deben considerarse los principios generales de su planteamiento–, se ocupa de una serie de cuestiones concretas. Lo hace con el objetivo no disimulado de demostrar la conveniencia de que el Derecho romano perviva. Con este planteamiento, y con el despliegue de erudición y técnica al que acostumbra, se dedica a cuestiones tan variadas como la compensación, la *bona fides*, la responsabilidad de los auxiliares, el *trust* o el enriquecimiento injusto. En todas estas aproximaciones la conclusión es muy similar o parecida: la indiscutible bondad del dato jurídico romano, de las soluciones romanas, hasta el punto de considerar contraproducente cualquier alejamiento del mismo, o hasta el extremo de explicar cualquier perturbación o anomalía en el régimen de una figura o institución concreta por haberse producido dicho alejamiento.

Concluye Zimmermann su texto como empezaba, con una invocación a Koschacker y su *Europa y el Derecho romano*. La propuesta de Zimmermann, fiel a la del ilustre romanista alemán, es inteligente. No lo hubiera sido pretender una suerte de restauración del Derecho romano, entendida como una demanda inobjetable de la unificación jurídico-privada europea. No se trata de eso, pero sí, como sostiene al final, de que la creación y el desarrollo de este nuevo Derecho se fundamente en aquél –algo, por otro lado, que entiende perfectamente posible y realizable a partir de su propia experiencia en la elaboración de las reglas básicas para un Derecho europeo de obligacio-

nes, en el marco de la Comisión para el Derecho Europeo de Contratos (Comisión Lando)–. Esta reutilización del Derecho romano, concluye y hay que darle la razón, convertiría las palabras de Koschacker de hace más de sesenta años en un augurio hecho entonces sobre el futuro de éste y no en su necrológica.

Como se advertía al principio, la traducción del texto de Zimmermann está precedida de un largo estudio introductorio (casi un tercio del libro), realizado por el propio traductor. El trabajo de traducción es sólo correcto y no supera otras traducciones anteriores (las ya citadas). Ahora bien, se redime sobradamente con este estudio introductorio, un texto digno de ser leído, reflexionado y discutido por romanistas, historiadores del Derecho y cualquiera que entienda la formación del jurista como algo más que una mera repetición de normas positivas y resoluciones judiciales. Cremades no se limita a presentar a Zimmermann y el texto que traduce sino que de algún modo actualiza los planteamientos de éste y, lo que nos parece más interesante, ofrece su propia opinión sobre la cuestión de fondo que late en todo esto: el lugar que debe ocupar el Derecho romano y también la Historia del Derecho en el panorama jurídico europeo actual. Como él mismo reconoce, no es una cuestión nueva ni mucho menos, especialmente por lo que se refiere al Derecho romano. Sí es, y en ello insiste, una controversia renovada que se plantea ahora en un escenario quizá mucho más peligroso para su supervivencia. En la universidad, en las facultades de Derecho, sabemos bien de que se trata. Vivimos una época donde se traza, en nombre de la *utilidad*, una línea divisoria entre saberes útiles e inútiles. No son buenos tiempos para los que suenan –y el Derecho romano y la Historia del Derecho suenan a eso– a humanidades o cosa parecida. El error, en nuestra opinión, especialmente notorio en buena parte de la romanística española, ha sido incurrir en el intento, necesariamente desesperado, de dotarse de utilidad a toda costa, mediante la práctica principalmente de ese modo ha llevado a planteamientos que han rozado y rozan el ridículo. El resultado a estas alturas es muy conocido y ha supuesto una notable bajada de calidad de la producción romanística española –con muchas excepciones, desde luego–, por mor de este empeño en contemplar el presente con las lentes, por decirlo *a la Jemolo*, del romanista. Hay que estar de acuerdo con Cremades cuando plantea que tal vez lo más conveniente sea un replanteamiento o una redefinición de qué quiere decir utilidad y, sobre todo, para que sirva ésta como elemento configurador, en este caso, de los saberes jurídicos. Porque es obvio que si dicha utilidad se circunscribe a lo actual, ni el Derecho romano ni la Historia del Derecho tienen mucho futuro. Lo malo es que con ello tampoco el Derecho ni los juristas del mañana lo tendrán.

César HORNERO MÉNDEZ
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

PORS DAM, Hellen: *From Civil to Human Rights. Dialogues on Law and Humanities in the United States and Europe*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) / Northampton, MA (USA), 2009, pp. 232. ISBN-978-1-84720-901-6.

La autora de esta monografía, partiendo de la observación de la pervivencia de las tradicionales *tensiones transatlánticas* que recorren las relaciones

entre Europa y los Estados Unidos de América desde que el país norteamericano asumiese su rol de potencia mundial –e interviniera de modo significativo, no hay que olvidarlo, en el destino del continente europeo–, direcciona su análisis hacia una de las manifestaciones de esa dialéctica de presunta contraposición: la teoría y la práctica de los derechos humanos. El propio título elegido por Hellen Porsdam, profesora de Estudios Americanos en la Universidad de Copenhague, proyecta la percepción muy acertada de que, identificada la presencia de posicionamientos jurídico-políticos en apariencia diferenciados sobre esta materia, cualquier acercamiento a este asunto tenga un neto sentido constructivo, es decir, de búsqueda de aquello que es común y compartido como referente de una quizá no tan radicalmente distinta aproximación ética, cultural y jurídica.

A través de los nueve capítulos en que se divide la monografía, la disección de las diferencias transatlánticas en materia de derechos humanos se efectúa bajo cuatro premisas que fundamentan el discurso de la autora. Primera, la historicidad de la *brecha transatlántica*, expresiva de la necesidad de contemplarla como un fenómeno contextual que impregna las relaciones mutuas. Segunda, la observación de las contradicciones y de la disgregación existentes en la articulación del *argumento europeo* respecto a sus relaciones transatlánticas, como pretende demostrarse, por ejemplo, contraponiendo la crítica ante la reacción al 11-S o la invasión de Irak, incluida la expresión en algunos sectores de una voluntad de ejercer de contrapeso al poder estadounidense, frente al apoyo activo e incondicional, el seguidismo más o menos pasivo y/o el silencio tolerante y comprensivo de buena parte de los Estados europeos en lo que concierne a la actuación estadounidense. Tercera, la constatación de que la presunta superioridad ética europea en la que pudiera sustentarse el latente antiamericanismo que se percibe en sectores sociales europeos no se sustenta en bases demasiado sólidas, si se analiza la Historia de Europa desde el siglo XIX hasta nuestros días. Y, cuarta, la necesidad de examinar los derechos humanos no sólo desde una perspectiva política o jurídica, sino de realizar una aproximación cultural a los mismos, y, en definitiva, examinarlos como una manifestación intrínseca de los valores y los patrones culturales en presencia.

Es esta percepción de una *narrativa cultural* de las potencialmente diferenciadas concepciones de los derechos humanos, y del enraizamiento de éstas en la construcción social diferenciada, uno de los principales valores añadidos de la obra: no es sencillo pensar y hacer pensar en los derechos humanos como una realidad poliédrica que se interrelaciona con patrones no estrictamente políticos y jurídicos; tampoco es fácil efectuar una aproximación interdisciplinaria a un objeto como los derechos humanos, cuyos habituales terrenos de juego son el Derecho –dada la relevancia intrínseca y estructural de su reconocimiento jurídico– y la política –que no es, por supuesto, en nada ajena tanto a su reconocimiento jurídico como a la realización efectiva de los derechos humanos en una sociedad y momento determinados–. Asimismo, con este pretexto, la autora introduce otro ámbito de reflexión que excede de la estricta voluntad de delimitar culturalmente el significado de los derechos humanos: la identificación de qué es Europa y de en qué medida existe una visión europea del mundo y de la sociedad desde los parámetros políticos y culturales compartidos.

Se está, pues, ante una monografía ambiciosa en lo que concierne a sus objetivos y, a la vista de los mismos, no estrictamente centrada en el análisis de la realidad jurídica: en ningún momento ni el título ni la propia introducción de la autora resultan engañosos respecto a su verdadero propósito.

Cabe preguntarse, en este sentido, en qué medida puede resultar interesante y útil para el jurista. Más allá de la pura curiosidad intelectual por aprehender una aproximación cultural al Derecho, y particularmente a los derechos humanos, en sus páginas se encuentran reflexiones muy interesantes sobre los derechos humanos como valores y presupuesto de las sociedades democráticas: en lo referente a su contexto socio-político y al subtexto político y cultural en que evoluciona el reconocimiento y la práctica de los derechos humanos en los dos lados del Atlántico, así como en lo que respecta a la diversidad de posiciones en torno a la filosofía jurídica que impregna el reconocimiento de los derechos humanos o a la proyección de la pluralidad de intereses y necesidades que expresa cualquier ordenamiento jurídico –y que, por supuesto, condicionan la aplicación e interpretación de aquellas normas jurídicas que tutelan los derechos y libertades de la persona humana–. Igualmente, hay apartados de la monografía que resultan cuando menos curiosos por la aportación al discurso general que significan: en el capítulo 9, por ejemplo, se ensaya la ejemplificación de las vicisitudes del diálogo cultural transatlántico de la aportación de la obra cinematográfica de Lars Von Trier y de su movimiento *Dogma*.

Las dificultades objetivas que comporta la proyección tanto del discurso técnico-jurídico como del filosófico-jurídico en el ámbito del más amplio discurso cultural pueden explicar, hasta cierto punto, algunas de las carencias que sugiere la lectura del libro. En primer lugar, es perceptible la no excesiva solidez del análisis jurídico que se realiza: no es que sea apreciable una falta de rigor en los datos que se ofrecen, sino que es la dispersión de los mismos como aportaciones a la construcción de los diversos argumentos culturales ofrecidos la que quita relevancia potencial al hecho jurídico que facilita la construcción positiva del reconocimiento de los derechos humanos como un factor de acercamiento o alejamiento transatlántico. En segundo lugar, tampoco es que contribuya en demasía a la comprensión por un jurista de la tesis sostenida por la autora la facilidad con que se entrelazan en las páginas de la obra las referencias a los distintos niveles políticos y normativos que vienen a representar la Unión Europea y el Derecho comunitario europeo, de una parte, y la actividad del Consejo de Europa, de la otra parte; son realidades político-jurídicas en exceso diferenciadas teleológicamente, incluso en términos socio-políticos derivados de quiénes son sus partícipes, para que de manera tan equivalente o indistinta se pretenda construir una narrativa europea homogénea y más o menos uniforme. Y, en tercer lugar, si es precisamente la voluntad de identificar en pleno siglo XXI un discurso cultural europeo que confrontar al estadounidense lo que se antoja hartamente difícil, la duda surge cuando la autora plantea a lo largo de la monografía que la búsqueda de ese patrón común se realice desde una perspectiva obviamente muy europea, como es la del *discurso supranacional o cosmopolita*, pero que ni es la única presente en el pensamiento actual europeo ni la misma parece explicar de manera suficiente las distintas sensibilidades presentes en nuestra Europa; no sólo frente a los derechos humanos como realidad política, jurídica e incluso cultural, sino a la virtualidad de la configuración de una percepción común de las relaciones transatlánticas.

A modo de conclusión, la lectura de esta obra puede resultar sugerente para un lector dispuesto a reflexionar sobre las grandes cuestiones que plantean los derechos humanos en términos de su comprensión como una manifestación de las diferencias políticas y culturales entre Europa y los Estados Unidos de América, o bien sobre la naturaleza y dificultades de la interrela-

ción transatlántica. Esta aproximación, empero, resultará en ocasiones difusa y poco diáfana para el experto en derecho, toda vez del predominio de la voluntad de analizarlo se diluye en su consideración como hecho cultural.

Jordi BONET PÉREZ
Universitat de Barcelona

FABER, Wolfgang - LURGER, Brigitta (eds), *National Reports on the Transfer of Movables in Europe, Vol I: Austria, Estonia, Italy, Slovenia*, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2008, 638 pp. ISBN 978-3-86653-073-7

Esta obra es el primer volumen de una serie estudios relativos a la adquisición y pérdida de la propiedad de bienes muebles en los 27 sistemas jurídicos europeos, distribuidos en seis volúmenes. Este completo tratado es producto de las actividades de investigación del grupo de trabajo «Transferencia de bienes muebles» en el «Grupo de estudio de un Código Civil Europeo».

Se presenta ante el lector el primer volumen de la serie, cuyo objeto es un riguroso estudio de la transmisión de bienes muebles en los ordenamientos de Austria, Estonia, Italia y Eslovenia. Estos estudios comparten un mismo índice estructurado en cuatro partes: Parte I, Información básica sobre la ley de Propiedad de cada sistema; Parte II, Adquisición derivativa; Parte III, Adquisición originaria; y Parte IV, Cuestiones adicionales. A partir de cuestiones generales de derecho de la propiedad, como los conceptos de propiedad y posesión de los ordenamientos respectivos, y los medios relacionados con la protección, esta monografía se centra en la adquisición derivativa del dominio, con extensión al régimen de adquisición de buena fe de un no-propietario (adquisiciones a non domino), a la prescripción adquisitiva y otras cuestiones conexas.

La obra se completa con una detallada información sobre las respectivas normas reguladoras, la jurisprudencia y la doctrina de cada uno de los ordenamientos estudiados. Se incluye también un anexo de bibliografía y una tabla de abreviaturas, que facilitan al lector la realización de nuevas investigaciones.

La obra se inicia con el informe sobre la transmisión del dominio de bienes muebles en Austria (pp. 9-215) realizado por Wolfgang Faber. Este estudio es de gran utilidad dado que Austria adolece de estudios sistemáticos sobre el derecho de propiedad. El objeto del Informe se limita a las cosas tangibles, quedando fuera los derechos de propiedad industrial e intelectual, las acciones, los instrumentos financieros, etc. Destacamos el análisis de la transmisión sujeta a reserva de dominio de importancia práctica para la economía austriaca (p. 171).

El informe sobre Estonia (pp. 226-340), de Kai Kullerkupp es un completo y detallado estudio de la evolución del actual sistema de Derecho Civil estoniano y su Ley de Propiedad. El actual Código Civil de Estonia sigue el sistema pandectista; comprende cinco libros que han estado en vigor en diferentes tiempos como leyes separadas: La parte general (primera versión de 1994, segunda de 2002), la ley de Obligaciones (2002), la Ley de Propiedad (1993), Ley de Familia (1995), actualmente en revisión) y la ley de sucesiones (primera versión en 1997 y segunda en 2009). La nueva ley de propiedad fue elaborada y promulgada antes que cualquier otra sección de la nueva

legislación civil (incluyendo la parte general). Este hecho ilustra bien la urgente necesidad de una nueva regulación de las relaciones económicas y del derecho de propiedad en una economía de mercado. Hay que significar que entre 1940 y 1991 no hubo investigaciones cuyo objeto fuera la ley de propiedad. Cuando se aprueba la nueva ley de propiedad, se confía en las instituciones legales influyentes en el pensamiento legal estoniano.

El acta de la Ley de Propiedad de 1993 ha sido la principal fuente jurídica de la Ley de propiedad vigente y sigue el libro III del BGB alemán. No obstante se pueden ver influencias de la ley de propiedad Suiza. La primera década de la ley de propiedad demostró la inseguridad jurídica de la aplicación de disposiciones modelo de diferentes sistemas jurídicos. Posteriormente, se reforma la ley y se establece como único modelo el sistema jurídico alemán. El informe presenta el estudio del concepto de propiedad y sus restricciones con un completo análisis del artículo 32 de la Constitución de la República de Estonia (p. 235); destacando la especial referencia a la transmisión de los bienes accesorios (p. 249). Es interesante el estudio que se realiza sobre la naturaleza de los derechos de adquisición de bienes muebles y su protección (p. 262).

El informe sobre Italia (pp. 346-505), de Alessio Greco, se inicia con el estudio general de la codificación Italiana, del Libro III del Código Civil que regula y la influencia del Código Civil francés. Una vez analizados el concepto del derecho de propiedad y sus límites (pp. 350 y ss.) el informe centra su estudio en la transmisión del dominio (p. 381), refiriéndose a las pertenencias, los accesorios y las universalidad de bienes muebles, después se procede a analizar el concepto de posesión y la adquisición por la posesión de buena fe (p. 401). La parte II del informe analiza la adquisición derivativa de la propiedad: la venta de bienes muebles (p. 452), la venta de bien mueble bajo reserva de aprobación (p. 457), la venta a prueba (p. 458), la venta a muestra (p.459) y la venta con reserva de dominio (p. 460). Finaliza con el estudio de la adquisición originaria de la propiedad, dónde se analizan con rigor cada una de las formas de adquisición originaria, a título de ejemplo: la ocupación (p. 482), el hallazgo (p. 484) o la accesión (p. 485).

Finalmente se presenta el informe sobre Eslovenia, de Claudia Rudol, Vesna Rijavec y Tomaz Kerestes. Éste se inicia con el estudio de los bienes muebles y su transmisión (p. 526). El informe continúa con el análisis de la doble venta y la aplicación del artículo 61 del Código de Propiedad de Eslovenia (*Stvarnopravni zakonik*) (p. 577). Se destaca el epígrafe dedicado a las consecuencias de la insolvencia de alguna de las partes (p. 580), la del transmitente (pp. 585-593) y la del adquirente, haciendo mención a la insolvencia producida antes de la perfección de la entrega (p. 595) y a la transmisión de riesgos regulada en el art. 436 del Código de obligaciones de Eslovenia (*Obligacijski zakonik*). La parte III de este Informe estudia la adquisición originaria de la propiedad y analiza sus diferentes formas (p. 600). Este trabajo finaliza con un extenso análisis de la venta de bienes muebles con reserva de dominio, *reservation of title*, figura jurídica muy utilizada en Eslovenia y regulada en los arts. 520-521 del Código de Obligaciones (*Obligacijski zakonik*). El Informe observa los efectos de la reserva de dominio entre las partes y frente a terceros (p. 612).

Las obra que reseñamos, por la temática tratada y por la categoría de los Informes aportados sobre la transmisión de bienes muebles en Austria, Estonia, Eslovenia e Italia es de lectura imprescindible para los juristas. Es un estudio completo cuya facilidad de lectura y claridad expositiva se debe a la

estructura ordenada y uniforme de los diferentes Informes. Destacamos el valor de la obra como instrumento imprescindible de investigación por la detallada información que aporta sobre las respectivas normas, jurisprudencia y la doctrina de cada sistema jurídico estudiado.

Sandra CAMACHO CLAVIJO
Universidad Autónoma de Barcelona

VV. AA.: *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, (director: Esteve Bosch Capdevila; coordinador: Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña), editorial Bosch, Barcelona, 2009, 597 pp. ISBN. 978-84-9790-479-7

1. La construcción y consolidación de un Derecho privado europeo es quizás el reto común más importante al que se enfrentan los juristas europeos en el siglo XXI. Su elaboración se incentiva no sólo por las instituciones de la Unión Europea, sino también muy especialmente por la doctrina científica. Ésta desempeña un importante papel en las labores de armonización o unificación del Derecho privado europeo, pues a la proliferación de publicaciones doctrinales sobre la materia hay que añadir el esfuerzo que realiza para organizar numerosos eventos científicos sobre dicha temática.

Buena prueba de ello es la obra colectiva objeto de esta recensión. En ella se recogen la mayoría de las ponencias y comunicaciones del *Congreso de Derecho contractual europeo* celebrado en la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona los días 23 y 24 de octubre de 2008, que fue organizado por el Departamento de Derecho privado, procesal y financiero de la citada Universidad y por el Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Cataluña.

2. La monografía comienza con una breve presentación del profesor Esteve Bosch Capdevila (pp. 23 a 29) en la que tras exponer los orígenes de la obra y justificar su estructura (consta de tres partes diferenciadas, agrupándose en cada una de ellas por temas las contribuciones de los distintos autores), realiza unas breves reflexiones sobre la influencia de las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo en el proceso de codificación del Derecho civil catalán (esta cuestión fue objeto de una mesa redonda en el Congreso, cuyas intervenciones, sin embargo, no se han recogido en el libro).

3. La *Parte Primera* lleva por título *Las transacciones internacionales y su problemática* y consta de 5 capítulos en los que se abordan las siguientes materias: el profesor Jorge Adame Goddard (Universidad Nacional Autónoma de México) expone en el capítulo I las que, a su juicio, son las bases doctrinales para un Derecho contractual internacional (pp. 33 a 50); en el capítulo II, Joaquim-J. Forner Delaygua (Universidad de Barcelona) se centra en el análisis de la ley aplicable a los contratos internacionales, realizando un examen comparativo entre el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y el denominado Reglamento de Roma I que entró en vigor en julio de 2008 (pp. 51 a 84); a continuación, en el capítulo III, Sixto Sánchez Lorenzo (Universidad de Granada) reflexiona sobre la respuesta que la Unión Europea está dando a la problemática de la unificación del derecho contractual. Realiza su estudio desde una doble perspectiva: la del Derecho civil y la del Derecho internacional, exponiendo cuales son

los principales obstáculos para la unificación del Derecho privado europeo (pp. 85 a 118); en el capítulo IV se aborda el estudio del régimen jurídico del uso fraudulento de tarjetas de pago en la Directiva 2007/64/CE. Su autor, Miguel Ruiz Muñoz (Universidad Carlos III de Madrid), dedica especial atención a las obligaciones del usuario de las tarjetas de pago (pp. 119 a 131); finalmente, en el capítulo V, la profesora María Font i Mas (Universidad Rovira i Virgili) realiza un interesante estudio sobre el concepto de «residencia habitual» de las sociedades, asociaciones o personas jurídicas en el denominado Reglamento de Roma I, poniendo de manifiesto la falta de coordinación que existe en esta materia con el Reglamento de Bruselas I referente a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (pp. 133 a 148).

4. La *Parte Segunda* de esta obra colectiva puede calificarse, a mi entender, como el núcleo de la misma. Consta de 18 de capítulos en los que se analizan *las principales propuestas armonizadoras del Derecho contractual*. Concretamente, Isabel González Pacanowska (Universidad de Murcia) aborda en el capítulo VI el estudio de los *Principles of European Contract Law*, exponiendo, entre otras cuestiones, su contenido, sus fuentes de inspiración y sus objetivos (pp. 151 a 182). En el siguiente capítulo, Pilar Perales Viscasillas (Universidad de la Rioja) se centra en el análisis de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y, entre las distintas cuestiones que trata, merece destacarse el último apartado de su trabajo en el que examina la repercusión que los Principios UNIDROIT tienen en la jurisprudencia española (pp. 183 a 207). En el capítulo VIII, la profesora Esther Arroyo Amayuelas (Universidad de Barcelona) se aproxima a los *Acquis Principles* como un intento de sistematización del acervo contractual comunitario; en su trabajo expone brevemente el contenido de los *Acquis Principles* y analiza alguna de las definiciones contenidas en los mismos (pp. 209 a 238). A continuación, Antoni Vaquer Aloy (Universidad de Lleida) dedica el capítulo IX al estudio del Marco Común de Referencia (entre otras cuestiones, expone el método de trabajo y describe la estructura y contenido del CFR académico). Asimismo merece ser destacado que el profesor Vaquer se hace eco en su trabajo de las diversas críticas que se han formulado contra el Marco Común de Referencia. A su juicio una de las principales críticas que pueden formularse a este *instrumento normativo* es su «simplificación conceptual» (pp. 239 a 265). En el capítulo X, Sergio Cámara Lapuente (Universidad de La Rioja) realiza una aproximación crítica al régimen jurídico del arrendamiento de bienes muebles en el Borrador de Marco Común de Referencia y concluye su trabajo con la formulación de una serie de interrogantes encaminados a la mejora de la regulación de los arrendamientos de bienes muebles contenida en el DCFR (pp. 267 a 310). Por su parte, Jacobien W. Rutgers (Universidad VU Ámsterdam) se ocupa en el capítulo XI del estudio de los contratos de agencia, franquicia y distribución en el DCFR (pp. 311 a 320). El capítulo XII lleva por título «El enriquecimiento injustificado en el draft CFR» y su autoría corresponde a Encarnació Ricart Martí (Universidad Rovira i Virgili). En su trabajo la profesora Ricart expone algunos datos de Derecho comparado sobre la materia; a continuación se centra en el protagonismo que, a su juicio, tiene el Derecho romano en este tema y se limita, en la parte final de su trabajo, a describir la regulación que el DCFR contiene sobre el enriquecimiento injustificado (pp. 321 a 345). Seguidamente, Pilar Jiménez Blanco (Universidad de Oviedo) estudia en el capítulo XIII de la

obra objeto de esta recensión el interesante y complejo tema de los contratos a favor de tercero en el ámbito del Derecho europeo. Tras realizar un breve planteamiento general sobre el tema, expone los puntos comunes y las divergencias que existen en esta materia entre el Derecho continental y el *common law* y concluye su trabajo con un análisis de las distintas propuestas de armonización que existen sobre dicha figura (pp. 347 a 362). En el capítulo XIV, Vanessa Martí Moya (Universidad de Murcia) aborda una cuestión íntimamente relacionada con el Derecho mercantil: los tratos preliminares en las operaciones de fusión y adquisición de sociedades a la luz de la unificación del Derecho contractual europeo (pp. 363 a 375). En el siguiente capítulo los profesores Elisabet Cerrato Guri y Joan Picó i Junoy (Universidad Rovira i Virgili) centran su estudio en la inversión de la carga de la prueba de la culpa en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil. Los citados autores consideran que la existencia en los países de la Unión Europea de diferentes regímenes jurídicos en materia de Derecho de daños dificulta la unificación y, por otra parte, en clave interna, señalan que los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil suponen un avance respecto de la normativa actualmente vigente en España (pp. 377 a 389). En el capítulo XVI Jaume Martí Miravalls (Universidad de Valencia) realiza una aproximación a la Ley Modelo de UNIDROIT sobre franquicia de 2002, exponiendo, en primer lugar, su estructura y contenido y centrándose posteriormente en el régimen jurídico de la información precontractual que establece dicho instrumento normativo (pp. 391 a 403). A continuación, en el capítulo XVII de esta obra colectiva, que lleva por título «El ámbito de regulación del futuro «derecho contractual europeo». De los principios sobre contratos comerciales a un derecho contractual general que incluya relaciones con consumidores», Eduardo Valpuesta Gastaminza (Universidad de Navarra) realiza un análisis de la evolución de los distintos intentos de unificación, tanto internacional como europea, del Derecho contractual, y reflexiona sobre la conveniencia de generalizar los principios del denominado Derecho de consumo al Derecho privado contractual (pp. 405 a 418). El profesor Francisco Javier Jiménez Muñoz (UNED) estudia en el capítulo XVIII las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones pecuniarias (y, más concretamente, de los intereses) en la CISG y en los diversos proyectos de unificación o armonización del Derecho privado europeo que hasta la fecha se han publicado (pp. 419 a 433). En el capítulo XIX, Juan Bataller Grau (Universidad Politécnica de Valencia) reflexiona brevemente sobre los Principios de Derecho europeo del contrato de seguro y las ventajas e inconvenientes de su configuración como un instrumento opcional (pp. 435 a 444). Por su parte, Carles Vendrell Cervantes (Universidad de Osnabrück) analiza en el capítulo XX una cuestión muy concreta y sumamente interesante: determinar a la luz del Derecho español y del DCFR si el subcontratista que ve insatisfecho el derecho de crédito que tiene frente al contratista, debido a la insolvencia de éste, ostenta alguna pretensión restitutoria frente al tercero que se ha enriquecido por la prestación contractual realizada por el subcontratista (pp. 445 a 460). El capítulo XXI cuya autoría corresponde a María Rosa Llàcer Matacàs (Universidad de Barcelona) se dedica al estudio de la posible integración en el Ordenamiento español, con carácter general, de la nueva noción de incumplimiento y de la garantía por falta de conformidad que deriva de la CISG y de los distintos instrumentos normativos que persiguen la unificación del Derecho privado europeo (pp. 461 a 474). La profe-

sora Paloma de Barrón Arniches (Universidad de Lleida) examina en el capítulo XXII la regulación que el DCFR contiene en materia de arrendamientos de servicios, destacando que recoge un concepto de servicio como categoría jurídica única que puede englobar un gran número de actividades económicas, abandonándose la distinción tradicional entre obras y servicios (pp. 475 a 490). Y en el último capítulo de la *Parte Segunda* de esta obra colectiva, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos (Universidad de Oviedo) analiza el régimen jurídico de la solidaridad activa en los PECL y en el DCFR y centra su estudio en la aplicación de dicho régimen jurídico a un caso concreto: las cuentas bancarias con pluralidad de titulares indistintos (pp. 491 a 505).

5. La *Parte Tercera*, última de la monografía objeto de esta recensión, se dedica al estudio de *la repercusión a nivel interno de las propuestas de armonización del Derecho contractual* y consta de 5 capítulos en los que se analizan las siguientes materias: en el capítulo XXIV, el profesor Fernando Martínez Sanz (Universidad Jaume I) reflexiona sobre la dualidad civil-mercantil que en materia de obligaciones y contratos existe en nuestro Ordenamiento y se plantea la necesidad de su unificación, siguiendo el esquema de los PECL o del DCFR (pp. 509 a 524). A continuación, Javier Gómez Galligo (Registrador de la Propiedad y Vocal permanente de la Comisión General de Codificación) analiza en el capítulo XXV las repercusiones que en el Derecho español tienen las distintas propuestas de armonización del Derecho contractual europeo (pp. 525 a 547). En el capítulo XXVI, Lidia Arnau Raventós (Universidad de Barcelona) aborda el estudio del desistimiento contractual del consumidor en el proyectado Libro VI del Código civil de Cataluña (pp. 549 a 561). En el siguiente capítulo, Germán de Castro Vitores (Universidad de Valladolid) se centra en el estudio del régimen jurídico de la cláusula penal en el Derecho español y lo compara con la regulación existente sobre la materia en otros Ordenamientos, así como en diversos instrumentos normativos de unificación del Derecho privado europeo (pp. 563 a 579). Finalmente, en el capítulo XXVIII, último de esta obra colectiva, la profesora María Belén Trigo García (Universidad de Santiago de Compostela) examina un fenómeno de nuestro tiempo: la proliferación de normativa sectorial y la fragmentación de ésta; en su trabajo la citada autora analiza la normativa sobre la contratación a distancia, pues constituye un caso paradigmático de esta realidad (pp. 581 a 597).

6. Hasta aquí la descripción del contenido de esta monografía, que merece ser destacada por su cuidada edición. Confío en que lo expuesto permita al lector de esta recensión apreciar el atractivo que tiene una obra de estas características, que nos da a conocer las reflexiones críticas, pero constructivas, de la doctrina científica sobre el proceso de unificación del Derecho privado europeo; un tema de indudable interés y actualidad que, sin duda, en los próximos años adquirirá, si cabe, un mayor protagonismo (a este respecto puede señalarse que, recientemente, la Comisaría de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía, Viviane Reding, en una comparecencia ante el Parlamento Europeo con objeto de ratificar su nombramiento, manifestó que una de sus prioridades era la de impulsar la aprobación de un Código civil europeo).

Máximo Juan PÉREZ GARCÍA
Universidad Nacional de Educación a Distancia

DAHAN, Frederique - SIMPSON, John (eds.): *Secured Transactions Reform and Acces to Credit*, Cheltenham (UK) - Northampton (EEUU), Elgar Financial Law Series, 2008, 283 pp. ISBN: 978-1-84720-598-8.

La obra que hoy nos ocupa ha sido forjada por dos responsables del *European Bank for Reconstruction and Development* (www.ebrd.com) (en adelante, EBRD), una entidad de crédito creada en 1991 y propiedad de 64 países de todo el mundo (también España), la Unión Europea y el Banco Europeo de Inversiones (www.eib.org), cuya misión fundacional es ayudar, a través de la inversión, a crear economías de mercado y democracias en 30 países de la Europa del Este y Asia. Éste es precisamente el marco en el que se desarrolla el libro, que se centra especialmente en las dificultades de un adecuado sistema de crédito territorial en países con economías emergentes, entendido éste como la existencia de un conjunto eficaz y eficiente de herramientas jurídicas que provoquen el desarrollo inmobiliario: el Registro de la Propiedad, un adecuado sistema bancario, la hipoteca como mecanismo financiador de la propiedad inmueble y los valores hipotecarios (el concepto y la evolución del «sistema de crédito territorial» en España puede verse en NASARRE AZNAR, Sergio, *La garantía de los valores hipotecarios*, Madrid y Barcelona, 2003, Marcial Pons, 29-50).

Efectivamente, las entidades de crédito internacionales valoran la importancia de un seguro y eficiente marco jurídico para poder realizar inversiones en una determinada jurisdicción. Normalmente escogen las garantías dependiendo de las circunstancias como su disponibilidad y existencia, valor y liquidez de mercado. Es misión del legislador poner a disposición de los inversores al menos estos tres elementos; ésta no era la situación en aquéllos 30 países en 1992 ni lo sigue siendo en algunos de ellos hoy en día. La importancia de ello radica en que ha quedado demostrado –incluso con el contexto actual de crisis financiera– que el acceso a la financiación es el mayor freno hacia la transición y el crecimiento.

La obra busca, desde una metodología interdisciplinar económico-jurídica, servir de iniciación a aquéllos involucrados en el desarrollo, superando prejuicios, como por ejemplo, que en contextos de *civil law* es más difícil el desarrollo que en otros, lo que queda contradicho con el importante desarrollo experimentado en algunos países de la Europa Oriental con dicho sistema jurídico-privado. No obstante esta afirmación realizada en el prólogo de la obra evidencia la postura que a menudo se ha visto en el EBRD que parte de la superioridad del sistema de *common law*. Un claro ejemplo de ello son los propios prejuicios que el EBRD muestra en el informe EBRD, *Mortgages in transition economies*, 2007, que ha sido criticado por algunas instituciones que operan en los países de la Europa del Este, como la polaca *The Mortgage Credit Foundation* (www.mortgage.org.pl).

La obra se estructura en cuatro partes: Acceso al crédito y transacciones garantizadas en un mundo globalizado, Derecho de las transacciones garantizadas para apoyar el acceso al crédito, Las garantías en la práctica (hipoteca y microeconomía) y Casos reales (Eslovaquia, Rumanía, América Latina y recientes reformas del derecho hipotecario en Francia).

En cuanto a la primera parte («Acceso al crédito y transacciones garantizadas en un mundo globalizado») se llega a la conclusión de que aquellas jurisdicciones en las que existe un entorno jurídico e institucional poco atractivo se caracterizan por tener mercados de crédito pequeños y poco acceso al

crédito, un registro de la propiedad costoso, largos procesos para reclamar las ejecuciones, largos procesos concursales y poco éxito en las recuperaciones. Mediante cálculos econométricos se extrae que la generalización de las entidades de crédito, fuertes derechos para el acreedor y procesos civiles más simples tienen un fuerte impacto en el acceso al crédito. Los registros de la propiedad deben ser especialmente eficientes para dar la información necesaria al acreedor. En definitiva, se comprueba empíricamente que los países con deficiencias legales en el ámbito contractual, de derechos reales e hipotecario tienen más dificultades para su desarrollo. Por último, también se estudian las opciones políticas para crear sistemas financieros eficientes e inclusivos. Concluyen los autores que soluciones gubernamentales, como bancos comerciales públicos, crédito dirigido y regulaciones del tipo de interés no son adecuadas para la creación, acceso y uso del sistema financiero.

En cuanto al «Derecho de las transacciones garantizadas para apoyar el acceso al crédito», se trata la cuestión de las reformas efectuadas sobre el uso de la propiedad inmueble como garantía para los créditos, lo que es considerado esencial para el mercado financiero en los contextos emergentes. Aunque en alguna ocasión los bienes muebles podrían utilizarse como garantía de transacciones, lo cierto es que la pobre legislación sobre esta materia en muchas jurisdicciones, lo hace imposible. También se hace referencia a la falta de entendimiento entre economistas y juristas, especialmente cuando los primeros desconocen la importancia y el impacto de leyes poco claras. Las experiencias en Albania y Rumanía muestran como los negocios no pueden prosperar no a causa de los requisitos demandados por las entidades de crédito sino porque no puede utilizar garantías adecuadamente debido a su marco jurídico. En ocasiones, los países emergentes no son conscientes de las ventajas económicas que se obtendrían si se realizasen determinadas reformas legales; los criterios de eficiencia legal son la base para unir el análisis económico y el razonamiento legal.

Por lo que se refiere a «Las garantías en la práctica», se concluye que para que pueda existir un sistema optimizado y generalizado del préstamo, el prestamista tienen que tener la posibilidad de comprobar cuál es el negocio y las circunstancias del prestatario, debe haber bajos costes de transacción y un sistema de ejecución adecuado. Menos crédito significa menos oportunidades. En algunos países de economías emergentes como Azerbaiyán, Kazajistán y Georgia el préstamo sólo representa el 9,5% de su PIB, lo que lastra su desarrollo.

No obstante, el *Mortgage Regional Survey* demuestra que muchas economías de transición han introducido reformas en la legislación para sus mercados hipotecarios. A pesar de ello, en estas reformas se combinan aspectos extremadamente eficientes con otros ineficientes, de manera que algunos sistemas no funcionan óptimamente. Atendiendo a lo que señalan los autores en la obra, los legisladores de dichas jurisdicciones tienen dos posibilidades: o estructurar legalmente un mercado hipotecario en base a la doctrina y sobre sus rigideces organizar la economía o buscar modelos hipotecarios lo más eficientes posible para innovar respecto a la tendencia tradicional (ésta es, por ejemplo, la vía a través de la cual se forjó el modelo de Eurohipoteca 2005). Esta opción es muy importante porque la clave para un saneado sistema financiero es la capacidad de atraer inversores para cédulas hipotecarias y bonos de titulación hipotecaria (MBS), cuya garantía se centra esencialmente en la solidez de las hipotecas que las respaldan.

Y, por último, los «casos reales» se centran en la experiencia de las reformas del derecho hipotecario y/o registral en Eslovaquia, Rumanía, América

Latina y Francia. En Eslovaquia, el hecho de que las reformas se hayan llevado por expertos vinculados directamente al legislador ha causado una reforma eficaz, sin intervención de los *lobbies*. La reforma también se ha inspirado en reformas en otros países, lo que ha contribuido a su éxito. La introducción de la *Archive of Security Interests in Personal Property* rumano, ha sido un éxito, ya que ha conseguido que los acreedores adquieran su rango conforme a su posición en el Registro. Además se han ampliado las cosas susceptibles de ser dadas en garantía como las futuras, los costes son reducidos en comparación con la seguridad que ofrece registrar y se ha adoptado la *lex rei sitae* aunque mayores reformas son necesarias en el ámbito de la ejecución. Por su parte, uno de los principales problemas en la introducción de novedades legislativas hipotecarias en Latinoamérica ha sido no contar con la oposición política, no tener en cuenta *inputs* económicos y carecer de estudios económicos sobre su impacto. También debería tenerse más en cuenta la opinión internacional.

El último capítulo del libro se dedica a la reforma del derecho hipotecario en Francia de 2006. Esta reforma, a pesar de contar con todos los «ingredientes» para asegurar unas transacciones hipotecarias modernas, no ha conseguido materializarse en la práctica debido a un complejo proceso y a agenda política. Francia ha fracasado en liderar una reforma en el ámbito hipotecario, siendo uno de los lastres la falta de integración del derecho hipotecario y del derecho concursal.

Se trata, en definitiva, de un libro muy revelador, con muchos datos empíricos y econométricos, sobre algunos aspectos clave que atañen a los retos que tiene hoy el derecho hipotecario y del mercado hipotecario, especialmente en la coyuntura de crisis actual: interrelación entre economistas y juristas para optimizar la legislación aplicable, la importancia de desarrollar un eficiente y eficaz sistema de crédito territorial para asegurar adecuadamente el crédito y facilitar el progreso, la atracción de capitales extranjeros está ligada a la fortaleza de los valores hipotecarios, la importancia también de contar con la experiencia internacional y de los prácticos del mercado hipotecario para proceder a reformas, etc.

Algunos de estos aspectos, por ejemplo, no se han tenido en cuenta en la última gran reforma del derecho hipotecario y del mercado hipotecario en España: la Ley 41/2007 y su legislación de desarrollo (ello queda evidenciado en muchos ámbitos en MUÑIZ, NASARRE y SÁNCHEZ JORDÁN, *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de crisis económica*, Madrid, Edisofer, 2009). Ello provoca que nuestro derecho hipotecario no sea el más útil posible y que nuestros valores hipotecarios no estén a la altura de algunos otros europeos.

Sergio NASARRE AZNAR
Universitat Rovira i Virgili

European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008, traducción a cargo de la «Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado» (REDPEC), coordinada por M. Martín-Casals, pp. 283, ISBN 978-84-8355-506-4.

La presente obra pretende contribuir a la difusión de los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil, elaborados por el *European*

Group on Tort Law, fomentando el debate sobre el Derecho de responsabilidad civil y su armonización, en especial, en el ámbito europeo. Se reproduce, así, el texto en inglés de dichos principios, única versión a la que se ha atribuido carácter oficial, acompañado de su traducción al castellano (a cargo de M. Martín-Casals) y al catalán (a cargo de M. Martín-Casals y A. Ruda González), versiones ya presentes en la primera edición (editorial Springer, 2005), a las que se une ahora la traducción al gallego (a cargo del *Servizo de Normalización Lingüística* USC, revisada por M^a P. García Rubio) y al euskera (a cargo de M. M. Karrera Egialde, L. Imaz Zubiaur, y C. Asua González).

A su vez, varios miembros de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado se han ocupado de la traducción del inglés al español de los comentarios al articulado de los principios (M^a P. García Rubio, A. Ruda González, J. Solé Feliu, J. Ribot Igualada, J. M^a Bech Serrat, P. del Olmo García, M^a del C. García Garnica, y B. Fernández Gregoraci), coordinados por M. Martín-Casals, miembro del European Group on Tort Law y de su comisión de redacción, autor de los comentarios al Capítulo 8 *Contributory conduct or activity of the victim*, y que también ha participado en la traducción.

Excede del ámbito de esta breve reseña destacar el interés de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil y sus correspondientes comentarios. En todo caso, merece la pena considerar el interés de su traducción del inglés.

Obviamente, esta traducción facilita el conocimiento y estudio de los principios por parte de los operadores jurídicos en España. Con toda probabilidad, ello dará lugar a su creciente utilización como modelo o como elemento de integración y contraste respecto del ordenamiento jurídico español, siguiendo el ejemplo de las sentencias de los tribunales españoles que ya se han hecho eco de los principios [vid. SSTS (Sala de lo Civil) de 6 de marzo, de 17 de julio y de 10 de octubre de 2007, de 21 de noviembre y de 24 de noviembre de 2008].

Con mayor alcance, esta obra constituye una oportunidad para profundizar en el debate sobre la evolución del derecho de responsabilidad civil y las relaciones entre ordenamientos jurídicos en la materia. Al respecto, la determinación y selección de la terminología empleada resulta esencial para llevar a cabo el análisis y confrontación de conceptos y soluciones jurídicas. En este sentido, la traducción de los principios ofrece y suscita interesantes reflexiones sobre las opciones elegidas.

Belén TRIGO GARCÍA
Universidad Santiago de Compostela

SNIJDERS, Henk – VOGENAUER, Stefan (Eds.), *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law*, Munich, Sellier-European Law Publishers/Institute of European and Comparative Law-University of Oxford Faculty of Law/E.M. Meijers Instituut-Institute of Legal Studies, 2009. 222 pp. ISBN: 978-3-86653-127-7.

Este libro tiene su origen en una reunión científica celebrada en Leiden (Países Bajos) entre el 25 y el 27 de septiembre de 2008, en el marco de un convenio de intercambio científico entre estudiosos del Derecho de las Universidades de Oxford y Leiden, al parecer ya en su tercera edición, que en esta ocasión ha contado también con la participación de investigadores de la Universidad de

Ginebra. El objeto de dicho encuentro científico, de cuyas contribuciones aquí se ofrece sólo una apretada selección, era el análisis del impacto del Derecho transnacional –en sus diversas variedades, lo que incluye tanto normas contenidas en instrumentos de carácter imperativo como las diferentes formas de *soft law*, pasando por la incidencia de las reglas de Derecho derivado creado por las instituciones internacionales o las resoluciones de los tribunales de carácter supranacional– en el seno del Derecho nacional, tanto en el ámbito del Derecho legislado como en la jurisprudencia y en la práctica jurídica de los distintos Estados. Un fenómeno, pues, de gran relevancia, que en los últimos años está experimentando un enorme incremento –particularmente en el caso del espacio jurídico europeo comunitario y extracomunitario– y que está alterando sustancialmente la fisonomía de los ordenamientos jurídicos tradicionales, sobre todo en el caso de los Estados miembros de la UE. Como muy bien señalan Henk Snijders y Stefan Vogenauer en su Introducción general al volumen, el Derecho transnacional, en particular el Derecho de la Unión Europea y el del Consejo de Europa, no solamente ha de ser aplicado en cuanto conjunto separado de reglas jurídicas, sino también como un factor de interpretación del propio Derecho nacional. No obstante, una interpretación de ese tipo generalmente resulta insuficiente para garantizar la consistencia del Derecho nacional con esa normativa transnacional, y se hace necesaria, en cambio, una adaptación del propio Derecho nacional a las exigencias transnacionales. Esa adaptación puede venir realizada tanto por la legislación como por la jurisprudencia de los tribunales. El juez, al menos en teoría, está legitimado para adaptar el Derecho nacional a la normativa transnacional simplemente por la vía de la aplicación de la regla «*lex specialis derogat legi generali*», lo que le permitiría enmendar (por medio de la interpretación) e incluso dejar sin efecto el Derecho nacional en la medida en que se oponga al Derecho transnacional. Sin embargo, si bien este procedimiento podría ser válido en el marco de un ordenamiento como el inglés, en cambio no es factible en otros muchos sistemas, y además su aplicabilidad depende del rango jerárquico de la norma transnacional en cuestión. Ni siquiera, como ejemplo más representativo, le sería posible al juez español dejar sin efecto la aplicación de una ley española por considerarla contraria al Derecho comunitario contenido en una Directiva, sino que requiere atravesar la circunvalación de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal europeo. Por el contrario, la vía legislativa es mucho más efectiva, en la medida en que el legislador nacional es soberano a la hora de modificar la legislación vigente para hacerla consistente con el Derecho transnacional aplicable y no está supeditado a otras instancias en su actuación normativa. Otra cuestión es ver hasta qué punto la legislación nacional consigue efectivamente trasladar al Derecho nacional las exigencias del Derecho transnacional y los problemas que puede suscitar el hecho de la diversidad de adaptaciones del mismo Derecho transnacional en los diversos Estados afectados (un fenómeno muy analizado en relación con la transposición de las Directivas comunitarias, pero que podría extenderse, por ejemplo, al ámbito de la doctrina derivada de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH).

Justamente a esta compleja problemática es a la que se dedican las páginas de este libro, con doce artículos agrupados en varios bloques temáticos en función de las distintas cuestiones a las que hemos hecho referencia.

El primer trabajo («Channelling International Law into the Domestic Legal Order – Some Practices and Constitutional Problems», pp. 1-19) sirve de preámbulo al resto del libro, y viene firmado por *Evert Alkema*, profesor emérito de Derecho constitucional y administrativo de la Universidad de Leiden. En él se propone este autor dar una cobertura general del problema de las relaciones

entre Derecho internacional y Derecho interno (sobre todo en la experiencia holandesa) desde la perspectiva constitucional, en concreto de la posición de aquél dentro del sistema de fuentes de éste y, en consecuencia, el grado de influencia del primero sobre el segundo a través de la idea de su puesta en valor. El trabajo trata de responder a dos cuestiones esenciales: en primer lugar, cómo regula la Constitución el proceso de puesta en práctica del Derecho internacional en el marco del Derecho interno; y, en segundo lugar, cómo afecta ese proceso a la Constitución misma. Este debate se ha hecho en los últimos tiempos especialmente acuciante, dada la creciente penetración, cada vez más intensa, de las normas internacionales en el ámbito interno, especialmente en el espacio jurídico europeo (no sólo comunitario). Sobre la base de los problemas generados por la aplicación de los artículos 93 y 94 de la Constitución holandesa –que prescriben el carácter directamente aplicable a nivel interno sólo con su publicación de los tratados internacionales y resoluciones de organizaciones internacionales que sean vinculantes por su contenido (*self-executing*), y el cese de efectos de toda regulación interna que se halle en conflicto con dichas normas internacionales (incluida la propia Constitución)– y las discusiones teóricas vertidas al respecto en la doctrina holandesa, el autor se centra en la problemática referida a la ejecución de las sentencias del TEDH. El trabajo pone de manifiesto cómo las técnicas de implementación de esa jurisprudencia a nivel del Derecho interno ponen en cuestión la representación tradicional de la superación de poderes del Estado o afecta a los equilibrios de poder entre las diversas instancias del poder estatal –lo que viene a mi juicio a reflejar asimismo la paralela indefinición que se observa en ese sentido en las propias organizaciones supranacionales– y cómo, paradójicamente, ni el TEDH ni el Consejo de Ministros del Consejo de Europa se han preocupado regularmente de examinar los efectos jurídicos a nivel estatal interno de sus decisiones. El trabajo concluye señalando el deficiente nivel de legitimidad de las normas internacionales y sus dificultades para adaptarse a la regla del Estado de Derecho (al menos, en la arena jurídica holandesa, que no parece ser necesariamente exportable a otras latitudes), y, al mismo tiempo, la responsabilidad cuasi exclusiva del Estado para hacer cumplir ese Derecho internacional, lo que necesariamente obliga a replantearse las vías y medios a través de los cuales ese ordenamiento se hace efectivo, y la necesidad de desarrollar estructuras y procedimientos aptos para hacer cubrir a esa ejecución de las normas internacionales las exigencias fundamentales del Estado de Derecho como instrumento de legitimación del Derecho vigente.

Tras este trabajo de carácter preliminar y básico –en la medida en que sirve de marco de referencia a todos los demás, particularmente los vinculados al Derecho holandés–, los tres siguientes se agrupan en un bloque temático referido a la influencia de las convenciones europeas en la interpretación del Derecho nacional. En primer lugar, *Eric Lawson* («Beyond the Call of Duty? Domestic Courts and the Standard of the European Court of Civil Rights», pp. 21-38), de la Universidad de Leiden, discute en su artículo si no puede resultar indeseable para los tribunales estatales el disfrutar de un «exceso» de protección sobre los derechos y libertades individuales, no en virtud de una supuesta «razón de Estado», sino porque la posición de los terceros podría verse perjudicada por una interpretación excesivamente generosa de las disposiciones del CEDH. El segundo lugar, *Déirdre Dwyer* («The Interpretation of the English Civil Procedure Rules in the Context of Article 6 of the European Convention on Human Rights», pp. 39-52), de la Universidad de Oxford, analiza el impacto del artículo 6 del CEDH, referido al derecho a un proceso equitativo, sobre las reglas fundamentales del Derecho procesal civil inglés, contenidas sobre todo en las

Civil Procedure Rules (CPR) de 1998, a través de la implementación de la Human Rights Act (HRA) también de 1998. Por un lado, señala las cuestiones que han surgido en relación con la compatibilidad de las CPR con el artículo 6 del CEDH durante la primera década de aplicación de la HRA y de las propias CPR, y, por otro, considera cómo el fundamento normativo de los CPR (el «Overriding Objective») debe ser interpretado en el contexto procedimental amplio del art. 6 del CEDH. Su conclusión es que, hasta el momento, el mencionado artículo 6 no ha planteado significativas objeciones al funcionamiento del régimen procesal inglés contenido en los CPR. El tercer trabajo de este bloque corresponde a *Maya Hertig Randall* («The Europeanisation of Fundamental Rights Protection in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back»), pp. 53-77, de la Universidad de Ginebra, que examina el impacto sobre la jurisprudencia suiza del CEDH y del Acuerdo sobre Libre Circulación de Personas (AFMP) suscrito por Suiza y la Comunidad Europea y los Estados miembros de ésta en 1999. La autora sostiene que estos instrumentos han constituido una vía de europeización de la protección de los derechos humanos en Suiza y han tenido un profundo impacto en la relación entre el poder judicial y el legislativo, en la medida en que el Tribunal Supremo federal ha tendido gradualmente a asumir la idea de una pérdida del concepto de absoluta soberanía popular y sus sustitución por una concepción de soberanía limitada que debe ser ejercida en el marco de la legislación internacional sobre derechos humanos.

El segundo bloque temático trata sobre la influencia del Derecho de la Unión Europea en la interpretación del Derecho nacional. En primer término, *Wim Voermans* («Gold-plating and Double Banking: an Overrated Problem?», pp. 79-88), de la Universidad de Leiden, analiza estas dos figuras del «gold-plating» (un proceso de implementación de las directivas comunitarias que va más allá del mínimo necesario para cumplir con las exigencias de armonización marcadas por la UE) y el «double banking» (caso de que la legislación europea cubra un mismo campo que la legislación nacional existente, aunque posiblemente de diferente manera y en una extensión diversa, con el resultado de la aparición de un régimen regulatorio doble que desborda los límites establecidos en la directiva) con ocasión de la trasposición de las normas comunitarias por el legislador nacional. Estas figuras fueron definidas por la *UK Transposition Guide* para incorporación de la normativa comunitaria en el Reino Unido, pero se han convertido en categorías empleadas comúnmente en la terminología del Derecho comunitario. El autor analiza su incidencia en el Derecho holandés, en comparación con la experiencia inglesa, y constata que el fenómeno de la «sobreejecución» del Derecho comunitario por la legislación nacional ocurre con alguna frecuencia en ambos contextos, pero no resulta tan dañino para el mundo de los negocios como a primera vista podría pensarse. El segundo trabajo, de *Jaap Hijma* («Sale of Consumer Goods: the Adaptation of [Dutch] National Law to Transnational Demands», pp. 89-99), también de Leiden, se ocupa de la interpretación judicial del Derecho estatal referido a la venta de bienes de consumo en el caso concreto holandés, y pone de manifiesto la existencia de una legislación multinivel («duotónica») en relación con el nuevo NBW, lo que impide a los jueces y tribunales permanecer anclados en los hábitos nacionales de interpretación incluso del Derecho doméstico. En el tercer trabajo *Steeff M. Bartman* («EU Law-making and its Impact on National Company Law», pp. 102-112), igualmente de Leiden, discute la influencia de algunas directivas comunitarias (en concreto, la Directiva 2004/25/CE sobre ofertas públicas de adquisición y la Directiva 2001/86/CE, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores) sobre el

Derecho de sociedades estatal holandés, que proporcionan lo que él denomina un tipo de «armonización opcional» (*opt-in/opt-out*) que tiene, a su juicio, una doble consecuencia: por un lado, que en la medida en que el legislador europeo se muestra incapaz de hacer valer sus propios principios sobre el Derecho de sociedades a un nivel europeo, la expresa y decidida elección del legislador nacional debe tener prioridad y justifica una limitación del derecho a la libertad de establecimiento por un interés público; y, en segundo lugar, que el impacto de ese Derecho armonizado «opcional» no se limita a si los Estados y las empresas han escogido o no dicho conjunto de reglas, sino que también obliga a los tribunales nacionales a interpretar el Derecho estatal de conformidad con los principios establecidos en dicha normativa si ello sirve para allanar el camino al logro de los objetivos comunitarios. El cuarto trabajo, debido a *Maurice Polak* («Inspiration From Above: Making and Interpreting Dutch Law on Jurisdiction in Civil and Commercial Matters in Light of European Law», pp. 113-131), profesor igualmente de la Universidad de Leiden, se centra en la cuestión de la influencia de la jurisprudencia transnacional (concretamente de las resoluciones del TJUE) sobre la aplicabilidad y la interpretación de las normas nacionales, en concreto las referidas a cuestiones procesales de orden civil y mercantil, objeto de regulación del nuevo código procesal civil holandés de 2002, cuyos 14 primeros artículos versan sobre la competencia internacional de los tribunales holandeses sobre ese género de cuestiones no cubiertas por convenios o reglamentos comunitarios, pero que han sido inspirados por instrumentos comunitarios al respecto, lo que permite (e incluso sugiere) el recurso a la jurisprudencia europea a la hora de hacer una interpretación más precisa de esos preceptos. Por fin, el último trabajo de este bloque corresponde a uno de los editores del volumen, *Henk Snijders* («Interpretation of National Rules for *ex officio* Raising of Points of Community law by national courts», pp. 133-156), docente asimismo en Leiden, que se ocupa del debate en torno a la posibilidad de que los tribunales nacionales susciten cuestiones de Derecho comunitario *ex officio* en causas civiles y las reglas que rigen tal posibilidad, particularmente las reglas derivadas de la jurisprudencia comunitaria al respecto. El artículo dirige su atención sobre todo a los casos en que se introducen excepciones a la regla *one-to-one* que sigue la legislación comunitaria (*i. e.*, cuando la legislación nacional permite a los tribunales suscitar cuestiones de Derecho *ex officio*, también lo hace la legislación comunitaria), sobre todo a partir de la sentencia *Van Schijndel* del TJCE (ECJ 14 de diciembre de 1995, C-430/93 y C-431/93), con numerosas implicaciones.

El último bloque, probablemente el más interesante desde el punto de vista de los fundamentos del Derecho privado europeo, se dedica a la cuestión del juego del nuevo *soft law* europeo o supranacional en el marco de los Derechos nacionales y en qué medida está suponiendo una transformación sutil de algunos elementos basilares de éstos últimos. La primera de estas contribuciones la firma el otro editor del libro, *Stefan Vogenauer* («Interpretation of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts by National Courts», pp. 157-196), docente en la Universidad de Oxford, que analiza las diferentes vías a través de las cuales los Principios UNIDROIT pueden llegar a ser relevantes ante los tribunales internos de los Estados y explora las técnicas mediante las cuales éstos deben aplicar este importante instrumento de *soft law* de alcance no sólo europeo, sino tendencialmente mundial. A su juicio, los tribunales nacionales pueden recurrir a estos Principios con tres propósitos diferentes: como Derecho vinculante aplicable al contrato, como cláusulas del contrato mismo o como Derecho supletorio de referencia; pero en su aplicación los tribunales deben tomar en consideración que el propio documento contiene

pautas de interpretación en su artículo 1.6 que resultan determinantes en el resultado de la interpretación cuando tales Principios son aplicables en cuanto Derecho vinculante para el contrato o Derecho de referencia, pero con más dificultad en caso de que sólo lo sean a modo de cláusulas contractuales, en cuyo caso depende del alcance que las partes hayan decidido dar a los Principios incorporados al contrato. El segundo de estos trabajos corre a cargo de John Cartwright («Interpretation of English Law in Light of the Common Frame of Reference», pp. 197-212), profesor de las Universidades de Oxford y Leiden, que aborda el tema fundamental que viene centrando la atención de la civilística europea de estos últimos años, el DCFR, en concreto su valor para el Derecho inglés, y, tras un somero análisis de una de las principales cuestiones recogidas en el DCFR (la imposición de especiales deberes de buena fe tanto en la fase precontractual como en la de ejecución del contrato), se plantea hasta qué punto podría interpretarse o desarrollarse consistentemente el Derecho contractual inglés con el modelo sentado por el DCFR, y concluye que, aunque muchas de las representaciones contenidas en ese texto pueden contrastar fuertemente con las reglas tradicionales del Derecho inglés, éste, no obstante, no sería de los ordenamientos que encontrarían más dificultades en asumir la incorporación de los preceptos del DCFR a los términos del contrato, por cuanto para el Derecho inglés el contrato son los términos pactados por las partes, y que, a su vez, ello espolearía a los tribunales ingleses hacer una interpretación más integradora y a vencer sus resistencias ante la armonización del Derecho privado europeo. Por fin, el último artículo de este bloque –y del libro– es el de *Eric-Jan Zipprow* («The White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules», pp. 213-222), profesor de Leiden, que dirige su atención a otra fuente transnacional que bien puede considerarse como otra suerte de *soft law*, el Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia de 2008 (COM[2008] 165 final), y analiza la disponibilidad de acciones procesales a favor de las víctimas de tal clase de incumplimiento derivadas, no de una prescripción de Derecho imperativo, sino en virtud de una norma de Derecho privado, que vendría impulsada a través del amplio abanico de medidas recogidas en el mencionado Libro Verde, lo que, en definitiva, ha de servir para asegurar mejor el derecho a obtener una compensación por parte de las víctimas de las infracciones de la legislación antitrust.

Aunque el libro en su conjunto presenta una coloración netamente anglo-nerlandesa, tanto en el lenguaje empleado como en la selección de temas de interés –como es lógico, dado el carácter del foro del que el volumen trae causa–, no obstante, su planteamiento y problemática pueden hacerse perfectamente extrapolables a otros ámbitos jurídicos europeos, por ejemplo al Derecho español. Su lectura resulta muy ilustrativa, no sólo de la problemática que aborda (que, en algunos casos, es muy original y poco estudiada hasta el momento), sino también del método con que incertidumbres similares a las que se pueden suscribir aquí con idénticas fuentes de referencia (el Derecho comunitario o las propuestas de armonización jurídico-privada más extensas) son resueltas en otros ordenamientos con técnicas variadas, y, en ese sentido, su conocimiento en nuestros pagos puede brindar excelentes motivos para la reflexión en torno al modo en que se está construyendo el nuevo Derecho privado europeo y sugerir temas de investigación en el mismo sentido centrados en el caso español.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Universidad de Valladolid

Miscelánea

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

El Consejo europeo ha publicado el Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DOUE C 115, de 4 de mayo de 2010).

Las medidas fueron adoptadas el 10 y 11 de diciembre de 2009 y contienen un plan exhaustivo para las políticas de justicia y seguridad de la UE. La Comisión ha plasmado esos objetivos políticos en un Plan de Acción para el período 2010-2014. Ello incluye, entre otras, medidas que consisten en mejorar la protección de los datos de los ciudadanos y modernizar la Directiva sobre Protección de datos de 1995, agilizar el procedimiento de reconocimiento de resoluciones judiciales en el extranjero, simplificar el cobro transfronterizo de créditos y la solución alternativa de litigios, fomentar el comercio electrónico, a base de ofrecer a las empresas una legislación europea sobre contratos opcional, incrementar la protección de los consumidores de viajes combinados.

Resolución del Parlamento europeo: Integridad de los juegos de azar en línea P6_TA(2009)0097 - A6-0064/2009. 10 marzo 2009 (2008/2215(INI).

El Parlamento expresa su apoyo a los trabajos iniciados bajo la Presidencia francesa del Consejo para abordar las cuestiones relativas a los juegos de azar en línea y las apuestas tradicionales y solicita la colaboración del Consejo y de la Comisión, así como la de los Estados miembros, para resolver los problemas sociales y de orden público derivados de los juegos de azar en línea con carácter transfronterizo, como la adicción al juego o el uso fraudulento de datos personales o tarjetas de crédito. Se trata de evitar prácticas delictivas como el fraude, el amaño de juegos, organizaciones ilícitas de apuestas y blanqueo de capitales. Entre otros, llama la atención sobre la preocupación creciente en relación con la posibilidad de que los jóvenes tengan la posibilidad de acceder a los juegos de azar en línea, tanto legal como ilegalmente, y subraya la necesidad de introducir unos controles de edad más eficaces. Opina que los Estados miembros pueden restringir la libertad para suministrar servicios de juegos en línea con el fin de proteger a los consumidores. Adicionalmente, considera que los beneficios obtenidos sobre la base de los juegos de azar deberían utilizarse en beneficio de la sociedad, incluidos fondos de renovación para la educación, la salud, el deporte profesional y de aficionados y la cultura. Así, pues, respalda el desarrollo de normas para los juegos de azar en línea en función de la edad, la prohibición del crédito y los sistemas de primas para proteger a los jugadores vulnerables, la información sobre las posibles consecuencias del juego, la información sobre dónde

* Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de Barcelona.

obtener ayuda en caso de adicción, el poder adictivo de ciertos juegos, etc. Considera que la autoregulación en materia de publicidad, promoción y oferta de juegos en línea no es suficientemente efectiva y, por lo tanto, destaca la necesidad tanto de regulación como de cooperación entre el sector y las autoridades. Además, cree que hay que adoptar medidas contra la publicidad agresiva o la comercialización por parte de todo operador público o privado de juegos de azar en línea. Señala que un Código de conducta podría ser un instrumento adicional útil.

PREGUNTAS PARLAMENTARIAS.

Asunto: Juegos de azar en línea en relación con las recientes sentencias de TJCE. Pregunta oral con debate de conformidad con el art. 115 del Reglamento, de Malcolm Harbour, Andreas Schwab, Evelyne Gebhardt, Cristian Silviu Buşoi, Heide Rühle y Adam Bielan, en nombre de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor a la Comisión. 18 de noviembre de 2009. Ref. O-0141/09.

En su sentencia sobre el Asunto C-42/07, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas confirma que todos los Estados miembros tienen libertad para establecer los objetivos de su política en materia de apuestas y juegos de azar, así como para determinar el nivel de protección deseado. Por tanto, cualquier Estado miembro puede prohibir que los operadores ofrezcan juegos de azar por Internet dentro de su territorio nacional, incluso cuando dichos operadores tienen su sede en otros Estados miembros en los que prestan legalmente servicios parecidos. Sin embargo, serían deseables ciertas restricciones (sobre la libre prestación de servicios) para alcanzar el(los) objetivo(s) que se haya marcado el Estado miembro de que se trate, y estas deben ser proporcionadas y aplicadas sin discriminación.

El TJCE destaca este último punto en su sentencia sobre el Asunto C-153/08. A este respecto, la legislación nacional tan solo resultará adecuada para garantizar la consecución de las metas establecidas si se aplica de forma coherente y sistemática. Mientras tanto, algunos Estados miembros están revisando su marco normativo en este ámbito.

En relación con la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009, sobre la integridad de los juegos de azar en línea (P6_TA(2009)0097), el PE plantea las siguientes preguntas a la Comisión:

¿Qué medidas tiene previsto aplicar la Comisión de conformidad con las sentencias del TJCE sobre los juegos de azar en línea? Por otra parte, ¿cuál es la situación en lo relativo a los procedimientos de infracción que incoó la Comisión contra varios Estados miembros para comprobar si las medidas nacionales que limitan la prestación transfronteriza de servicios de juegos de azar en línea son compatibles con la legislación comunitaria?

¿Podría la Comisión pronunciarse acerca de los recientes cambios legislativos que se han producido en los Estados miembros en relación con las mencionadas sentencias del TJCE?

¿Tiene previsto la Comisión crear un marco normativo común ante el creciente volumen de actividades transfronterizas relativas a los juegos de azar para garantizar que estos se practiquen de forma responsable, a fin de proteger a los consumidores vulnerables, prevenir la aparición de adicciones y prácticas compulsivas, y evitar la delincuencia organizada?

Asunto: Adicción a los juegos de azar. Pregunta escrita de Georgios Papanikolaou (PPE) a la Comisión. 6 de mayo de 2010. Ref. E-3170/10.

Desde 1980, la adicción a los juegos de azar está incluida en los manuales de psiquiatría como una patología y se clasifica entre los trastornos del control de los impulsos. De hecho, los adictos a los juegos de azar son considerados enfermos. Su comportamiento tiene numerosas consecuencias psicosociales, como problemas personales y económicos, tensiones familiares, fracaso profesional o implicaciones jurídicas. Los enfermos no son capaces de hacer frente a su impulso de jugar y, como resultado, sufren y, además, hacen sufrir a su entorno más cercano.

Según los expertos, el hábito en los juegos de azar puede ser tan fuerte como el del alcohol. Hoy en día, con la ayuda de Internet, el juego entra en nuestras casas y llega a todo el mundo de forma indiscriminada. Como resultado, este tipo de problemas es cada vez más frecuente y difícil de diagnosticar.

1. ¿Dispone la Comisión de datos relativos a los beneficios de las empresas que se dedican a los juegos de azar en Internet?

2. ¿Pretende la Comisión proponer un marco reglamentario europeo que tenga como epicentro la protección de los jugadores más vulnerables como, por ejemplo, los que padecen adicción a los juegos de azar o los menores?

Asunto: Derecho de propiedad en el extranjero. Pregunta oral para el turno de preguntas del período parcial de sesiones de febrero de 2010 de conformidad con el artículo 116 del Reglamento de Mairéad McGuinness al Consejo. 19 de enero de 2010. Ref. H- 00221/10.

Sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros en cuanto a las normas que regulan el régimen de propiedad, ¿está el Consejo informado de la gran cantidad de problemas a los que se enfrentan muchos ciudadanos de la UE en materia de derechos de propiedad en un Estado miembro distinto del suyo?

En particular, ¿qué medidas ha tomado el Consejo con respecto a la Resolución P6-TA (2009) 0192 del Parlamento sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario?

¿Piensa el Consejo intervenir y pedir a los Estados miembros que procedan a un examen exhaustivo de la cuestión y que revisen toda la legislación que concierne a los derechos de los propietarios de bienes inmuebles, con objeto de poner fin a las violaciones de los derechos y obligaciones inscritos en el Tratado CE, en la Carta de los Derechos Fundamentales, en la CEDH y en las directivas europeas pertinentes, así como en otros convenios de los que es parte la UE?

Vida jurídica. Reseña de congresos y seminarios en materia de Derecho Privado Europeo

La autonomía de la voluntad y el Derecho de sucesiones. Jornada sobre el Derecho catalán de sucesiones en Europa, Barcelona, 30 de abril de 2010

En el marco incomparable del Palacio de Pedralbes y dentro de las actividades programadas con ocasión de la Presidencia Española de la Unión Europea, el 30 de abril de 2010 se celebró una Jornada sobre el Derecho sucesorio catalán en Europa, titulada *La autonomía de la voluntad y el Derecho de sucesiones*. Dicha Jornada, organizada por el Observatorio de Derecho Privado del Departamento de Justicia de la *Generalitat de Catalunya* bajo la dirección de la Prof. Esther Arroyo y la coordinación de la Prof. Miriam Anderson, ambas de la Universitat de Barcelona, contó con la presencia de destacados especialistas españoles y extranjeros, así como con una numerosa asistencia procedente tanto del ámbito universitario –profesores y estudiantes de licenciatura, doctorado y postgrado– como de los sectores profesionales –abogados, jueces, notarios, registradores– más interesados –implicados– en la evolución del Derecho de sucesiones.

Además de los consabidos actos protocolarios de inauguración y clausura, la Jornada se estructuró en cuatro partes: una ponencia marco –relativa a las tendencias imperantes en el Derecho material europeo y su grado de convergencia– y tres sesiones, de diversa extensión, dedicadas, respectivamente, al Derecho comparado, al Derecho internacional privado y al Derecho catalán, cuyo contenido pasamos a explicar someramente.

Tras la inauguración de la Jornada, llevada a cabo por la *Honorable Consellera de Justícia* de la *Generalitat de Catalunya*, Sra. Montserrat Tura, y el Ilustrísimo Decano de la Facultad de Derecho de la Universitat de Barcelona, Sr. Enoch Albertí, tomó la palabra el Prof. Walter Pintens, de la Universidad Católica de Lovaina, para hablar de la importancia creciente del Derecho de sucesiones en el proceso de integración europeo; lo que, en su opinión, concede una gran relevancia a las reglas de Derecho internacional privado –en vías de unificación–, encargadas de determinar el Derecho aplicable a una sucesión transfronteriza. Sin embargo, a juicio del Prof. Pintens, la mera unificación del Derecho conflictual no habría de bastar, sino que convendría proceder igualmente a una armonización del Derecho material de las distintas legislaciones nacionales, para lo cual valdría la pena tener en cuenta algunos datos. Por un lado que, pese a la subsistencia de grandes diferencias con respecto a los sistemas de *common law*, la corriente de fondo de los ordenamientos continentales parece moverse en una misma dirección como, a título ilustrativo, muestran el reforzamiento de los derechos sucesorios del cónyuge superviviente en detrimento de los de los hijos y descendientes, o la tendencia a concebir la legítima más como una *pars valoris* que como una *pars bonorum*, con las implicaciones que ello comporta a la hora de su pago por parte del heredero. Por otro lado, que, en los contados casos –Convenio de Basilea

de 16 de mayo de 1972, concierne al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, y Convenio de Washington de 26 de octubre de 1973, que establece una ley uniforme sobre la forma de un testamento internacional— en los cuales se ha procedido a una unificación del Derecho sustantivo, se ha llegado a compromisos satisfactorios que podrían ser el germen de futuras iniciativas —deseables, aunque de momento no esperables—, para las que los estudios cada vez más numerosos y rigurosos de los comparatistas habrán de ser la base indispensable.

Tras una pausa, se dio paso a la primera sesión, presidida y moderada por la Prof. Esther Arroyo, en la que, en sucesivas intervenciones, se expusieron las realidades nacionales de España, Italia, Francia y Alemania en lo relativo a la libertad de testar y a una eventual incidencia de la misma en el orden público. Abrió el fuego el Prof. Sergio Cámara, de la Universidad de La Rioja, que, de entrada, puso de relieve la singularidad española en el concierto europeo en lo tocante a la legislación civil, dado que en ningún Estado coexisten tantos derechos y tan diversos como en el nuestro, diversidad que en el Derecho de sucesiones alcanza su máxima expresión y que, con relación a la libertad de disposición, se concreta sobre todo en la cuantía de los derechos legitimarios, que oscila entre cuatro quintas partes de los bienes del *de cuius* —previsión del Derecho vizcaíno— y la absoluta libertad testamentaria —consagrada por el Fuero de Ayala—. Otro aspecto que mereció la atención del Prof. Cámara fue la comparación entre el Derecho estatal y los Derechos autonómicos, para destacar que el primero, prácticamente anclado en el siglo XIX del que proceden la mayoría de sus normas, se ha ido quedando rezagado respecto de los segundos, más adaptados a las necesidades del tráfico jurídico moderno, al estar claramente orientados al aumento de la libertad de testar material —con fórmulas varias, que van desde la reducción de la cuota legitimaria de los hijos y descendientes hasta su supresión en lo que hace a los ascendientes, pasando por la instauración de una legítima colectiva o una variable en función del número de perceptores—, así como al incremento de la libertad de testar formal —con la introducción o potenciación de negocios como los pactos sucesorios o los testamentos mancomunados, prácticamente desconocidos por el Derecho común—. Por último, el Prof. Cámara se interrogó sobre si la legítima es, en el Derecho español, una cuestión de orden público; respondiéndose, de inmediato, que no, vista la existencia de territorios españoles en los que la institución no está contemplada; de este modo, el Prof. Cámara avaló el criterio del Tribunal Supremo que, en Sentencia de 15 de noviembre de 1996, así lo decidió, corrigiendo un pronunciamiento erróneo de 23 de octubre de 1992. La intervención del profesor español fue seguida por la del Prof. Andrea Fusaro, de la Universidad de Génova, quien abordó el tema desde la perspectiva italiana, señalando de buen principio la fidelidad con la que la regulación hoy vigente en Italia se ajusta a la tradición romanista más pura: concebido el testamento como un acto en esencia unilateral, individual y revocable, se prohíben las disposiciones recíprocas, el testamento mancomunado o los pactos sucesorios de toda clase. Sin embargo, el *Codice civile* brinda al causante instrumentos dispositivos suficientes —el *testamento olografo*, el *testamento pubblico* y el *testamento segreto*— para que pueda transmitir *mortis causa* su patrimonio. Ahora bien, lo que no está en manos del testador es privar a su cónyuge, hijos y descendientes —o, en ausencia de éstos, a sus ascendientes— de la porción que, de acuerdo con la ley, les corresponde —fluctuante entre un cuarto y dos tercios, según quién sea el legitimario y su concurrencia con otros herederos forzosos—. Esta *legittima*, que en el Derecho italiano es *in natura*, queda pro-

tegida frente a las donaciones o los legados que la perjudiquen mediante la *azione di riduzione*, que los legitimarios pueden ejercitar a lo largo de los diez años posteriores a la apertura de la sucesión. El Prof. Fusaro puso fin a su parlamento poniendo el acento en la necesidad de una pronta revisión de la regulación italiana –en la que se está trabajando–, que la equipare a la de otros países de su entorno. Sin solución de continuidad, el uso de la palabra recayó en el Prof. Michel Grimaldi, de la Universidad Panthéon-Assas (Paris II), que, en una intervención de especial brillantez, hizo un repaso exhaustivo de la libertad de disposición en el Derecho civil francés tras la promulgación de la Ley de 23 de junio de 2006. A su parecer, los cuatro pilares sobre los que se asienta el sistema se han visto afectados de muy distinta manera por la reforma: en primer lugar, si bien la *réserve* ha mantenido estables algunos de sus rasgos distintivos como la imperatividad e intangibilidad o su cuantía con relación a los hijos y al cónyuge, ha sufrido cambios notables como la supresión de la correspondiente a los ascendientes o la posibilidad de que la reducción de las liberalidades se haga en valor y no *in natura* como se hacía antes; en segundo término, pese a su conservación, la prohibición de los contratos sucesorios ha sido en parte relativizada por dos innovaciones: la posibilidad de renuncia anticipada a la acción de reducción por daño a la legítima y la introducción de una *donation-partage* transgeneracional, que extiende sensiblemente el potencial de esta modalidad de partición anticipada, ya conocida por el Derecho francés; en tercer lugar, la secular interdicción de las sustituciones fideicomisarias ha desaparecido y éstas, bajo la denominación de *libéralités graduelles*, han pasado a formar parte del derecho vigente; en última instancia, la irrevocabilidad especial de las donaciones, o sea, la imposibilidad por parte del donante de acordar con el donatario la reversibilidad directa o indirecta de los bienes donados, subsiste con la misma firmeza con la que entró en el *Code* de 1804. A modo de conclusión, el Prof. Grimaldi apuntó que, aun cuando se ha flexibilizado, el sistema sucesorio francés sigue siendo fiel a gran parte de sus valores tradicionales, entre los cuales la legítima, cuya controvertida preservación el Prof. Grimaldi pareció acabar justificando en nombre de la cohesión familiar y de la solidaridad intergeneracional. La encargada de cerrar el turno de ponencias de la sesión matinal fue la Prof. Anne Röthel, de la *Bucerius Law School* de Hamburgo, la cual pasó revista a la situación en la que se encuentra la libertad de disposición en el Derecho alemán con posterioridad a la reforma del *BGB* de 2009, que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2010. La Prof. Röthel inició su disertación recordando las amplias prerrogativas de las que, a la hora de disponer por causa de muerte de su patrimonio, goza el causante tanto desde el punto de vista formal –generosa admisión de los testamentos mancomunados y de los pactos sobre la herencia futura– como desde el sustantivo –reconocimiento de las sustituciones fideicomisarias y concesión de extensos poderes en orden al control de la ejecución testamentaria–. Como límites principales a la libertad testamentaria, mencionó la Prof. Röthel el orden público –comprensivo de las *gute Sitten*, reinterpretadas a la luz de jurisprudencia relativa a los derechos fundamentales– y, por encima de todo, la *Pflichtteil*, acerca de la cual la última reforma, influida por la decisiva sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 19 de abril de 2005, ha aportado pocas novedades significativas. En efecto, inalterados atributos tan característicos como la naturaleza –derecho de crédito–, los beneficiarios –descendientes, progenitores, cónyuge o conviviente registrado– o la cuantía –mitad del valor de la cuota hereditaria legal–, los retoques se han centrado, a juicio de la Prof. Röthel, en cuestiones accesorias tales como la

compensación de las donaciones *inter vivos* –cuya computación se reduce en el momento de colacionar un diez por ciento de su valor por cada año que haya transcurrido desde su otorgamiento–, el reforzamiento de la petición de moratoria en el pago de la legítima –que pasa a beneficiar a cualquier heredero y no sólo al que a la vez era legitimario– y la modernización de la indignidad sucesoria –que se percibe en la redefinición de la causas, que además se uniformizan para todos los legitimarios, y en la prolongación del círculo de personas que pueden verse afectadas por el comportamiento indigno–. En palabras finales de la Prof. Röthel, la reforma no ha tocado los elementos estructurales de la legítima, sobre los que, en su opinión, más pronto o más tarde habrá que volver. Acabadas las ponencias, su interés se vio reflejado en el debate subsiguiente que fue dilatado y enriquecedor.

Después del almuerzo, la segunda parte de la Jornada se dividió en dos sesiones: una, más breve, dedicada al Derecho internacional privado, y otra, de mayor extensión, reservada al Derecho civil de Cataluña. La primera contó con la sola presencia del Prof. Andrea Bonomi, de la Universidad de Lausana, que en una detallada exposición abordó los puntos principales de la Propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones, de 14 de octubre de 2009, en lo que atañe a la libertad de testar y a la salvaguarda de las legítimas. Partiendo de una constatación de la gran disparidad que existe en el Derecho –material y conflictual– de sucesiones europeo, el Prof. Bonomi quiso transmitir de buen principio la idea cardinal de que la Propuesta comunitaria se inclina por una concepción liberal de la regulación de la materia, lo cual sin duda favorece la libertad de disposición del testador, a costa, eso sí, de restringir la exigibilidad de los derechos de los herederos forzosos. Las pruebas más nítidas de esta querencia liberal de la iniciativa europea se advierten en el sector del Derecho aplicable, puesto que, no solamente la conexión objetiva –la residencia habitual del *de cuius*– concede a éste un importante margen de maniobra, sino que el reconocimiento de la profesión de ley le atribuye la facultad de escoger directamente el derecho rector de su sucesión. Con todo, como puso de manifiesto el Prof. Bonomi, esta *professio iuris* está sujeta a importantes limitaciones: la elección sólo puede incumbir al conjunto de la herencia, tiene que ser expresa y constar en una disposición por causa de muerte y, en última instancia, únicamente puede ejercitarse en provecho de la ley nacional. Resulta evidente, añadió el Prof. Bonomi, que una regulación como la planteada por la Propuesta comunitaria ha de incidir sobre los derechos de los legitimarios, por lo que procede preguntarse si en estos casos cabe apelar al orden público para protegerlos. El Prof. Bonomi recordó que la jurisprudencia de diversos Estados se ha ido decantando por una exclusión de la legítima de la relación de materias que integran el orden público internacional: así lo ha entendido la *Corte di cassazione*, en Sentencia de 24 de junio de 1996, o nuestro Tribunal Supremo, en decisión de 15 de noviembre del mismo año. Sin embargo, el Prof. Bonomi dio especial trascendencia al litigio *Hirsch c. Cohen*, en el cual el *Tribunal fédéral* suizo, en Sentencia de 17 de agosto de 1976, negó la legítima a la hija de un ciudadano británico residente en Suiza que había testado de conformidad con el Derecho inglés fundándose en que tal preterición no vulneraba el orden público del foro. A juicio del Prof. Bonomi, la jurisprudencia citada demuestra cómo el orden público no es un instrumento adecuado para la defensa de los derechos de los herederos forzosos, y es por ello que la Propuesta de Reglamento no concede especial amparo a los derechos de los legitimarios; antes al contrario, estipula que el orden público no podrá invocarse por el simple hecho

de que el derecho aplicado sea, en cuanto a la legítima, distinto del vigente en el foro. Concluyó el Prof. Bonomi su excelente discurso, resaltando el alcance de las normas de Derecho internacional privado enumeradas y augurando su influencia, cuando menos indirecta, sobre las soluciones de Derecho material recogidas por las diferentes legislaciones europeas. A renglón seguido, el Prof. Bonomi se sometió a las preguntas de los asistentes, que revelaron la palpitante actualidad de la materia tratada.

La tercera y postrera sesión del día, centrada exclusivamente en el Derecho civil catalán, se escindió, por su parte, en dos actos académicos distintos: primero, una serie de intervenciones concernientes a la libertad de testar en Cataluña y, segundo, una mesa redonda confeccionada con el propósito de proporcionar una visión de conjunto de la reforma llevada a término en 2008. Las intervenciones, presentadas por el notario Sr. Juan José López Burniol, dieron comienzo con la del Prof. Esteve Bosch, de la Universitat Rovira i Virgili, el cual observó que una de las características esenciales del Derecho sucesorio catalán ha sido la de conferir a la voluntad del testador la cualidad de ley suprema de la sucesión, lo que se ha traducido tradicionalmente en una primacía del título voluntario y en un ímpetu proverbial de la libertad de testar. Consecuencia de todo ello ha sido, como recordó el Prof. Bosch, la relativa escasa importancia de las limitaciones a esta libertad, ya sean puestas por el propio testador –inadmisión de las cláusulas *ad cautelam* fuera de memoria testamentaria–, por un tercero –las cláusulas captatorias comportan la nulidad de la institución de heredero– o por ley –inaceptación de las condiciones que impongan la realización de actos ilícitos, las que la ley no tolera o las que entrañen una coacción a las libertades personales–. El segundo en tomar la palabra fue el Prof. Joan Marsal, de la Universitat de Barcelona, quien dijo que, desaparecida la troncalidad –entendida como una derivación del principio de consanguinidad encaminada a prevenir las atribuciones a favor del cónyuge– como límite a la libertad testamentaria, es la posición del cónyuge o conviviente, cada vez más reforzada por el derecho vigente, la que debilita tal libertad de disposición. Ello acontece, además, como abundó el Prof. Marsal, en un contexto de crisis de la familia matrimonial o extramatrimonial, que se visualiza en la facilidad con la que puede disolverse una unión estable de pareja o, desde 2005, obtenerse el divorcio; de ahí que pueda percibirse en el legislador catalán una patente voluntad de aproximar la cuarta viudal a la pensión compensatoria, sobre la base de que no tiene sentido que, a la muerte del causante, el cónyuge divorciado esté en mejor posición que el viudo. La Prof. Susana Navas, de la Universitat Autònoma de Barcelona, fue la última en hablar en esta primera parte de la tercera sesión, focalizando su alocución en los pactos sucesorios, que, por más que hayan sido tradicionalmente conocidos por el Derecho catalán bajo la forma de los heredamientos, han sido enormemente potenciados por el Libro IV del *Codi civil*. Para la Prof. Navas los contratos sobre la herencia futura pueden ser de gran utilidad a la hora de programar la sucesión de las empresas familiares, dado que los datos estadísticos de los que se tiene conocimiento demuestran que estas transmisiones de una generación a la siguiente suelen acarrear considerables dificultades, que podrían mitigarse con una adecuada planificación realizada a partir de un pacto sucesorio, el cual compensaría sus costes de transacción y elección del sucesor con una implicación de éste que aseguraría la continuidad de la empresa. Finalizadas las intervenciones, se dio paso a las preguntas de los asistentes que incidieron sobre la dimensión práctica de las cuestiones abordadas.

A la vuelta de una breve interrupción, se constituyó la mesa redonda que, como rezaba su subtítulo, pretendía brindar una perspectiva general de la reforma del Derecho sucesorio catalán. Los parlamentos del Sr. Antonio Giner, registrador de la propiedad, y del Sr. José Alberto Marín, notario, evocaron el protagonismo que en la reforma de 2008 tuvieron notarios y registradores, que supieron convertir sus inquietudes, dimanantes de su contacto diario con la práctica del Derecho civil, en diversas iniciativas recogidas por el texto finalmente aprobado por la cámara legislativa catalana. Los Srs. Giner y Marín mostraron, asimismo, su satisfacción por haber podido contribuir a la elaboración de una normativa como la del Libro IV del *Codi civil de Catalunya*, que consideraron una de las más modernas y mejores de Europa. Antes y después de estos dos oradores intervinieron, respectivamente, los profesores Ferran Badosa, de la Universitat de Barcelona, y Antoni Vaquer, de la Universitat de Lleida. El Prof. Badosa, volviendo los ojos hacia el pasado, se propuso comprobar hasta qué punto el Libro IV permanece apegado a los principios tradicionales del Derecho sucesorio catalán, para aseverar que, de ellos, sólo el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* sigue inmutable, marcando una de las grandes diferencias entre el Derecho catalán y el de matriz castellana. Por el contrario, subrayó el Prof. Badosa, el principio *semel heres, semper heres* no se respeta en el Derecho catalán como consecuencia de la admisión –por otro lado, inveterada– de las sustituciones fideicomisarias, puesto que el heredero fiduciario deja de serlo cuando la herencia se defiere al fideicomisario. Por su parte, el Prof. Vaquer argumentó que la nueva causa de desheredación recogida por el *Codi civil*, consistente en la ausencia de relación familiar, debe enmarcarse en la tendencia existente en el Derecho comparado de vincular los derechos sucesorios al comportamiento del legitimario para con el causante, en relación con los deberes de asistencia, en un contexto de progresivo envejecimiento de la población. El Prof. Vaquer, que adujo ordenamientos jurídicos en los cuales se pone en evidencia dicha correlación entre conducta de los herederos forzosos y legítima –en especial, el ejemplo extremo de la R. P. China–, concluyó afirmando que si el verdadero fundamento de la legítima se halla en la solidaridad intergeneracional, la misma no debe consistir solamente en la obligación del *de cuius* de respetar los derechos hereditarios de sus descendientes, sino también en la de éstos de atender al causante cuando, por razones de salud o de edad, lo necesite.

Una vez completadas las actividades académicas, la Jornada fue clausurada por la Sra. M. Elena Lauroba Lacasa, *Directora General d'Entitats Jurídiques i de Dret de la Generalitat de Catalunya*, la cual, aun interviniendo en su calidad de representante de la *Conselleria de Justícia*, apeló, igualmente, a su condición de profesora universitaria para congratularse del éxito del evento que, a su parecer, se basaba tanto en la idoneidad del tema tratado como en el elevado número de asistentes –el máximo permitido por la sala– y el altísimo nivel científico de los conferenciantes. Por todo ello, la Sra. Lauroba acabó sus palabras felicitando a los organizadores de la Jornada.

Josep M. FONTANELLAS I MORELL
Universitat de Lleida

BIBLIOGRAFÍA

Libros

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *Crédito al consumo y contratos vinculados. Estudio jurisprudencial*, Universidad de Castilla-La Mancha, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2010. 418 pp.

Comenzaremos resaltando, aunque suene a tópico, la aportación que ha representado en la evolución del Derecho de Consumo español la obra de Manuel Jesús Marín López. El tópico se desmorona, no obstante, confirmándose nuestra apreciación, a medida que avanzamos en la lectura de esta monografía y comprobamos, en cada uno de los capítulos cómo, cuantas críticas fueron formuladas hace una década por un joven profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha, han guiado soluciones dispensadas por la Jurisprudencia Menor, que llegaría, además, a citarle expresamente a la hora de acuñar sus planteamientos como haremos hincapié a lo largo de la presente recensión.

Tras efectuar una introducción que ocupa el primero de los capítulos, reflexionará el profesor Marín en el segundo acerca del obligado esfuerzo que se ha de acometer a la hora de perfeccionar el régimen diseñado para proteger al consumidor que estipula contratos vinculados.

Si tuviésemos que sintetizar y concretar cuál es el propósito de esta obra, estimaríamos que tres son las cuestiones que preocupan al profesor Marín y en torno a las cuales se estructura la monografía. La primera, denunciar la precariedad y la confusión que ha caracterizado a la regulación del fenómeno de la contratación vinculada en el pasado. Experto conocedor de la materia, el nombre de Manuel Jesús Marín comenzó a citarse con asiduidad a raíz de la publicación en 2000 de la que fuera su tesis doctoral, *La compraventa financiada de bienes de consumo* (Pamplona, Aranzadi, 2000). En un breve espacio de tiempo, Manuel Jesús Marín pasaría a convertirse en referente doctrinal obligado a la hora de encauzar la polémica surgida por el incumplimiento de los proveedores de servicios en dicho marco. El impulso hacia la fama y el incentivo para profundizar en un trabajo que adquiría una creciente dimensión social en aquellos momentos, le vino dispensado por el incumplimiento en nuestro país de los compromisos adquiridos por conocidas academias de idiomas, lo que sumió en el desconcierto a los clientes de las mismas, vinculados con entidades crediticias impuestas por las primeras. Las numerosas conferencias e informes elaborados por el autor de este libro a raíz de la confusión reinante dos años después de publicar su primera monografía, generaron los frutos que cabía esperar de un jurista sobresaliente y riguroso. Y, haciendo acopio de un ingente material cuyo dominio prueba la obra que comentamos y su brillante trayectoria como jurista especializado en Derecho

de Consumo, vamos percibiendo, efectivamente, cómo en las soluciones ofrecidas por los jueces españoles a la hora de intentar superar las imperfecciones de que adolecía la Ley 7/1995, hallaron acogida, según afirmábamos al comenzar esta recensión, medidas ya propuestas por el Profesor Marín con anterioridad.

El segundo de los objetivos que se marca el autor, y que logra contagiarnos en cada uno de estos capítulos, es fundamentar su más firme convicción: las reformas legales finalmente acometidas han quedado, desgraciadamente, a mitad de camino. La premura con que hubieron de materializarse, justificada por la magnitud del escándalo que las impulsó, trajo consigo, lamentablemente, el empleo de una deficiente técnica legislativa que Manuel Jesús Marín critica minuciosamente, desde la fundamentada opinión que puede pronunciar quien, allá por 2002 fue requerido en numerosas ocasiones para dictaminar sobre la trascendencia del caso *Opening*. De ello se irá percatando el lector a medida que se adentra en polémicas de signo diverso. El peso adquirido por las valoraciones y la doctrina creada, con el paso de los años, a través de la obra del profesor, se ha plasmado en decisiones citadas a lo largo de este estudio. Sus tesis se han confirmado con reformas legislativas, como nos lo revela la lectura del Capítulo VI, al estudiar la admisión en supuestos de vinculación contractual de que el contrato de préstamo pueda extinguirse mediante la acción resolutoria del contrato de consumo, lo que ya propugnase con anterioridad el profesor Marín. Perspectiva ésta, desde la que el autor criticará textos, decisiones e interpretaciones con una autoridad de la que pocos están investidos, poseyendo elementos de juicio para valorar, como precisamos, que otras modificaciones operadas en los textos legales carezcan de la perfección que sería deseable.

Ya en el cuarto capítulo, con gran maestría y haciendo gala de un conocimiento exhaustivo sobre la materia, el autor ofrece una cuidada selección jurisprudencial, cuyo manejo se torna imprescindible para fundamentar ese planteamiento valiente que ha caracterizado siempre a la obras de Manuel Jesús. No le es ajeno al autor, que el desconocimiento de las características de los contratos vinculados se aprecia incluso en resoluciones judiciales que, erróneamente, reconducen el tratamiento de este fenómeno al de la cesión de créditos, y así lo denuncia, al exponer la singularidad de la contratación vinculada. Mas tampoco olvida el papel crucial que ha desempeñado la Jurisprudencia Menor a la hora de perfilar las peculiaridades de estos contratos, en los que se aprecia una conexión funcional. El lector advertirá en todo momento que el autor conoce perfectamente los entresijos de esta modalidad de contratación y las argucias y fraudes empleados por los empresarios para sustraerse a la aplicación de la ley. A lo largo de este capítulo, se reflexiona acerca de cuán fructífera ha resultado la labor de unos jueces, que se han visto obligados incluso a perfilar cuestiones absolutamente elementales. Como se recuerda, la propia delimitación del ámbito subjetivo de estos contratos, incluyendo a empresarios y a quienes concertasen servicios a favor de terceros, propiciaría una deseable extensión del nivel de protección, merced a un esfuerzo hermenéutico encomiable.

De la misma forma, el elogio hacia la fecunda lucha contra el fraude que han desplegado nuestros tribunales, encuentra acomodo en estas páginas, como apreciamos, entre otras ocasiones, cuando se desciende al análisis de la presunción de onerosidad y la inversión de la carga de la prueba. Instrumentos a través de los cuales una atinada actuación judicial logró frustrar intentos de las entidades financieras de sustraerse a la aplicación de la ley.

El eje en torno al cual gira este capítulo cuarto, pasará a ser, una vez expuesto el camino seguido hacia la actual regulación, el desacierto en el que incurre el legislador a la hora de dispensar diverso tratamiento a los contratos vinculados en función de la peculiaridad de la prestación concertada. El fantasma de un escándalo que implicó a miles de usuarios en nuestro país, gravita sobre un texto que, lejos de tutelar los intereses de quienes acepten la fuente de financiación ofrecida por un proveedor, cercena como certeramente nos explica el profesor Marín, el amparo que les ha de ser dispensado. De la desmesurada importancia concedida a la modalidad de la prestación —que, naturalmente, el autor relativiza, criticando la construcción legal— ha derivado, paradójicamente, un resultado que se aleja del que el legislador se había propuesto como meta. El caso *Opening*, quien lo duda, se alzó como el punto de partida para ulteriores reformas que, si ya con anterioridad se perfilaban necesarias, devinieron ineludibles a partir de ese instante. No obstante, desde la decepción, de la mano del profesor Marín apreciamos que nos hallamos ante una ocasión desaprovechada. La redacción del art. 15 LCC dista mucho de trazar con precisión los cauces por los que ha de distcurrir la tutela de cualquier consumidor y siguen pendientes de solución cuestiones que afectan, entre otras, al propio cumplimiento de este tipo de contratos. Tomaremos conciencia de ello, entre otras ocasiones, al llegar al Capítulo V, al proponerse *de lege ferenda* una redacción que no incurra en el desacierto de limitar, como de modo inadmisibile hace la actual, las fuentes de integración de los contratos.

Retomando el análisis de las cuestiones fundamentales desarrolladas en el capítulo IV, merece especial atención la exhaustiva crítica desplegada en torno al pacto de exclusividad concertado entre proveedor y financiador. Obstáculo de primera magnitud para hacer realidad la protección del contratante más débil. Las censuras, aunque presentes a lo largo del estudio, se agudizan en la segunda parte de este capítulo, donde ya no sólo se postula la inconsistencia de esta exigencia, sino que se denuncia la imprecisión de la que adolece al respecto el artículo 15 LCC, como quiera que han llegado a sustentarse hasta seis tesis distintas relativas al significado de dicha exclusividad. El dominio que ejerce el profesor Marín se manifiesta de nuevo con ocasión de esta controversia: la tesis que sustentara sobre el particular ha sido expresamente recogida en numerosas sentencias, en las que, no sólo se desarrolla su planteamiento, descartándose los anteriores, sino que se le cita expresamente.

Si comenzábamos aludiendo a cuáles eran los propósitos que se trazaba el profesor Marín, nos resta hacer referencia a que el tercero pasa a ocupar el motivo central de los tres últimos capítulos de la obra y se corresponde con la propuesta de medidas de protección que refuercen la posición del consumidor. En los capítulos V a VII, el profesor Marín desarrolla lo que ha constituido su principal preocupación, ya madurada en su tesis doctoral: ofrecer al consumidor un nivel de protección que le acerque al que goza el adquirente en un contrato de compraventa a plazos. Evitar que se encuentre inerte ante el incumplimiento del proveedor de bienes o servicios y que su situación sea, comparada con la de quien adquiere en virtud de un contrato de compraventa, de franca desventaja.

Ello le conduce, ya en el capítulo V, tras recordarnos esta desigualdad a no conformarse con la instauración de un régimen paritario, sino a abogar porque la balanza se incline a favor del consumidor, una vez que se profundiza en la deficiente técnica legislativa del artículo 15 LCC. Si bien se cuidará de precisar, fundamentándolo en numerosos pronunciamientos judiciales, que sólo el incumplimiento actúa como presupuesto de los derechos que el consumidor pueda esgrimir contra el financiador y que se concretan tanto en

la suspensión de los pagos de las amortizaciones del préstamo ante el incumplimiento del proveedor de servicios –rigiendo ello incluso para los contratos vinculados existentes al margen de la Ley de Crédito al Consumo–, como en pretensiones de cumplimiento, devolución y reducción del precio del bien, respectivamente. Denunciará, al concluir, que la nulidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, no se afirma rotundamente en nuestro panorama jurisprudencial en aquellos contratos vinculados concertados al margen de la Ley de Crédito al Consumo.

A continuación, en el capítulo VI se desarrolla una segunda medida protectora: la consecución de la ineficacia del contrato de crédito, una vez declarada la del contrato de consumo. Descartando que el fundamento de esta medida se encuentre en una relación de accesoriedad existente entre ambos contratos, efectúa con posterioridad un tratamiento pormenorizado de la interpretación amplia conferida al término «ineficacia» que aparece en el artículo 14.2 LCC. De suerte que, aunque la hipótesis que el lector se represente sea el incumplimiento del proveedor, lo que se explicaría por la deformación natural que imponen los sucesos que motivaron la reforma, se excluye con aquélla que la ineficacia del contrato de consumo se reconduzca tan sólo a la resolución. Si bien, respecto al contrato de crédito, se superará la indefinición legal a favor, ahora sí, de la imposición del régimen de resolución, descartando declarar la nulidad del crédito.

Por último, en el capítulo VII, la tutela del consumidor se localiza en la fase de liquidación de los contratos de consumo y de crédito. Asumiendo las dificultades interpretativas que presenta, esta vez, la intrincada redacción del artículo 9 LCC, lamentará el autor que tan ambigua base normativa haya derivado en dispensar un tratamiento similar al que recibiría un comprador que satisface el precio al contado –con la consiguiente merma en la tutela de los derechos del consumidor– en lugar de reconducir la cuestión al régimen al que se acogería el que lo satisfizo a plazos. Solución viable por esa innegable similitud subrayada en el texto entre la función económica de este último contrato y la que cumplen los vinculados.

No faltan críticas al funcionamiento del régimen liquidatorio esbozado en el artículo 9 LCC, y a sentencias que no resuelven de modo satisfactorio las obligaciones de restitución surgidas para cada una de las partes o que, sin más, silencian algunos de estos extremos. Carencias ante las que el profesor Marín introduce correcciones acerca de cómo debe articularse la obligación de restituir el capital, diseñando su propio modelo liquidatorio.

En resumen, estamos ante una obra de consulta obligada para quienes deseen conocer los mecanismos de tutela del consumidor en el ámbito de los contratos vinculados y, más ampliamente, para quienes se propongan esquivar con éxito las deficiencias que presenta la Ley de Crédito al Consumo, contando a tal efecto con una selección jurisprudencial rigurosa, que ofrece cualquier perspectiva desde la que se haya intentado superar las numerosas dificultades que van surgiendo en la práctica. Guiados por un jurista excepcional, para el que no queda polémica por tratar ni novedad por descubrir, lo que adivinamos en cada uno de los capítulos y distinguimos tras sus objeciones, se encuentran años de dedicación y prestigio que constituyen pilares perfectos para avalar su visión y la calidad de la presente monografía.

Ana Laura CABEZUELO ARENAS
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

PERKAMS Guido: *Die Auslegung von Testamenten im deutschen und spanischen Recht*, Berlín, Duncker & Humboldt, 2010, 176 pp.

No son, por desgracia, demasiado abundantes las monografías jurídicas que utilizan el derecho español para realizar investigaciones de derecho comparado. El Dr. Guido Perkams nos ofrece una de ellas, dedicada a un tema que, sin duda, podemos calificar de clásico en derecho civil, cual es el de la interpretación del testamento. Se trata de la tesis doctoral del autor, muy al estilo alemán, en que la comparación se realiza en dos bloques separados –primero el derecho alemán y luego el derecho español– en vez de seguir un modelo integrado en que, para cada paso del proceso de interpretación –en el caso de que nos ocupa–, se comparen unitariamente los derechos alemán y español; esta comparación unitaria sólo se realiza en el capítulo 4.º y de manera breve (10 páginas). Por otro lado, y esta es una carencia que hubiera enriquecido sin duda la monografía del autor precisamente por la manera como se aproxima al método hermenéutico de los *negociis mortis causa*, la comparación se centra con exclusividad en el Código civil español, dejando a un lado los derechos civiles autonómicos; digo que es una carencia porque, en comparación con el artículo 675 del Código civil –o el art. 123 de la Ley de Sucesiones aragonesa–, el artículo 421-6 del Código civil de Cataluña –o el art. 132 del Código de Sucesiones de Cataluña, vigente cuando el Dr. Perkams redactaba su tesis en la Ruhr-Universität de Bochum– ofrece un punto de partida diverso, cual es el de la intención –la verdadera voluntad del testador, sin haberse de sujetar necesariamente al significado literal de las palabras utilizadas– frente a la literalidad que subraya inicialmente el artículo 675 (Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador), aunque, y eso es lo destacable, los resultados hermenéuticos que se alcanzan son perfectamente equiparables.

La estructura que ha elegido el Dr. Perkams, por lo que al estudio del Código civil se refiere y que ocupa su capítulo 3.º (el primero es una brevísima introducción, el 2.º concierne al derecho alemán, y el 4.º es la comparación entre ambos, para terminar con las conclusiones del autor) es la siguiente: el lugar de la interpretación testamentaria en la doctrina y la jurisprudencia, los caracteres del testamento, el análisis pormenorizado del texto del artículo 675, los límites de la interpretación, las disposiciones erróneas, la interpretación integradora y la aplicabilidad de las normas sobre interpretación de los contratos al testamento. El elenco de autores citados –irreprochable, pues están los principales autores y obras españoles– cierra este interesante libro con la perspectiva de un jurista alemán sobre la hermenéutica testamentaria. Además, y como buen trabajo comparativo, el autor no se entretiene sólo con la doctrina, sino que también se detiene con cuidado en el análisis de la jurisprudencia, no citando un mero cúmulo de sentencias, antes al contrario, intentando descubrir en ellas la *ratio decidendi* empleada en cada caso.

La mirada de un jurista extranjero suele aportar algunos detalles que pueden pasar desapercibidos para el jurista nacional, por estar más acostumbrado a la norma y dar muchas cosas por presupuestas, y así sucede con quienes estamos más avezados a lidiar con el artículo 675. El Dr. Perkams desmenuza este precepto (pág. 108 y ss.), señalando su origen en parte en el Código civil portugués de 1867 y en parte en el federal mejicano y de la Baja California, lo que le lleva a señalar la cantidad de elementos distintos que se acumulan en las pocas líneas que ocupa este artículo: «sentido literal de sus palabras»,

«claramente», «voluntad del testador», «duda», «intención del testador», «tenor del mismo testamento». Hay, aparentemente, evidentes repeticiones: voluntad e intención del testador, literal y tenor, y palabras a las que la jurisprudencia no parece otorgar sustantividad propia, como «claramente» (págs. 116-117). Todo ello le permite discutir la STS 6.2.1958, que tiene por protagonista un testamento otorgado por un conciudadano de quien escribe esta recensión y el término bastante habitual –en especial cuando la agricultura era el motor económico principal– en la ciudad de Lleida «huerto» (págs. 125-127), y en la que el Alto Tribunal debe tener en cuenta el sentido habitual para el testador teniendo en cuenta que el problema radica en la existencia de una edificación en dicho «huerto».

Empezaba esta recensión señalando que son pocos los trabajos comparados de juristas extranjeros que utilizan como elemento de comparación el derecho español y, hasta donde mi conocimiento alcanza, la tesis del Dr. Perkams es la primera en materia de interpretación del testamento. No conozco, tampoco, monografía sobre la hermenéutica testamentaria alemana que tome en consideración el derecho español. Causa sorpresa agradable al Dr. Perkams que la doctrina española sí haga uso frecuente de la doctrina alemana –así como de la italiana– cuando afronta la cuestión (pág. 156), y que se citen sin mayor problema autores alemanes junto a españoles. Es cierto que la doctrina española busca con muchísima más frecuencia inspiración en la doctrina alemana que alemana que a la inversa, un tema que sin duda merece una reflexión más pausada que excede la pretensión de esta recensión. Pero es verdad que, por ejemplo, en España se hace referencia frecuente a la *Andeutungstheorie*, es decir, a la exigencia de que el resultado interpretativo conseguido tenga un apoyo, aunque mínimo, en el texto del testamento, como salvaguardia al respeto a las solemnidades que se exigen al testamento, aunque ello no impide, sobre la base de dicho apoyo testamentario, acudir con generosidad a la prueba extrínseca como verdadera garantía de que ese resultado interpretativo se corresponde con la verdadera voluntad del testador. Una *Andeutungstheorie* que, como agudamente apunta el Dr. Perkams, carece de soporte normativo en el Código civil alemán.

La conclusión final que obtiene el Dr. Perkams es que, a pesar de partir de preceptos distintos, en derecho alemán y en derecho español los principios de la hermenéutica testamentaria son más que similares: afán por descubrir la verdadera intención del causante más allá de las concretas palabras utilizadas, que son medio interpretativo pero que no limitan la tarea del intérprete a su significado literal, con respeto a la forma testamentaria. En realidad, creo que este es un aspecto de la convergencia espontánea del derecho de sucesiones en Europa, como he escrito en otro lugar, y tengo la sensación que el paulatino tinte subjetivista que indiscutidamente va asumiendo la doctrina y la jurisprudencia tiene mucho a ver con la tendencia a reconocer mayor peso a la voluntad del testador en la sucesión, lo que se está traduciendo aquí y allá en reformas, por ejemplo, de las legítimas. Pero esta es otra discusión que se aleja del meritorio libro del Dr. Perkams, que sólo cabe esperar que motive otros trabajos de igual calidad en que nuestro derecho sea objeto de estudio científico por parte de juristas de otros países.

Antoni VAQUER ALOY
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Lleida

RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*. Ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2009, 336 pp.

Se trata éste de un libro que viene a cubrir una importante laguna entre los tratados doctrinales en materia de responsabilidad civil. Efectivamente hasta ahora no se había tratado con carácter monográfico la incidencia de la responsabilidad civil en el Derecho de familia, especialmente en el ámbito de las relaciones paterno-filiales. Se trataba ésta de una materia poco atendida por la doctrina en consonancia con la poca repercusión que había tenido en nuestros tribunales hasta fecha reciente. Por ello, la doctora Alma Rodríguez Gutiérrez ha acertado eligiendo esta materia que desarrolla con gran soltura, siguiendo un orden sistemático claro y sencillo que revela sus dotes docentes. Además el libro es el resultado de una exhaustiva investigación, cuyos resultados la autora nos va facilitando de forma incesante durante todo el trabajo. En el texto confluyen tanto los antecedentes, como el derecho comparado, como las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales conformando una redacción en la que dicha abundancia de datos e información no menoscaba la agilidad y fluidez que caracterizan la obra.

El libro se divide en dos partes, la primera con tres capítulos y la segunda con cinco capítulos a los que me iré refiriendo en su orden. La primera parte sobre la exclusión tradicional del derecho de daños en el ámbito familiar comprende tres capítulos. En el primero la autora presenta el planteamiento de la cuestión, señala que el libro solo tiene por objeto las reclamaciones entre cónyuges y entre padres e hijos, materia en la que el silencio del Código civil se ha traducido, nos dice, en la exclusión implícita de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares; si bien encuentra tres grupos de casos en los que el Código prevé remedios particulares: Formas específicas de resarcimiento (arts. 97 ó 168 CC), supuestos en los que la sanción supone solo una mera pérdida de derechos (arts. 170, 854.1 ó 855.2 CC) y supuestos en los que no se prevé ningún remedio específico por no imaginar el legislador de 1899 que dicho tipo de daños pudiera reclamarse algún día (ej.: esposa que oculta al marido el hecho de que el hijo que cree suyo no lo es). Pues bien el objeto del libro es determinar si la normativa reguladora de la responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC) es aplicable especialmente a los dos últimos grupos de casos referidos, pues lo cierto es que si bien en España tradicionalmente no se habían presentado demandas de responsabilidad civil en este ámbito es lo cierto que desde 1999 tanto nuestro Tribunal Supremo como nuestras Audiencias han tenido ya ocasión de manifestarse en determinadas ocasiones.

En el capítulo segundo, Alma Rodríguez lleva a cabo un análisis de las posibles razones que han llevado a la tradicional exclusión del derecho de daños en el ámbito familiar:

I. Refiere, en primer lugar, que la ausencia de controversias judiciales por daños entre familiares tienen su origen en una regla moral ajena al Ordenamiento jurídico que vendría determinada por la naturaleza propia de las relaciones familiares. Solo excepcionalmente de mediar un daño cubierto por un seguro de responsabilidad civil o un delito dicha regla se rompería.

II. Seguidamente analiza el modelo de familia que recogen los códigos civiles decimonónicos. Un modelo familiar, de corte patriarcal y jerárquico,

en el que el jefe de familia emite órdenes (deber de obediencia de hijos y esposa), es el patrón (disfruta del resultado del trabajo de los demás miembros de la familia), impone sanciones (*ius punendi*) y responde por los daños causados por sus hijos (responsabilidad inicialmente subjetiva, pero objetivada por nuestra Jurisprudencia). Concluye que dicho modelo, que fue una de las posibles causas para no aplicar las normas generales de responsabilidad civil en el ámbito familiar, no sigue vigente. De hecho, hoy media una nueva concepción de la familia en la que los derechos fundamentales del individuo no quedan sometidos al interés familiar, lo cual permite derribar reglas que durante mucho tiempo han impedido la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil en este tipo de relaciones.

III. A continuación refiere las barreras institucionales impuestas por el propio Código civil. En primer lugar, la brevedad del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual junto a la inexistencia de un mecanismo de suspensión del plazo de prescripción de dicha acción mientras dure la convivencia entre los cónyuges y padres e hijos. En segundo lugar, ya respecto a la concreta relación paterno-filial, la dificultad técnica que tendría un menor para exigir responsabilidad civil frente a sus padres, en tanto que si la reclamación solo fuera contra uno de ellos la ley solo otorgaría la legitimación al otro, lo cual derivaría en una situación sumamente compleja.

IV. Por otro lado, la autora recoge otro obstáculo tradicionalmente esgrimido para negar la responsabilidad civil: El carácter ético o moral de los deberes de familia, especialmente respecto a daños causados por incumplimientos de deberes conyugales o paterno-filiales, cuya indemnización normalmente ha sido denegada por los tribunales. Al respecto considera que si bien son obligaciones legales sin carácter patrimonial, su infracción puede llegar a causar un daño moral resarcible.

V. Igualmente recoge uno de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo para justificar el régimen de inmunidad entre los esposos: esto es, el peligro de proliferación de demandas triviales y aumento de conflictividad en el seno de la familia. Alma Rodríguez señala que en la práctica en aquellos países en los que se han admitido este tipo de demandas no se ha producido la temida inundación de demandas banales. Además considera que la preservación de la paz familiar no debe ser incompatible con la tutela de los derechos de sus miembros. Ahora bien, ¿qué daños han de ser resarcidos? Responde la autora considerando que deberán serlo los comportamientos constitutivos de delito o falta y aquellos que dañen derechos fundamentales. Por ello el juez deberá examinar al decidir si el progenitor no ha ejercido, en el caso concreto, la patria potestad en interés del menor, si su conducta ha conculcado un derecho fundamental del hijo.

VI. Otra objeción que tradicionalmente se recoge es que la indemnización de los daños entre familiares no cumpliría las funciones propias de la responsabilidad civil, pues ni realizaría una función disuasoria, ni compensadora, ni punitiva. Planteamiento que no comparte la autora por entender que la función de logro de justicia conmutativa entre dañante y dañado si se consigue en la reparación de ciertos comportamientos dañosos entre familiares.

VII. Por otra parte refiere que ciertos autores mantienen que la singularidad de las instituciones del Derecho de familia sería incompatible con la aplicación de las normas del Derecho de daños, por tanto que para resolver los ilícitos ocurridos dentro del ámbito familiar solo cabría aplicar las normas

del Derecho de familia. Advierte al respecto Alma Rodríguez que el Código civil es un cuerpo unitario de normas que se interrelacionan y que el artículo 1902 CC es una norma de redacción abierta y no un supuesto de *numerus clausus*. A continuación estudia las normas específicas previstas en el Derecho de familia: Por un lado el Código civil recoge normas que prevén una forma de resarcimiento específico para los daños entre familiares, por otro, normas que prevén un remedio distinto al resarcimiento. Respecto a las primeras, se refiere a las que determinan responsabilidad recogidas en la regulación de los regímenes matrimoniales, que regulan las consecuencias de la crisis matrimonial, la nulidad matrimonial, o prevén el resarcimiento como remedio concreto para determinados tipos de daños entre padres e hijos (arts. 168, 1932 CC). Acto seguido se plantea si estas normas son compatibles con la aplicación de los artículos 1902 y ss. CC, contentando afirmativamente en tanto el régimen general de la responsabilidad civil puede corregir o completar la anterior normativa. Respecto a las segundas (normas que prevén un remedio sin resarcimiento, ej.: por incumplimiento de deberes conyugales...), igualmente considera que pueden completarse de igual forma acudiendo al régimen general de la responsabilidad civil.

El capítulo tercero se refiere a las especialidades que se derivan de la aplicación de la responsabilidad civil al ámbito de la familia. Por un lado respecto al criterio de imputación objetiva considera que no ha de imponerse al familiar agente del daño la obligación de indemnizar en los mismos casos en los que debería hacerlo un tercero según las normas de la responsabilidad civil. Recoge las tres posturas que al respecto se han mantenido: la exigencia de dolo, la exigencia de dolo o culpa grave y la exigencia de una responsabilidad civil objetiva. Al respecto, sobre el canon de diligencia exigible en el ámbito familiar, concluye que en la intimidad puede presumirse un comportamiento menos cuidadoso que en el resto de los ámbitos de la vida por lo que sería razonable fijar un canon privilegiado en este ámbito, limitando la responsabilidad al dolo o culpa grave en el ámbito doméstico. No en otras esferas como el caso de accidentes de tráfico o profesionales.

La segunda parte del libro estudia el daño en el ámbito de las relaciones paterno-filiales y comprende cinco capítulos. El primero se refiere al daño derivado del hecho del carácter extramatrimonial de la filiación. El libro recoge un primer supuesto en el que el hijo demanda a su progenitor por este motivo que fue resuelto en 1963 en los Estados Unidos desfavorablemente a las pretensiones del hijo. Considera la autora que no debería jugar la institución de la responsabilidad civil en este tipo de supuestos pues no es antijurídico procrear un hijo fuera del matrimonio, no hay tal daño y de existir éste, quedaría dentro de los riesgos que la vida obliga a soportar. Sin embargo, si podría tener más éxito la demanda planteada por la madre en caso de que esta última hubiera sido inducida a la convivencia o al mantenimiento de relaciones sexuales por parte del progenitor mediante determinadas maniobras o medios ilícitos en tres supuestos concretos: Cuando en la inducción a la convivencia o al mantenimiento de las relaciones sexuales se hubiera empleado engaño. Bien porque el engaño fuese sobre la promesa del matrimonio hecha sin verdadera intención de contraer matrimonio, supuesto que ya se ha planteado ante nuestro Tribunal Supremo que ha concedido indemnización de daños materiales, pero incomprensiblemente no de daños morales; o bien porque el engaño lo fuese acerca de la condición de casado y por dicho engaño se solicitase una indemnización *ex* artículo 1902 CC. En segundo lugar, la demanda planteada por la madre también podría prosperar si en la inducción

a la convivencia o al mantenimiento de relaciones sexuales se hubiera prevalido una de las partes de su posición de superioridad sobre la otra. Supuesto recogido hoy por el artículo 184.2 CP. Sobresale el estudio que se hace en este punto sobre la jurisprudencia norteamericana, que distingue aquellos casos en los que media responsabilidad aunque el cliente acceda a las relaciones sexuales de forma voluntaria, supuesto de los psiquiatras. Finalmente, recoge como último medio ilícito de inducción la convivencia o el mantenimiento de relaciones sexuales logradas mediante intimidación, tipo agravado del delito de acoso sexual igualmente previsto en el artículo 184.2 CP.

Seguidamente, en el capítulo segundo se refieren los daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad matrimonial por la esposa y posterior engaño sobre la verdadera paternidad del hijo, materia que se aborda ya en la primera parte del libro y que centra la autora en el supuesto de que sea el hijo quien presentara la demanda. En tal caso considera que el comportamiento de la madre que le ha ocultado su verdadera paternidad vulneraría tanto el artículo 39.2 CE como el 15 CE y podría causar serios daños morales y derivados de éstos ciertos daños materiales. En todo caso la madre solo podría ser responsable de concurrir en ella dolo o culpa grave.

El capítulo tercero se centra en los daños resultantes de la negativa de reconocer un hijo extramatrimonial. Distingue dos supuestos, por un lado la responsabilidad civil del progenitor por la falta de reconocimiento voluntario del hijo; por otro, la responsabilidad civil de la madre por omisión de instar la acción de reclamación de paternidad o por su ejercicio tardío. Respecto al primer supuesto, se señala como cierto sector doctrinal es proclive a admitir indemnización de daños materiales y morales, posición que comparte la autora que considera que el hijo junto a las medidas específicas previstas en el Código civil para este supuesto (p. ej.: art. 111 CC) podría también solicitar a su progenitor una indemnización de daños y perjuicios. Dicha indemnización exigiría que se dieran los tres requisitos: Primero, el comportamiento dañoso, al respecto entiende que si bien el reconocimiento del hijo ha de ser voluntario, no puede ser discrecional, pues el hijo tiene un derecho constitucional al conocimiento de su realidad biológica. Segundo, la culpabilidad del agente del daño, es decir la concurrencia de dolo o culpa grave. Si bien el padre que duda razonablemente de su paternidad no sería en principio responsable, si lo sería desde el momento en que no contribuyera voluntariamente a someterse a la prueba biológica para despejar dicha duda. Igualmente tampoco sería responsable en caso de imposibilidad de reconocimiento, supuesto no planteable en España tras la reforma del artículo 133 CC. Tercero, el daño material o moral, subraya Alma Rodríguez que dicho daño moral no podría comprender la reparación del desamor. La cuantía de la indemnización se condicionaría principalmente a la edad del menor en el momento del reconocimiento y en todo caso el daño moral no se acredita automáticamente de la negativa sino que ha de ser probado. La legitimación activa la tendría el hijo e incluso la madre por el sufrimiento propio. Los daños materiales serán igualmente reparados en tanto pérdida de oportunidad de haber disfrutado de asistencia económica, no debiendo ser confundidos con el derecho a alimentos. Respecto al segundo supuesto, la posible responsabilidad de la madre que no insta el ejercicio de la reclamación de paternidad, estima la autora que no existe un verdadero deber jurídico de la madre de interponer dicha acción, debiendo prevalecer como regla general el derecho a la intimidad de la madre sobre el derecho del menor, por lo que no la considera responsable. En el

caso de ejercicio tardío de la acción, considera que no priva al menor de ningún derecho al tratarse de una acción imprescriptible.

Uno de los capítulos que resultan más interesantes es el cuarto en el que se abordan los daños derivados del incumplimiento de ciertos deberes paterno-filiales, que la autora divide en tres grupos de casos: los derivados del incumplimiento del deber de velar, del deber de educar o del derecho-deber de visita. Respecto al incumplimiento del deber de velar, afirma Alma Rodríguez que la diligencia de los progenitores en materias no patrimoniales sobre las que recae la patria potestad ha de extremarse. En este punto distingue el incumplimiento del deber de velar por la salud del hijo del incumplimiento de velar por su seguridad personal. En referencia al primer supuesto, parte el estudio del consentimiento del menor, quien deberá prestarlo siempre salvo que carezca de capacidad natural suficiente (se trata del ejercicio de un derecho fundamental y en tal caso los padres no serían verdaderos representantes legales del menor, simplemente actuarían en cumplimiento del deber de velar por él). Al respecto se plantean varios problemas, ¿qué ocurriría si los padres se negasen a consentir el tratamiento médico o la intervención de su hijo inmaduro alegando motivos religiosos? Considera que en este caso los padres quedan obligados a ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos, si bien, de producir la decisión de los padres daño al menor, éstos serán solo responsables si en el incumplimiento de deber de velar por la salud de su hijo incurrieron en dolo o culpa grave (p. ej.: no buscaron tratamiento alternativo). No obstante ante la negativa de los padres podrán los médicos solicitar la correspondiente autorización judicial *ex* artículo 158 CC. En todo caso, si el menor ha cumplido los 16 años señala la autora que será él quien deba decidir, por tanto el problema se plantea cuando el menor tenga una edad inferior y haya que resolver si posee suficiente capacidad natural o no para decidir, pues la Ley 41/2002 no deja de recoger una fórmula ambigua. En caso de que corresponda al menor decidir, su decisión ha de prevalecer sobre la de sus padres. En tal caso si tanto el menor como sus padres se niegan a la intervención o el tratamiento, considera la autora que los padres no deberían ser considerados responsables (si bien la dificultad estribará aquí en determinar si el menor posee o no suficiente capacidad natural). No obstante ciertos límites legales restringen la posibilidad de que el menor preste su consentimiento, como en el caso de proyectos de investigación médica, procesos de extracción y trasplantes de órganos, aplicación de técnicas de reproducción asistida, uso compasivo de medicamentos en experimentación o el caso del aborto (que ha sido objeto de una reciente reforma legal). Respecto a este último caso, se plantea el supuesto en que los padres pretendieran el embarazo pero la menor se negara o en el que los padres negaran su autorización a pesar del grave peligro que para la salud del menor implicaría continuar con el embarazo. En ambos casos cree la autora que sería ciertamente difícil que pudiera prosperar una reclamación de daños de la menor contra sus padres, por no considerar que mediase culpa grave o dolo en ellos, igualmente tampoco considera que el nacimiento de un niño pudiera justificar la reclamación de un daño moral. Igualmente queda limitado el consentimiento del menor en la normativa específica que regula la cirugía transexual, las donaciones de sangre, o la intervención esterilizadora.

En segundo lugar, y dentro del incumplimiento del deber de velar por el hijo, se estudia el supuesto en que quede perjudicada la seguridad personal del hijo, especialmente en los daños que los hijos sufren como consecuencia de que sus progenitores no hayan adoptado las medidas pertinentes en fun-

ción de las circunstancias. En caso de que el daño se produzca por *culpa in vigilando*, apenas median litigios interpuestos por los hijos contra sus padres, excepto por casos de accidentes laborales o de tráfico en los que median seguros. Defiende Alma Rodríguez que en este tipo de reclamaciones solo sería admisible una responsabilidad subjetiva y señala que para determinar si ha mediado culpa grave o dolo en los padres habrá que atender a la edad del menor, las circunstancias personales de los padres (que en todo caso no pueden hacer dejación de sus deberes) y de las circunstancias objetivas del caso concreto que determinará el nivel de vigilancia exigible (uso de instrumentos o juegos peligrosos...). Se trata de un supuesto de responsabilidad conjunta de ambos padres, si bien de mediar crisis matrimonial será solo responsable el progenitor con el que conviva el hijo, salvo que éste sufra el daño estando con el otro progenitor o no dándose dicho supuesto, que el daño se haya producido por negligencia del otro progenitor. En ocasiones puede que el daño se produzca por la concurrencia de la contribución culposa de los padres junto a la otros agentes sociales, en cuyo caso corresponderá aplicar la compensación de culpas, especialmente si los padres reclaman en nombre propio. (Recoge al respecto un interesante caso de una niña que es enviada por sus padres a un campamento de verano sin advertir a los responsables de la dolencia crónica e irreversible que padecía la menor). Si reclamasen los padres en nombre del menor parece difícilmente justificable que procediera una rebaja en la indemnización.

En segundo lugar, en el capítulo cuarto se estudia el incumplimiento del deber de educar, que considera como una auténtica potestad por realizarse en interés de la otra parte, es decir, del hijo. Este derecho comprende la libertad de los padres para elegir centro docente, planteándose la autora si podría reclamarse una indemnización por la omisión o cumplimiento defectuoso del deber de educar al menor. Contestando afirmativamente pues aunque se trata de un deber moral, no deja de ser un deber impuesto por la ley. Respecto al abuso de los progenitores en los medios utilizados para el ejercicio del deber de educación, a partir de la última reforma del artículo 154 CC concluye que hay que diferenciar entre determinados actos irrelevantes de aquellos otros que sí deberían ser considerados maltrato, pues sería desproporcionado considerar como maltrato ciertos actos de coerción. Las consecuencias jurídico-civiles de la contravención del vigente artículo 154 CC, destaca la prevista en el artículo 170 CC, si bien aboga por otras medidas cuando la violencia sea de un nivel menos intenso, y en todo caso considera justificado que el menor de edad solicite una indemnización *ex* artículo 1902 CC por los daños materiales y morales sufridos. Por último, respecto a la tercera cuestión planteada en este capítulo, el incumplimiento del deber de visita, distingue según si es el progenitor no conviviente el que incumple, o el conviviente el que lo impide. La clave es que al igual que ocurre con el derecho de visita de los abuelos, se trata de un derecho-deber, siendo el sujeto pasivo del derecho, la persona obligada, el titular de la potestad y guarda del menor. De incumplir el progenitor no conviviente con el menor con dolo o culpa grave, están previstas distintas medidas legales (art. 94 CC...), no compartiendo la autora el criterio por algunos defendido de que en tal caso es conveniente privar al progenitor incumplidor de la patria potestad, pues debe prevalecer el beneficio del menor. En el segundo caso, en el que el incumplidor es el progenitor que convive con el menor por obstaculizar el ejercicio del derecho de visita por el otro progenitor, distingue entre las cargas esenciales (facilitarlo) y secundarias (determinadas informaciones) que derivan de dicho derecho. En todo caso, el elenco de

medidas que permite el artículo 158 CC es amplio, desde la mera sanción civil pecuniaria, suspensión del pago de la pensión de alimentos, incluso la privación de la patria potestad, decantándose la autora por el resarcimiento de daños por el progenitor incumplidor, se trata de medidas que han de buscar siempre el beneficio del menor. ¿Cuáles serían los daños causados al hijo? Principalmente daños morales derivados de la lesión a la integridad psíquica del menor, pero también podrían derivarse daños patrimoniales para el progenitor al que se le obstaculiza su derecho de visita (gastos derivados del intento de hacerlo efectivo, ej.: billete de avión, hotel..., y daños derivados de la lesión a la integridad psíquica de dicho progenitor). Y es que como señala la autora, es esta una materia en la que incide el discutido síndrome de alienación parental. Concluyendo Alma Rodríguez que en la fecha de la publicación del libro ninguna sentencia española había aún reconocido el derecho del progenitor no conviviente a reclamar una indemnización al otro progenitor por la obstrucción de su derecho de visita. Debemos decir que Alma ha sido profeta en su tierra y poco después de su publicación, nuestro Tribunal Supremo ha dictado la sentencia de 30 de junio de 2009, en la que por primera vez en nuestro Ordenamiento se condena a un progenitor a indemnizar al otro progenitor por impedirle todo contacto con el hijo de ambos.

El último capítulo del libro analiza los daños prenatales ocasionados por los progenitores. Comienza refiriendo las distintas objeciones que se han planteado a la admisión de la responsabilidad civil en este ámbito. En primer lugar indica como en esta materia la indemnización por daños sí puede concurrir con la prestación de alimentos en tanto no suponen esferas excluyentes (ciertas posiciones afirman lo contrario), en segundo lugar, frente a quienes creen que debe eximirse a los padres por haber dado a los hijos el bien superior de la vida, considera que ni es un caso de compensación de daños, ni se trata de un debate jurídico, sino en su caso moral. Respecto al tercer argumento esgrimido, unidad entre hijo y madre, lo rechaza por mera evidencia científica. Por último frente a quienes afirman que cuando nace la personalidad jurídica, nace ya con una salud lesionada por lo que nada tendría que reclamar, mantiene que el artículo 1902 CC no excluye de su ámbito de aplicación la indemnización por conductas anteriores al nacimiento.

Debe distinguirse entre el supuesto de daños prenatales no transmitidos a los hijos por herencia o contagio de enfermedad de los que deriven de dichas causas. En el primer supuesto a su vez se diferencia entre enfermedades o lesiones causadas de modo indirecto por los progenitores y aquellas otras que no siendo causadas directamente por ellos, podrían haberlas evitado sometiéndose la madre a una intervención o incluso abortando. En el caso de que la enfermedad o lesión sea causada directamente por los padres (pero no transmitida por herencia o contagio), afirma que el menor tendrá derecho a una indemnización en caso de haber sufrido la madre malos tratos del padre que provoquen la lesión del feto, o por la realización por la madre dolosamente de actividades de riesgo o comportamientos que dañen el feto. De mediar solo negligencia en la madre no la considera responsable, si bien recoge el caso excepcional de daño causado al feto por accidente de tráfico provocado por la madre. Análisis distinto merecen las enfermedades o lesiones no causadas directamente por los padres, pero que podrían haber éstos evitado. En primer lugar en el caso de negativa de la madre a someterse a una intervención quirúrgica cuando el niño está en el seno materno, considera la autora que no pesa sobre la madre obligación legal de otorgar tal consentimiento, lo cual no impide que el juez pueda intervenir ordenando la interven-

ción. Por otro lado, en el caso de que la madre decida no abortar cuando es informada por un médico de las graves taras del niño, se subraya que en otros ordenamientos no han prosperado las demandas planteadas por hijo contra madre, siendo la opinión de la autora que tampoco deberían prosperar en el nuestro, por no mediar, en principio, relación de causalidad entre la enfermedad y la conducta de la madre, por no ser el nacimiento de un niño con deficiencias en sí mismo un daño indemnizable y por faltar un comportamiento antijurídico en la madre. Finalmente respecto a los daños prenatales transmitidos a los hijos por herencia o por contagio de enfermedad, parte en su estudio la autora de la famosa sentencia del Tribunal de Píenza de 3 de julio de 1950 (sentencia que condenó a los padres por transmitir por contagio una grave enfermedad al hijo) que no obstante critica pues entiende que falta la imputación objetiva, la conducta reprochable del progenitor. Sostiene que solo deberían ser responsables los padres de mediar dolo o culpa grave; e igualmente considera que tampoco es clara la relación de causalidad, pues no puede decirse que los progenitores hayan provocado directamente la enfermedad de su hijo, especialmente si atendemos a criterios de probabilidad.

José Manuel DE TORRES PEREA

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.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Mochen: «Sentencia de 14 de mayo de 2009: Principio de irretroactividad. Retroactividad de las normas. Retroactividad tácita. Retroactividad en grado mínimo. Nulidad de la cláusula con precio superior al máximo permitido en los contratos de arrendamiento de vivienda de protección oficial. Calificación de vivienda de protección oficial con anterioridad a la actual LAU. Efectos de la nulidad», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 745 ss.
- ALPA, Guido: «Racionabilidad e integración europea», en *RDP*, 2010, núms. 1-2, pp. 73 ss.
- BALANA AZURMENDI, M.^a Jesús: «Autonomía de la voluntad del paciente menor de edad en Navarra», en *RJN*, núm. 48, 2009, pp. 183 ss.
- BEAUDRY, Jonas-Sébastien: «La invalidez ab initio de las leyes de amnistía en América Latina: la contribución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *RGLJ*, n.º 1, 2010, pp. 29 ss.
- BLASCO GIL, Yolanda: «Constitución, codificación y doctrina jurídica del XIX: acerca de la cuestión foral», en *DPC*, núm. 23, 2009, pp. 59 ss.
- BRITO MELGAREJO, Rodrigo: «El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo en *InDret*, 2010-2.
- CONTHE GUTIÉRREZ, Manuel: «Economía y Derecho», en *AAMN*, núm. 49, 2009, pp. 401 ss.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «Sucesiones internacionales y orden público constitucional: la sucesión mortis causa en España cuando la ley aplicable es la de un país de tradición jurídica islámica», en *DPC*, núm. 23, 2009, pp. 149 ss.

- JÉREZ DELGADO, Carmen y PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan: «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones», en *RJUAM*, núm. 19, 2009, pp. 155 ss.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel L.: «Hasta el infinito, y más allá, o la actualidad del derecho foral», en *RGLJ*, n.º 4, 2009, pp. 709 ss.
- LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier: «Elías Díaz y la teoría del derecho en España», en *RJUAM*, núm. 19, 2009, pp. 181 ss.
- LLORENTE SAN SEGUNDO, Inmaculada: «La autotutela y los mandatos de protección en el Derecho Aragonés», en *RDP*, 2010, núms. 1-2, pp. 27 ss.
- LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, Carmen y CUESTA RICO, Francisco: «Tribunal Constitucional español y Derecho de la Unión Europea, 2006-2008», en *RDCE*, núm. 34, 2009, pp. 1011 ss.
- MARTÍNEZ: La escritura pública: entre la autonomía de la voluntad y la inscripción», en *AAMT*, núm. 49, 2009, pp. 253, ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José M.ª: «Los desprecios al Código Civil», en *RJUAM*, núm. 19, 2009, pp. 229 ss.
- PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan y JÉREZ DELGADO, Carmen: «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones», en *RJUAM*, núm. 19, 2009, pp. 155 ss.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eugenia: «El proceso de unificación del Derecho privado europeo: alcance, aplicación a contratos internos y confrontación con los derechos estatales», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7331.
- SÁNCHEZ REYERO, David: «Caducidad de la instancia y el abuso del derecho», en *AC*, 2009-21, pp. 1 ss.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- ALMAGRO NOSETE, José: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de enero de 2010, sobre derecho al honor», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7387.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en materia matrimonial: a propósito de la STJCE de 16 de julio de 2009», en diario *La Ley*, 2009, núm. 7312.
- ARMENTA DEU, M.ª Teresa: «El derecho a la igualdad entre mujer y hombre: tutela procesal civil», en *RGLJ*, núm. 1, 2010, pp. 39 ss.
- BARDAJÍ GÁLVEZ, Dolores: «Transexualidad y derecho de visita», en *RGLJ*, núm. 1, 2010, pp. 125 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia de 14 de septiembre de 2009: Vecindad civil; fraude de ley», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 1093 ss.
- BONET NAVARRO, Ángel: «Sentencia de 9 de julio de 2009: Práctica insuficiente de la prueba por causa de impedimentos generados por terceros y no removidos por el tribunal. Vulneración del derecho constitucional a la práctica de la prueba solicitada integrado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 949 ss.
- CALLEJO CARRIÓN, Soraya: «El derecho al honor a la vista de las últimas Sentencias del Tribunal Supremo (1): estado de la cuestión», en *AC*, 2010-9, pp. 1 ss.
- CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier: «La vulnerabilidad del menor», en *RJNot*, núm. 72, 2009, pp. 9 ss.

- DÍAZ FRAILE, Juan María: «El derecho de opción a la nacionalidad española establecido por la Ley de Memoria Histórica: exégesis de la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7407.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan: El derecho a la autodeterminación terapéutica en la fase terminal», en *RGLJ*, n.º 4, 2009, pp. 691 ss.
- FERRANDO VILLALBA, M.^a de Lourdes: «Denegación de crédito al consumidor y protección de datos personales», en *RDNT*, núm. 21, 2009, pp. 65 ss.
- GARCÍA PONS, Antonio: «Algunas consideraciones a propósito del vigésimo aniversario de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y su relación con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: consecuencias en la actuación notarial», en *RJNot*, núm. 72, 2009, pp. 185 ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «La protección de los discapaces: la autotutela y el poder preventivo de protección», en *AAMN*, núm. 49, 2009, pp. 63 ss.
- GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, José María: «Expedición de copias notariales en supuestos de cambio de sexo tras la Ley 3/2007, de 15 de marzo: ¿una excepción a la literalidad?», en *RJNot*, núm. 71, 2009, pp. 79 ss.
- GONZÁLEZ PASCUAL, M.^a Isabel: «El Tribunal Constitucional Federal Alemán ante la compatibilidad con los Derechos Fundamentales de la normativa nacional de origen europeo de prevención de delitos», en *RDCE*, núm. 34, 2009, pp. 945 ss.
- HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del Mar: «El seguro privado de dependencia como mecanismo de previsión voluntaria de la dependencia (1)», en *RCDI*, 2009, núm. 716, pp. 2863 ss.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Asunción y RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «El Derecho a la propia imagen de los menores en los medios de comunicación», en *RDNT*, núm. 20, 2009, pp. 19 ss.
- LLOVERAS FERRER, Marc-Roger: «El protectorado de fundaciones en el Código civil de Cataluña», en *InDret*, 2010-1.
- MARTÍNEZ OTERO, Juan María: «La protección de los menores ante los medios audiovisuales en el Reino Unido», en *RDNT*, núm. 20, 2009, pp. 85 ss.
- MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: «Difamación por medio de prensa con daños en varios estados: el *locus delicti commissi* a efectos de competencia judicial internacional en el ámbito espacial europeo», en *RGLJ*, n.º 4, 2009, pp. 745 ss.
- MORENO MOZO, Fernando: «Requisitos del nacimiento: análisis del art. 30 del Código Civil», en *AC*, 2009-22, pp. 1 ss.
- «Requisitos del nacimiento: análisis del artículo 30 del Código Civil», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7361.
- MÚÑIZ ESPADA, Esther: «La incapacidad y las reformas del Derecho Contractual», en *DPC*, núm. 23, 2009, pp. 285 ss.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.^a Carmen: «La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar», en *DPC*, núm. 23, 2009, pp. 335 ss.
- «Sentencia de 29 de abril de 2009: Incapacitación judicial. Interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil y demás legislación vigente en materia de incapacitación a efectos de acreditar su adecuación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 317 ss.

- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Una aproximación al régimen jurídico de la sociedad civil sin personalidad: la gran incógnita», en *RJNot*, núm. 71, 2009, pp. 209 ss.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Sentencia de 12 de junio de 2009: Derecho sobre la propia imagen. Persona que ejerce una profesión de proyección pública y es fotografiada», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 495 ss.
- Sentencia de 30 de junio de 2009: Derecho sobre la propia imagen, captada por cámara oculta para difusión en reportaje televisivo de investigación», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 923 ss.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca y HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Asunción: «El Derecho a la propia imagen de los menores en los medios de comunicación», en *RDNT*, núm. 20, 2009, pp. 19 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Utilización de datos personales en el ámbito contractual», en *RGLJ*, n.º 4, 2009, pp. 739 ss.
- SALAS MURILLO, Sofía de: «Tendencias recientes sobre el arrendamiento y el derecho de superficie en el marco del Derecho a la Vivienda», en *DPC*, núm. 23, 2009, pp. 91 ss.
- SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia: Composición, administración y disposición del patrimonio de las fundaciones, en *AC*, 2009-21, pp. 15 ss.
- «¿Es posible hablar de la reversión de los bienes fundacionales?», en *AC*, 2010-5, pp. 1 ss.
- TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina: «Sentencia de 10 de julio de 2009: Pérdida y recuperación de la nacionalidad española. Sucesiones», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 973 ss.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «La solemnidad formal del patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad», en *RCDI*, 2010, núm. 718, pp. 585 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ABELLA RUBIO, José María: «Vicios ocultos en el subsuelo», en *AC*, 2010-5, pp. 15 ss.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Mochen: «Sentencia de 14 de mayo de 2009: Principio de irretroactividad. Retroactividad de las normas. Retroactividad tácita. Retroactividad en grado mínimo. Nulidad de la cláusula con precio superior al máximo permitido en los contratos de arrendamiento de vivienda de protección oficial. Calificación de vivienda de protección oficial con anterioridad a la actual LAU. Efectos de la nulidad», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 745 ss.
- ALONSO PÉREZ, M.^a Teresa: «Sentencia de 23 de junio de 2009: Venta de cosa común por los titulares de una cuota sin contar con el consentimiento de los titulares», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 515 ss.
- «Las cantidades anticipadas a cuenta del precio en la compraventa de vivienda por construir», en *RGLJ*, n.º 1, 2010, pp. 7 ss.
- ÁLVAREZ MORENO, M.^a Teresa: «La protección del consumidor en el mercado inmobiliario: compraventa y arrendamiento de vivienda», en *RDP*, 2009, núms. 11-12, pp. 3 ss.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: «Poderes preventivos: posibles supuestos de ineficacia en la actuación del mandatario antes y después de la modificación del art. 1732 del Código civil», en *RGLJ*, n.º 4, 2009, pp. 661 ss.

- ARCOS VIEIRA, M.^a Luisa: «Sentencia de 4 de marzo de 2009: Acción de responsabilidad contractual ejercitada por la viuda y los hijos de un fumador fallecido por adenocarcinoma de pulmón, contra la empresa Altadis, S.A.», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 185 ss.
- «Sentencia de 4 de marzo de 2009: Responsabilidad extracontractual por los daños causado por un coche de caballos en el recinto ferial durante las fiestas patronales. Responsabilidad del Ayuntamiento organizador: falta de imputación objetiva; riesgo y omisiones. Inexistencia de responsabilidad de los padres del menor único ocupante del carruaje», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 671 ss.
- ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel: «Reflexiones acerca de la directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles *RPJ*, núm. 88, 2009, pp. 133 ss.
- ATIENZA NAVARRO, M.^a Luisa: «La responsabilidad civil», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 55 ss.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas», en *RDDP*, 2009, núm. 23, pp. 309 ss.
- BARRAL VIÑALS, Inmaculada: «Sentencia de 15 de julio de 2009: Donación con cláusula reversional a favor de terceros: configuración y límites. Efectos de la aceptación, de la donación por el primer donatario. Eficacia adquisitiva en el momento de la reversión. Aceptación del segundo donatario», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 565 ss.
- BECH SERRAT, Josep Maria: «Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias», en *Indret*, 2010-1.
- BELLO JANEIRO, Domingo: «La aparcería en Galicia», en *AC*, 2010-4, pp. 1 ss.
- «Sentencia de 13 de octubre de 2009: responsabilidad del centro médico y de los facultativos por ausencia de consentimiento informado. Información adecuada y suficiente. Falta de consentimiento escrito. Prueba del consentimiento por otros medios. Carga de la prueba de la información médica. Incongruencia omisiva. Doctrina jurisprudencial a efectos de casación civil», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 1147 ss.
- «El contrato de vitalicio en la jurisprudencia y en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *RCDI*, 2010, núm. 717, pp. 11 ss.
- «La responsabilidad de los transgénicos», en *PDD*, núm. 79, 2010, pp. 6 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia de 10 de junio de 2009: Arrendamiento de local de negocio celebrado antes del 9 de mayo de 1985; subrogación por fallecimiento del arrendatario; notificación de la subrogación», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 485 ss.
- BERENGUER ALBALADEJO, Cristina: «Sentencia de 15 de junio de 2009: Perfección del contrato de seguro: concurso de la oferta y la aceptación. Valor jurídico de la solicitud y de la proposición de seguro. Requisitos que deben reunir las declaraciones de voluntad de las partes para dar nacimiento al contrato. Los tratos preliminares y el precontrato», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 785 ss.
- BERMEJO PUMAR, María Mercedes: «La hipoteca en garantía de créditos sucesivos: artículo 4 de la Ley 2/1994 (recarga de la hipoteca). Artículo 153-bis de la Ley Hipotecaria (hipoteca recargable). La reutilización de la garantía, facultad del dueño del bien hipotecado», en *RJNot*, núm. 71, 2009, pp. 9 ss.
- BERNAD MAINAR, Rafael: «Precisiones en torno a la relación de causalidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual», en *RCDI*, 2009, núm. 716, pp. 3071 ss.

- «Sobre la función preventiva de la responsabilidad civil», en *RGLJ*, n.º 1, 2010, pp. 65 ss.
- BOSQUES HERNÁNDEZ, Gerardo José: «Sentencia de 30 de junio de 2009: Responsabilidad civil derivada de la interferencia de la madre en las relaciones paterno filiales. El *dies a quo* para ejercer la acción es el momento en que concluye el derecho del padre a relacionarse con su hijo», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 885 ss.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», en *AAMN*, núm. 49, 2009, pp. 115 ss.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: «La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en derecho francés», en *RdDP*, 2009, núm. 23, pp. 191 ss.
- «Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», en *InDret*, 2010-1.
- CARLEO, Roberto: «La noción de bienes de consumo», en *RDP*, 2009, núms. 9-10, pp. 85 ss.
- CARPIO FIESTAS, Verónica del: «Sentencia de 15 de junio de 2009: Desahucio por falta de pago del Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI) y del importe del coste de los servicios y suministros producido a partir de la entrada en vigor de la LAU 1994 en arrendamiento de vivienda con contrato celebrado con anterioridad al 9 de mayo de 1985. Consideración del IBI y de los servicios y suministros como cantidades asimiladas a la renta a los efectos resolutorios del artículo 114, causa 1.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Interpretación extensiva de este precepto», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 817 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Sentencia de 12 de febrero de 2009: Interpretación e integración del contrato. Buena fe contractual en la integración de lagunas. Contratos para la fijación de bases del canon a pagar por el uso del repertorio de la actora, protegido por propiedad intelectual. Ilíquidez de la deuda de dinero», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 145 ss.
- CASADO ROMÁN, Javier: «La Mediación Civil y Mercantil en el ámbito del Derecho comunitario», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7419.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «Sentencia de 10 de marzo de 2009: Las consecuencias jurídicas de la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor: cumplimiento por equivalente pecuniario e indemnización por daños y perjuicios materiales y morales», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 227 ss.
- Sentencia de 6 de noviembre de 2009: Arrendamiento urbano para uso distinto de vivienda con opción a compra. Efectos de la resolución del contrato por la realización de obras incontestadas», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 1203 ss.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Sentencia de 20 de abril de 2009: interés de demora del artículo 20 LCS. Determinación de los intereses “moratorios”, período por el que se devengan y tipo de interés aplicable. Criterios enfrentados: la tesis del tramo único y la de los dos tramos. La Sentencia del Pleno del TS de 1 de marzo de 2007 y la consolidación de la tesis de los dos tramos», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 713 ss.
- COLLADO NUÑO, Miguel Julián: «La responsabilidad civil del juez», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 203 ss.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: «Los criterios especiales de distribución legal de la carga de la prueba recogidos en el texto refundido de la Ley General

- para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *CDJ*, núm. 6, 2008, pp. 207 ss.
- CREMADES GARCÍA, Purificación: «Sentencia de 13 de abril de 2009: Distinción entre precario y comodato. Vivienda familiar de la que el propietario vende a su madre el usufructo continuando el uso como hogar familiar y consintiendo tal continuidad la usufructuaria. Separación conyugal del nudo propietario con atribución judicial del uso de la vivienda a su cónyuge y al hijo de ambos. Improcedencia del desahucio por precario instado por la usufructuaria», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 695 ss.
- CUBILLO CONTRERAS, Ignacio: «La Negociación y la Mediación como sistemas alternativos para la resolución de conflictos: La Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la Mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *AC*, 2010-1, pp. 1 ss.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «Sentencia de 10 de octubre de 2008: Exigibilidad de las deudas de juego contraídas en casino. Prohibición de préstamos para el juego, causa ilícita y nulidad por incumplimiento de normas. Interpretación del artículo 6.3 CC: infracción de normas administrativas. Rectificación de jurisprudencia», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 19 ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Sentencia de 2 de junio de 2009: Contrato de opción onerosa de derecho de superficie con posterior opción de compra. Ejercicio de la opción tras la finalización de las prórrogas pactadas del plazo inicialmente fijado. Pretendida aplicación analógica del art. 1504 CC: improcedencia», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 443 ss.
- EBERS, MARTIN: «De la armonización mínima a la armonización plena», en *InDret*, 2010-2.
- El trabajo analiza la Propuesta de Directiva sobre Derechos de los Consumidores, de 8 octubre de 2008, que pretende revisar las Directivas: 85/577/CEE, sobre negocios celebrados fuera de establecimiento comercial; 97/7/CE, sobre contratos a distancia; 99/44/CE, sobre garantías en las ventas de consumo; y 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas. La Propuesta fusiona estas Directivas en un único instrumento horizontal para regular los aspectos comunes a todas ellas. A su vez, la Comisión desea abandonar la técnica de la armonización mínima seguida hasta la fecha e introducir la de plena armonización.
- EIZAGUIRRE BERMEJO, José María: «Fundamentos del crédito documentario», en *RDM*, 2010, núm. 275, pp. 75 ss.
- ESPIGARES HUETE, José Carlos: «La incertidumbre sobre las cartas de patrocinio en la práctica financiera», en *RDM*, 2010, núm. 275, pp. 127 ss.
- ESTRUH ESTRUCH, Jesús: «La responsabilidad de las entidades de crédito por el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cuenta especial regulada por la Ley 57/1968, de 27 de julio, de Percepción de Cantidades Anticipadas en la Compra de Viviendas en Construcción», en *RdDP*, 2009, núm. 23, pp. 157 ss.
- «Ámbito de aplicación del régimen de garantías en la venta de bienes de consumo», en *RDNT*, núm. 21, 2009, pp. 43 ss.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Sentencia de 29 de abril de 2009: Retracto arrendaticio urbano. Aplicabilidad del art. 135.1 LECiv/2000 al ejercicio del retracto. Momento en que comienza el plazo para retraer ante la falta de notificación fehaciente de la venta al arrendatario», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 301 ss.

- FEDERICO, Claudia y VIVAS TESÓN, Inmaculada: «La responsabilidad aquiliana por daños causados por animales salvajes: su estudio en el Derecho Español e Italiano», en *RdDP*, 2009, núm. 23, pp. 269 ss.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela: «Sentencia de 22 de junio de 2009: Responsabilidad civil por accidente de circulación. Indemnización de daño corporal: determinación de la cuantía de incremento de la indemnización básica por factor de corrección por daños morales complementarios y por gran invalidez, Tabla IV LRCSCVM; gastos resarcibles: gastos de asistencia médica y hospitalaria anteriores y posteriores al informe de sanidad y de transporte vinculados al tratamiento; gastos de adquisición de enseres higiénico-sanitarios; gastos de familiares por estancia durante el ingreso hospitalario», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 8745 ss.
- FERNANDEZ GREGORACI, Beatriz: «La disciplina normativa de la responsabilidad de los agentes de la edificación: un intento de articulación», en *RdDP*, 2009, núm. 23, pp. 255 ss.
- FERRANDO VILLALBA, M.^a de Lourdes: «Denegación de crédito al consumidor y protección de datos personales», en *RDNT*, núm. 21, 2009, pp. 65 ss.
- FERRANTE, Alfredo: «Precio de compra indeterminable, consumidor y acción de reducción del precio: ¿son compatibles en el Draft Common Frame of Reference?», en *InDret*, 2010-1.
- FUGARDO ESTIVILL, Josep Maria: «Los poderes extranjeros en la contratación notarial», en *RJNot*, núm. 72, 2009, pp. 9 ss.
- GALÁN CORTÉS, Julio César: «Sentencia de 30 de junio de 2009: Responsabilidad civil médica. Delimitación de los riesgos típicos de una intervención. Omisión del consentimiento informado: identificación del daño y su cuantificación», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 549 ss.
- Sentencia de 20 de noviembre de 2009: Responsabilidad civil médica. Naturaleza jurídica de la obligación del médico. Reacciones adversas a los medicamentos», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 1223 ss.
- GALLARDO CORRECA, Conrado: «La responsabilidad civil del juez», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 253 ss.
- GALLARDO CASTILLO, M.^a Jesús: «De nuevo sobre el concepto de *lex artis*: especial referencia a la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño desproporcionado o culpa virtual», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7322.
- GARBERÍA LLOBREGAT, José: «Sentencia de 26 de marzo de 2009: Juicio de desahucio. Efectos del pago tardío de la renta en orden a la estimación o a la desestimación judicial del desahucio. Enervación de la acción de desahucio», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 251 ss.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Raúl Luis: «Pacto de no competencia post-contractual, período de prueba e interés industrial», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7314.
- GARCÍA LÓPEZ, Petronila: «Daños causados en viajes turísticos», en *PDD*, núm. 83, 2010, pp. 41 ss.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz y OTERO CRESPO, Marta: «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», en *InDret*, 2010-2.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Sentencia de 3 de febrero de 2009: Prenda de la deuda pública especial contemplada en la Disposición Adicional 13.1 de la Ley 18/ 1991, de 6 de junio, del impuesto sobre la renta de las personas físicas; prohibición legal temporal de disponer y validez de la prenda: interpretación del artículo 1858 del Código civil; la equivalencia entre el desplazamiento posesorio en la prenda ordinaria y la notificación al deu-

- dor del crédito pignorado en la prenda de créditos» en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 107 ss.
- Sentencia de 25 de mayo de 2009: Contrato de mediación o corretaje: régimen jurídico aplicable. El desistimiento unilateral del cliente en contratos pactados por tiempo indefinido o indeterminado: condiciones de ejercicio y consecuencias liquidatorias e indemnizatorias», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 761 ss.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: «Sentencia de 15 de julio de 2009: Resolución de arrendamiento rústico sometido al Código Civil por falta de uso por el arrendatario», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 579 ss.
- GASPAR LERA, Silvia: «Sentencia de 15 de abril de 2009: Nulidad de compraventa por falta de objeto. Restitución por los demandados del precio recibido de los actores con los oportunos intereses, sin que proceda el pago del valor actualizado de la finca», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 287 ss.
- GILI SALDAÑA, M.^a Àngels: «Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías», en *InDret*, 2010-2.
- GILI SALDAÑA, M.^a Àngels y MARÍN GARCÍA, Ignacio: «Sentencia de 27 de mayo de 2009: Responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros por los daños derivados del incumplimiento de sus obligaciones. Culpa extracontractual. Legitimación de los accionistas para el ejercicio de la acción social de responsabilidad frente a los auditores de cuentas. Estipulaciones en favor de terceros. Regla de la mayor reciprocidad de intereses. Doctrina de la unidad de la culpa civil. Plazo de prescripción, cómputo e interrupción», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 1007 ss.
- GILI SALDAÑA, M.^a Àngels y GÓMEZ POMAR, Fernando: «Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución», en *InDret*, 2010-1.
- GÓMEZ BLANES, Pablo: «Sentencia de 21 de mayo de 2009: Fianza. Extinción por prórroga. Novación y modificación del crédito garantizado. Convenio concursal. Fiador socio o administrador. Perjuicio en la subrogación», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 427 ss.
- «La conductio de regreso por pago de tercero», en *RCDI*, 2009, núm. 716, pp. 821 ss.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Sentencia de 21 de noviembre de 2008: Responsabilidad extracontractual por los daños que causó la explosión de la vivienda en que se empleó un plaguicida. Responsabilidad civil del fabricante por producto defectuoso. Responsabilidad del empresario por actos de sus dependientes. Responsabilidad de la Administración Pública», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 83 ss.
- «Sentencia de 4 de junio de 2009: Responsabilidad de la compañía aseguradora de la asistencia sanitaria por los daños causados por los profesionales y centros sanitarios que constan en las listas que distribuye» en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 463 ss.
- Sentencia de 2 de octubre de 2009: Competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de la reclamación civil de responsabilidad extracontractual contra el contratista de una Administración pública», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 1123 ss.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, M.^a Àngels: «Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución», en *InDret*, 2010-1.

- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Sentencia de 30 de junio de 2009: Mandato: extralimitación y ejercicio abusivo del poder. Poder general y donación», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 905 ss.
- GONZÁLEZ TAUSZ, Rafael: «La promoción inmobiliaria encubierta: un fraude de ley», en *RCDI*, 2010, núm. 717, pp. 93 ss.
- GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José Luis: «Intervención judicial en el procedimiento arbitral de consumo», en *RGLJ*, n.º 1, 2010, pp. 99 ss.
- HERAS HERNÁNDEZ, M.^a del Mar: «El seguro privado de dependencia como mecanismo de previsión voluntaria de la dependencia (1)», en *RCDI*, 2009, núm. 716, pp. 2863 ss.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «La protección de los consumidores en los contratos de crédito al consumo no concedidos por entidades de crédito: el problema del sobreendeudamiento después de la nueva Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los contratos de crédito al consumo, una perspectiva desde el derecho comparado», en *AC*, 2010-6, pp. 1 ss.
- «Los distintos tipos de responsabilidades por los daños derivados de la biotecnología», en *PDD*, núm. 83, 2010, pp. 5 ss.
- HILL PRADOS, M.^a Concepción: «La mediación de seguros tras la Ley 26/2006: esa gran desconocida», en *RGLJ*, núm. 1, 2010, pp. 63 ss.
- HUERTA VIESCA, M.^a Isabel: «La venta en pública subasta tras más de una década desde la LOCM», en *RDM*, 2009, núm. 274, pp. 1409 ss.
- JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: «La aplicación del foro contractual del Reglamento de Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros: comentario a la STJCE, Asunto C-204/08: Peter Rehder c. Air Baltic Corporation», en diario *La Ley*, 2009, núm. 7294.
- KARRERA EGIALDE, Mikel Mari y ALONSO CAMINA, Germán: «Sentencia de 3 de abril de 2009: Arrendamientos Urbanos. Cotitularidad del contrato. Subrogación. Bienes gananciales», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 263 ss.
- LAMA AYMÀ, Alejandra: «La muerte de un familiar en accidente de tráfico: cuestiones controvertidas con ocasión de la STS de 1 de abril de 2009», en *InDret*, 2010-2.
- LLÁCER MATAACÁS, M.^a Rosa: «Sentencia de 9 de septiembre de 2009: Nulidad de la cláusula de prórroga indefinida, potestativa para la arrendataria y obligatoria para la arrendadora, en un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda. Integración del contrato que no se efectúa con base en el art. 1581 CC, sino recurriendo analógicamente al art. 515 CC», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 1073 ss.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Formas de reparación el daño (I) y (II)», en *PDD*, núms. 80 y 81, 2010, pp. 5 ss.
- «Contrato de obra, arrendamiento de servicios y resolución unilateral», en diario *La Ley*, 2009, núm. 7308.
- LOBATO, Manuel y PORCUNA DE LA ROSA, Fidel: «La responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información», en diario *La Ley*, 2009, núm. 7304.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: «Contratos electrónicos anulables», en *RDNT*, núm. 21, 2009, pp. 23 ss.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «La autodisciplina como herramienta de protección de la privacidad en materia de comercio electrónico», en *RDNT*, núm. 20, 2009, pp. 55 ss.
- «El valor del silencio en el ámbito del comercio electrónico: comunicaciones, productos y servicios no solicitados», en *RJNot*, núm. 71, 2009, pp. 105 ss.

- LÓPEZ PELÁEZ, Patricia: «La responsabilidad civil y las residencias de personas mayores: especial referencia a los efectos personales introducidos en el establecimiento», en *RCDI*, 2009, núm. 716, pp. 2911 ss.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel y MARÍN GARCÍA, Ignacio: «Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo», en *InDret*, 2010-2.
- MADRID PARRA, Agustín: «Dinero electrónico: reflexiones sobre su calificación jurídica», en *RDBB*, núm. 116, 2009, pp. 9 ss.
- «La titulación de créditos hipotecarios», en *AAMN*, núm. 40, 2009, pp. 87 ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Consecuencias jurídicas de la resolución judicial de la prohibición de disponer sobre bienes inmuebles», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7389.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel: «Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo», en *InDret*, 2010-2.
- MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Sentencia de 13 de mayo de 2009: Retracto voluntario: distinción del retracto convencional y del retracto legal. Calificación del derecho de retracto voluntario como derecho real; eficacia frente a terceros y oponibilidad del retracto voluntario no inscrito en el Registro de la Propiedad», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 379 ss.
- MARÍN NARROS, Héctor Daniel: «La simulación y donaciones encubiertas de inmuebles bajo la forma de compraventas: determinación de sus supuestos y sus efectos», en *RCDI*, 2010, núm. 717, pp. 125 ss.
- «Estudio sobre el concepto y los efectos del precontrato», en *RCDI*, 2010, núm. 718, pp. 487 ss.
- MARTÍ MARTÍ, Joaquim: «Responsabilidad extracontractual por ruidos y vibraciones», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7411.
- MARTÍN OSANTE, José Manuel: «Información, contenido y modificación de los contratos de servicios turísticos», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7315.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: «Problemas jurídico-privados del contrato de compraventa internacional de transgénicos», en *InDret*, 2010-1.
- MARTÍNEZ SAURI, Santiago: «La reciente reforma del desahucio por falta de pago y expiración de plazo», en diario *La Ley*, 2009, núm. 7299.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «La rehabilitación de los contratos bilaterales declarado el concurso. Análisis de los artículos 68, 69 y 70 de la Ley Concursal», en *RDDP*, 2009, núm. 23, pp. 101 ss.
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís: «La prueba del consentimiento informado en la vasectomía: Los claroscuros de una sentencia», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7329.
- MUÑOZ MENDO, Pilar: «¿Arrendamiento de Temporada, Estancia Turística o Time Sharing?», en diario *La Ley*, 2009, núm. 7297.
- NICOLAU, Noemí Lidia: «El principio de razonabilidad en el Derecho Privado de consumo», en *RDP*, 2010, núms. 1-2, pp. 3 ss.
- OSUNA COSTA, Joaquín: «Protección y defensa de los elaboradores y usuarios de programas informáticos», en *RJNot*, núm. 72, 2009, pp. 293 ss.
- OTERO CRESPO, Marta y GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», en *InDret*, 2010-2.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Sentencia de 10 de octubre de 2008: Exigibilidad de las deudas de juego contraídas en casino. Prohibición de préstamos para el juego, causa ilícita y nulidad por incumplimiento de normas. Interpretación del artículo 6.3 CC: infracción

- de normas administrativas. Rectificación de jurisprudencia», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 19 ss.
- PÉREZ CEBADERA, M.^a Ángeles: «La sumisión a arbitraje en los contratos de compraventa de viviendas en construcción: ¿Cláusula abusiva?», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7337.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta: «El alcance de la refundición de la legislación de consumo: ¿hacia un Código de consumidores? La responsabilidad de los transgénicos», en *PDD*, núm. 82, 2010, pp. 5 ss.
- PICÓ LORENZO, Celsa: «Plazo de prescripción en una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública tras una sentencia declarando nulo un acto administrativo», en diario *La Ley*, 2009, núm. 7311.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal: «La responsabilidad civil médico sanitaria derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida», en *RdDP*, 2009, núm. 23, pp. 127 ss.
- PIZARRO MORENO, Eugenio: «La abstención y la recusación como mecanismos de evaluación de la imparcialidad en el arbitraje», en *RdDP*, 2009, núm. 23, pp. 169 ss.
- PORCUNA DE LA ROSA, Fidel y LOBATO, Manuel: «La responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información», en diario *La Ley*, 2009, núm. 7304.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Daños sufridos durante sesiones de aprendizaje deportivo: recorrido jurisprudencial», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7417.
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «Sentencia de 5 de mayo de 2009: Nulidad de contrato por “dolo in contrahendo”: dolo activo y dolo omisivo; indemnización precedente», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 351 ss.
- QUINTANA CARRETERO, Juan: «Poder judicial y responsabilidad. La responsabilidad del Estado juez», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 419 ss.
- PACHECO JIMÉNEZ, M.^a Nieves: «Sentencia de 18 de mayo de 2009: Seguro de responsabilidad civil: responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario cubierta por compañía aseguradora. Improcedencia de recargo por demora: existencia de causa justificada: necesidad de determinación de la indemnización», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 409 ss.
- PARRA TORRES, Venancio: «La posición del consumidor en el contrato de compraventa de vivienda en construcción», en *RUE*, 2009, núm. 20, pp. 279 ss.
- RIVERA SABATÉS, Vidal: «Algunas reflexiones sobre la venta de herencia», en *RDP*, 2009, núms. 9-10, pp. 67 ss.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: «El consentimiento informado. Su evolución jurisprudencial», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7358.
- RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo: «Crisis inmobiliaria e indemnización como consecuencia de las operaciones de reemplazo», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7322.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Utilización de datos personales en el ámbito contractual», en *RGLJ*, n.º 4, 2009, pp. 739 ss.
- ROLDÁN FERNÁNDEZ, Juan Jesús: «La actuación notarial en la contratación de valores», en *AAMT*, núm. 49, 2009, pp. 45 ss.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Sentencia de 30 de junio de 2009: Mayor edificabilidad en la finca de la contractualmente consignada. Posible aplicación analógica de las acciones de cabida. Venta como cuerpo cierto. Mayor “calidad” de la finca. Otros posibles cauces de protección para el adquirente», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 538 ss.

- RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Sentencia de 29 de junio de 2009: Responsabilidad extracontractual. Daños medioambientales. Prescripción. Daños continuados. *Dies a quo*», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 873 ss.
- RUIZ MARTÍNEZ, Víctor: «Las acciones civiles en el marco de las reclamaciones por suelos contaminados», en diario *La Ley*, 2009, núm. 7295.
- SABATER BAYLE, Elsa: «Sentencia de 20 de noviembre de 2008: Préstamo hipotecario declarado nulo por usurario. Cantidad recibida inferior a la realmente entregada. Efectos sobre la cesión del crédito hipotecario: nulidad de la cesión. Invalidez de la novación subjetiva *ex art.* 1208 CC. El adjudicatario», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 61 ss.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.^a Belén: «Sentencia de 9 de mayo de 2008: Contrato de compromiso de compraventa. Sumisión a la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre protección de consumidores en el caso de Contratos Celebrados Fuera de Establecimientos Mercantiles. Ejercicio del derecho de desistimiento *ad nutum* por el comprador», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 657 ss.
- SALAS MURILLO, Sofía de: «Tendencias recientes sobre el arrendamiento y el derecho de superficie en el marco del derecho a la vivienda», en *DPC*, núm. 23, 2009, pp. 91 ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Arrendamiento de temporada vacacional *versus* alojamiento turístico extrahotelero», en *RDP*, 2009, núms. 9-10, pp. 33 ss.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «Sentencia de 21 de julio de 2009: Perjuicio de letras de cambio que garantizan la obligación y en las que el acreedor resulta el tomador de las mismas. Se perjudican si no se han protestado ni se ha ejercitado la acción cambiaria, lo que produce los efectos del pago. Cesión en garantía de las rentas de un arrendamiento. La cesión de las rentas *pro solvendo* se convierte en *pro soluto* por haber dejado el cesionario prescribir los créditos», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 613 ss.
- SANTOS MORÓN, María José: «La exigencia de forma en los contratos con consumidores. Una propuesta de *lege ferenda*», en *RdDP*, 2009, núm. 23, pp. 223 ss.
- SANZ ACOSTA, Luis: «La responsabilidad civil judicial», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 217 ss.
- SARDINA CÁMARA, Pablo: «Análisis jurisprudencial sobre las resoluciones judiciales dictadas por la Audiencia Nacional en relación con la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración en el caso de Forum y Afinsa», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7399.
- SILVOSA TALLÓN, José Manuel: «Los accidentes ocasionados por atropello de especies cinegéticas», en *AC*, 2010-8, pp. 15 ss.
- TALMA CHARLES, Javier: «El ruido como daño», en *PDD*, núm. 78, 2010, pp. 5 ss.
- TARABAL BOSCH, Jaume: «El concepto de *proceeds* en el Artículo 9 UCC», en *InDret*, 2010-1.
- VARA DE PAZ, Nemesio: «Responsabilidad bancaria por robo del contenido de una caja de seguridad», en *RDBB*, núm. 116, 2009, pp. 255 ss.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Fotografía de persona famosa captada en una playa de uso frecuente: Caso Elsa Pataki», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7343.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada y FEDERICO, Claudia: «La responsabilidad aquiliana por daños causados por animales salvajes: su estudio en el Derecho Español e Italiano», en *RdDP*, 2009, núm. 23, pp. 269 ss.

- XIOL RIUS, Juan Antonio: «La imputación objetiva en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo». En *AC*, 2010-2, pp. 1 ss.
- «La responsabilidad civil de los profesionales», en *AAMN*, núm. 49, 2009, pp. 561 ss.
- «El daño moral y la pérdida de oportunidad», en *RGLJ*, núm. 1, 2010, pp. 9 ss.
- ZUBIRI DE SALINAS, Fernando: «Responsabilidad civil del juez», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 231 ss.
- ZURIMENDI ISLA, Aitor: «La garantía legal en la adquisición de bienes de consumo», en *RCDI*, 2010, núm. 717, pp. 151 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ALONSO NÚÑEZ, Manuel: «El derecho turco. Una aproximación al sistema registral turco a propósito de la sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 13 de noviembre de 2008 (definitiva 4 de mayo de 2009)», en *RCDI*, 2010, núm. 718, pp. 631 ss.
- ALONSO PÉREZ, M.^a Teresa: «La accesión inmobiliaria en Derecho catalán», en *AC*, 2010-3, pp. 1 ss.
- ARRIETA SEVILLA, Luis Javier: «La transformación del Registro de la Propiedad», en *RCDI*, 2010, núm. 718, pp. 449 ss.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas», en *RdDP*, 2009, núm. 23, pp. 309 ss.
- BATALLER I RUIZ, Enric: «La protección legal de las bases de datos no originales en los Estados Unidos: análisis de un intento fallido», en *RDNT*, núm. 20, 2009, pp. 73 ss.
- BERMEJO PUMAR, María Mercedes: «La hipoteca en garantía de créditos sucesivos: artículo 4 de la Ley 2/1994 (recarga de la hipoteca). Artículo 153-bis de la Ley Hipotecaria (hipoteca recargable). La reutilización de la garantía, facultad del dueño del bien hipotecado», en *RJNot*, núm. 71, 2009, pp. 9 ss.
- BORRETTO, Mauricio: «Algunas consideraciones sobre las garantías de “ejecución privada” o “extrajudiciales” o “autoliquidables”. Enfoque desde el Derecho argentino», en *RCDI*, 2010, núm. 718, pp. 677 ss.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Los instrumentos de intervención de la Administración en el mercado del suelo y de la vivienda en el RD 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo. Singular consideración del derecho de superficie», en *AC*, 2010-2, pp. 15 ss.
- «Algunas reflexiones sobre el tratamiento registral de la obra nueva en el RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo», en *AC*, 2010-8, pp. 1 ss.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «La accesión invertida: su génesis y evolución en la Jurisprudencia», en *RdDP*, 2009, núm. 23, pp. 25 ss.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «La discutida interpretación de la cláusula del *public use* en el derecho expropiatorio estadounidense: Criterios judiciales y rectificaciones legislativas. Una lectura desde y para el derecho español», en *RJUAM*, núm. 19, 2009, pp. 79 ss.
- COLINA GAREA, Rafael: «Sentencia de 16 de julio de 2009: Interés casacional. Propiedad horizontal. Elementos comunes: obras y alteraciones: consentimiento tácito: hay consentimiento tácito de la Comunidad de Propie-

- tarios y de sus integrantes cuando resulta implícita la aquiescencia a la obra o alteración por haber transcurrido un largo período de tiempo sin que se hubiera efectuado impugnación alguna pese a su notoriedad. Existencia: obras en el patio de luces: transcurso de 20 años sin impugnación», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 985 ss.
- DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio: «La legislación registral del expropiado como medio preferente de intervención en el procedimiento expropiatorio», en *RCDI*, 2009, núm. 716, pp. 2761 ss.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMAIDA, María: «La usucapión de comuneros», en *RCDI*, 2009, núm. 716, pp. 3167 ss.
- JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR, Luis: «La acumulación en la ejecución sobre bienes hipotecados», en *InDret*, 2010-2.
- LAMANA PAIVA, Joao Pedro: «Nuevas perspectivas de los actos notariales: prescripción adquisitiva extrajudicial y su viabilidad en la ordenación jurídica brasileña», en *RCDI*, 2009, núm. 716, pp. 3101 ss.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: «La propiedad privada de los bienes de interés cultural», en *RJNot*, núm. 72, 2009, pp. 253 ss.
- MADRID PARRA, Agustín: «La titulación de créditos hipotecarios», en *AAMN*, núm. 40, 2009, pp. 87 ss.
- MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso: «Eficacia frente a terceros poseedores de las cifras de responsabilidad en la anotación preventiva de embargo y en la hipoteca», en *RJNot*, núm. 71, 2009, pp. 127 ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Consecuencias jurídicas de la resolución judicial de la prohibición de disponer sobre bienes inmuebles», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7389.
- MARTÍN BERNAL, José Manuel: «La propiedad horizontal por parcelas», en *AC*, 2009-22, pp. 15 ss.
- MARTÍN BRICEÑO, M.^a del Rosario: «Interés económico y social de las prohibiciones voluntarias de disponer: su validez y eficacia jurídica», en *AC*, 2010-6, pp. 15 ss.
- MUÑOZ GUIJOSA, M.^a Astrid: «Propiedad privada, función social y texto refundido de la Ley del Suelo», en *RUE*, 2009, núm. 20, pp. 7315 ss.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «Sentencia de 27 de mayo de 2009: Reserva del derecho de sobreedificar y de subedificar en el título constitutivo de la propiedad horizontal y en los estatutos de la comunidad de propietarios. Contenido real del referido derecho», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 773 ss.
- OSUNA COSTA, Joaquín: «Protección y defensa de los elaboradores y usuarios de programas informáticos», en *RJNot*, núm. 72, 2009, pp. 293 ss.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: «La reforma hipotecaria y la financiación empresarial», en *CDC*, núm. 51, 2009, pp. 91 ss.
- PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIERA, Juan Ignacio: «El perecimiento de la cosa en la hipoteca del usufructo constituido solamente sobre un edificio y sus consecuencias jurídicas en el Código Civil español», en *RJNot*, núm. 72, 2009, pp. 315 ss.
- REINA TARTIÈRE, Gabriel: «El negocio jurídico sobre el rango hipotecario», en *RJNot*, núm. 72, 2009, pp. 345 ss.
- RIVES SEVA, José María: «El pago, la distribución del sobrante y la cancelación de cargas en la ejecución hipotecaria», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7316.
- ROMÁN PÉREZ, Raquel de: «Derecho de propiedad intelectual de los artistas intérpretes o ejecutantes como derecho análogo al derecho de autor», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7387.

- SALAS MURILLO, Sofía de: «Tendencias recientes sobre el arrendamiento y el derecho de superficie en el marco del derecho a la vivienda», en *DPC*, núm. 23, 2009, pp. 91 ss.
- SANNA, Paolo: «La accesión invertida en Derecho Italiano», en *RdDP*, 2009, núm. 23, pp. 179 ss.
- TENA ARREGUI, Rodrigo: «Derecho líquido: reflexiones en torno a la ley 41/2007 de Reforma Hipotecaria», en *AAMN*, núm. 49, 2009, pp. 363 ss.

DERECHO DE FAMILIA

- ACEDO PENCO, Ángel: «Reconocimiento constitucional del derecho al matrimonio y al divorcio en los diferentes ordenamientos de Iberoamérica», en *RGLJ*, n.º 4, 2009, pp. 631 ss.
- BARDAJÍ GÁLVEZ, Dolores: «Transexualidad y derecho de visita», en *RGLJ*, núm. 1, 2010, pp. 125 ss.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia», en *DPC*, núm. 23, 2009, pp. 11 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Sentencia de 17 de julio de 2009: La existencia de desequilibrio y el reconocimiento del derecho a compensación pueden producirse en contextos en los que ambos cónyuges conservan independencia económica. Limitación temporal de la pensión: ausencia de interés casacional. Cuestión ya decidida en anteriores sentencias y objeto de reforma legal», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 593 ss.
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis: «Estudio comparativo de la normativa nacional y autonómica de los puntos de encuentro familiar», en *AC*, 2010-1, pp. 15 ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Los nuevos modelos familiares en el derecho civil portugués y su limitada proyección sucesoria (materiales para una reflexión desde y para el derecho español)», en *RDP*, 2009, núms. 9-10, pp. 51 ss.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California», en *InDret*, 2010-1.
- GARCÍA CANO, Sandra: «Nueva regulación tras la ley 54/2007 de adopción internacional de los efectos jurídicos en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras», en *RDF*, 2009, núm. 45, pp. 25 ss.
- GARCÍA GARNICA, M.^a del Carmen: «El síndrome de alineación parental a la luz del interés superior del menor», en *DPC*, núm. 23, 2009, pp. 201 ss.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada: «La ruptura familiar y el menor», en *DPC*, núm. 23, 2009, pp. 125 ss.
- IRURZUN GOICOA, Domingo: «El artículo 1006 y el llamado Derecho de Transmisión: boceto polémico para un ensayo», en *RJNot*, núm. 72, 2009, pp. 199 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «La audiencia del menor en los procesos matrimoniales tras la Ley 15 /2005, de 8 de julio, que modifica el régimen de la separación y el divorcio», en *DPC*, núm. 23, 2009, pp. 249 ss.
- MARTÍN GARCÍA, María del Lirio: «Inscripción en el Registro Civil de la adopción internacional: la protección de la intimidad personal y familiar a través del Registro Civil. Breve reflexión en torno al derecho del adoptado a conocer sus orígenes», en *RDP*, 2010, núms. 1-2, pp. 89 ss.
- MORENO, Víctor: «La liquidación de la sociedad de gananciales derivada de la muerte de uno de los cónyuges: especial referencia al procedimiento aplicable», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7315.

- MORENO VELASCO, Víctor: «La ganancialidad de la indemnización por despido y la prestación por desempleo», en diario *La Ley*, 2009, núm. 7299.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Reflexiones acerca de las sanciones por incumplimiento de las obligaciones alimenticias, contractuales y legales», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7313.
- PAGANO, Luz María: «Régimen legal del divorcio, tenencia y visitas de los hijos menores, alimentos y atribución del hogar familiar en Argentina», en *RDF*, 2009, núm. 45, pp. 245 ss.
- PÉREZ GIMÉNEZ, M.^a Teresa: «La mediación en el marco del protocolo familiar», en *AC*, 2010-9, pp. 15 ss.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: «En torno a la evolución normativa y jurisprudencial de la dispensa del deber de declarar en contra de pariente», en *RDF*, 2010, núm. 46, pp. 25 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Derecho de visitas de los abuelos: su conflicto frente al derecho de visitas de los padres», en *RDF*, 2009, núm. 45, pp. 59 ss.
- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: «El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil», en *AC*, 2010-7, pp. 15 ss.
- TORRES PEREA, José Manuel de: «La reforma del derecho de alimentos en Alemania», en *RdDP*, 2009, núm. 23, pp. 67 ss.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «La obligación de alimentos entre los miembros de la pareja estable», en *RDF*, 2009, núm. 45, pp. 51 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania», en *InDret*, 2010-1.
- BALDUS, Christian: «¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?», en *AAMN*, núm. 49, 2009, pp. 419 ss.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio: «Sucesiones internacionales y orden público constitucional: la sucesión *mortis causa* en España cuando la ley aplicable es la de un país de tradición jurídica islámica», en *DPC*, núm. 23, 2009, pp. 149 ss.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Sentencia de 4 de noviembre de 2009: Testamento otorgado en peligro de muerte. Voluntad del finado de que valiera como testamento la que previamente manifestó a la oficial de la notaría. Invalidez. Testamento *per relationem*. El documento informático no constituye testamento ológrafo y la voluntad expresada *in articulo mortis* no alcanza a manifestar el contenido de una voluntad testamentaria», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 1185 ss.
- GRAMUNT FOMBUENA, Mariló: «Fideicomís de residu versus substitució preventiva de residu: la voluntat expressa», en *InDret*, 2010-1.
- GUITART I GUIXER, Ramona: «Las sucesiones *mortis causa* en el derecho catalán: aspectos fiscales de los fideicomisos», en *RGLJ*, núm. 1, 2010, pp. 95 ss.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, María del Carmen: «La anotación preventiva del legado de parte alícuota», en *RJNot*, núm. 72, 2009, pp. 279 ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Legítima material y legítima formal», en *AAMN*, núm. 49, 2009, pp. 493 ss.

- OLLÉ FAVARO, Joan Carles: «La reforma del derecho de sucesiones en Cataluña», en *AAMN*, núm. 49, 2009, pp. 439 ss.
- RIVERA SABATÉS, Vidal: «Algunas reflexiones sobre la venta de herencia», en *RDP*, 2009, núms. 9-10, pp. 67 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador», en *RJNot*, núm. 72, 2009, pp. 4179 ss.
- «Testamento y capacidad: problemática jurídica de la incapacidad mental del testador», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7349.
- ROMERO PAREJA, Agustín: «Naturaleza, perfección y régimen jurídico de los testamentos. (Primera parte)», en *RJNot*, núm. 71, 2009, pp. 237 ss.
- «Naturaleza, perfección y régimen jurídico de los testamentos (Segunda parte)», en *RJNot*, núm. 72, 2009, pp. 431 ss.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de: «Algunas precisiones sobre el régimen transitorio de la Ley 33/2006, sobre igualdad en la sucesión de los títulos nobiliarios, así como sobre la cesión y la distribución de los mismos», en *RJNot*, núm. 71, 2009, pp. 337 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- ARANZABE PABLOS, Guillermo: «Colegios Profesionales y Defensa de la Competencia: la experiencia vasca», en *GJ*, 2009, núm. 12, pp. 43 ss.
- BLÁZQUEZ TORRES, Luis y ROGERS, Megan: «Los asuntos Glaxo Wellcome e Irish Beef: ¿Qué acuerdos tienen por “objeto” restringir la competencia en Derecho Comunitario?», en *GJ*, 2009, núm. 12, pp. 55 ss.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «La tributación de las entidades de tenencia de valores extranjeros en el Impuesto sobre Sociedades a la luz del Derecho comunitario: reflexiones críticas en relación con las libertades fundamentales de establecimiento y circulación de capitales», en *GJ*, 2010, núm. 15, pp. 45 ss.
- CASADO CERVIÑO, Alberto: «La propiedad industrial ante el reto de la presidencia española. Algunas reflexiones», en *GJ*, 2010, núm. 13, pp. 5 ss.
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana Suyapa: «La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral», en *RdDP*, 2009, núm. 23, pp. 289 ss.
- FRANCH FLUXÁ, Juan: «La sociedad anónima europea ¿solución o problema?», en *GJ*, 2009, núm. 12, pp. 29 ss.
- FUENTES NAHARRO, Mónica: «Distribución selectiva e Internet: análisis de la problemática concurrencial del fenómeno desde las restricciones verticales a la libre competencia», en *RCD*, núm. 6, 2010, pp. 177 ss.
- GÓRRIZ LÓPEZ, Carlos: «Distribución comercial y Derecho de la competencia: pasado, presente y futuro de la exención por categorías de los acuerdos verticales», en *RCD*, núm. 6, 2010, pp. 37 ss.
- JIMÉNEZ LATORRE, Fernando: «Las prácticas comerciales excluyentes del operador dominante», en *GJ*, 2009, núm. 12, pp. 5 ss.
- KOKOTT, Juliane: «El pensamiento económico en el Derecho de la Competencia de la Unión Europea, algunos comentarios a la luz de la reciente

- jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *GJ*, 2010, núm. 14, pp. 7 ss.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos: «Ayudas para redes de nueva generación: ¿impulso a servicios avanzados de comunicación electrónica o caballo de Troya en el sector?», en *GJ*, 2010, núm. 15, pp. 9 ss.
- LÖWHAGEN, Fredrik: «Las asociaciones de empresas en el Derecho de la Competencia español: conceptos básicos y régimen sancionador», en *GJ*, 2010, núm. 14, pp. 45 ss.
- LUCEÑO OLIVA, José Luis: «La protección de la marca frente a la denominación social idéntica», en diario *La Ley*, 2009, núm. 7296.
- MAMBRILLA RIVERA, Vicente: «Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del Derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (y Tercera parte)», en *RCD*, núm. 6, 2010, pp. 75 ss.
- MARCO ARCALÁ, Luis Alberto: «Sentencia de 10 de febrero de 2009: Competencia desleal por aplicación de la cláusula general prohibitiva de la misma, por actos de confusión, de imitación y de explotación y aprovechamiento de la reputación ajena: inexistencia en todos los supuestos enumerados. Signos distintivos: marcas, marca nacional y marca comunitaria, nombre comercial: la mera solicitud de una marca comunitaria sobre un signo cuya protección a través de una marca nacional fue denegada por su colisión con un modelo industrial anterior no constituye per se competencia desleal conforme a la cláusula general prohibitiva de la misma», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 125 ss.
- MARTÍN BAUMEISTER, Bruno: «El recurso de anulación de las regiones europeas con competencias legislativas», en *GJ*, 2010, núm. 15, pp. 27 ss.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Sentencia de 26 de febrero de 2009: Nulidad de un contrato de abanderamiento por vulneración del Derecho antitrust de la Unión Europea. Restitución de las prestaciones realizadas por las partes y sus límites. Propagación de la nulidad a otros contratos vinculados con el de abanderamiento», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 165 ss.
- «Sentencia de 30 de julio de 2009: Nulidad de un contrato de franquicia por vulneración del Derecho antitrust. La aplicación del Derecho de la libre competencia por los órganos jurisdiccionales del orden civil. La nulidad total y parcial del contrato anticoncurrencial. La causa torpe y la culpabilidad de las partes en el art. 1.306.2º del Código Civil. Consecuencias restitutorias de la nulidad», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 1045 ss.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: «La reforma hipotecaria y la financiación empresarial», en *CDC*, núm. 51, 2009, pp. 91 ss.
- PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge: «Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2009, Sala de lo Civil: la jurisdicción civil no es competente para declarar la existencia e ilegalidad de las ayudas públicas... ¿Otra CAMP-SA?», en *GJ*, 2010, núm. 14, pp. 75 ss.
- SALAS PALLARÉS, Lorena: «El cielo ¿(in) finito?: los cielos abiertos y las competencias externas de la Unión Europea», en *GJ*, 2010, núm. 13, pp. 67 ss.
- SAMSÓ LUCAS, Julia: «Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 11 de febrero de 2009 de autorización con compromisos de la concentración Gas Natural / Unión Fenosa», en *GJ*, 2010, núm. 13, pp. 79 ss.
- SÁNCHEZ LINDE, Mario: «El escrutinio en la Junta de accionistas de la sociedad anónima: las labores de verificación y control», en *RJNot*, núm. 71, 2009, pp. 297 ss.

- SANJUÁN MUÑOZ, Enrique: «Grupos de empresas y empresas del grupo: calificación de sus créditos en el concurso de acreedores», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7410.
- SESSANO GOENAGA, Javier Camilo y MARTÍN SANTOS, Sofía: «Ius excludendi vs ius utendi: ¿Puede el titular de una marca comunitaria anterior prohibir el uso de una marca comunitaria registrada posterior y confusoria, o debe anularla previamente?», en *GJ*, 2010, núm. 13, pp. 47 ss.
- SORIANO GARCÍA, José Eugenio: «La potestad sancionadora en la Ley de Defensa de la Competencia», en *GJ*, 2010, núm. 14, pp. 15 ss.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: «Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia», en *RCD*, núm. 6, 2010, pp. 13 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALCALDE SILVA, Jaime: «La extensión temporal del deber de secreto de los administradores sociales», en *RDM*, 2010, núm. 275, pp. 7 ss.
- ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto: «La Junta General de Accionistas y la confirmación de la voluntad social», en *RCDI*, 2009, núm. 716, pp. 3057 ss.
- ALONSO UREBA, Alberto: «La cesión global de activo y pasivo: elementos de caracterización, clases y régimen», en *RDS*, 2009, núm. 33, pp. 19 ss.
- APARICIO GONZÁLEZ, M.^a Luisa: «El gobierno corporativo ante la crisis económico-financiera», en *RJUAM*, núm. 19, 2009, pp. 67 ss.
- BAÑOS FOS, José M.: «La responsabilidad de los administradores en la actual crisis financiera: la encrucijada norteamericana», en *RDM*, 2009, núm. 274, pp. 1499 ss.
- BONARDELL LENZANO, Rafael y CABANAS TREJO, Ricardo: «Reforma y contrarreforma del régimen jurídico de la sociedad en formación», en *CDC*, núm. 51, 2009, pp. 11 ss.
- BOQUERA MATARREDONA, Josefina y LATORRE CHINER, Nuria: «La sociedad privada europea», en *RDS*, 2009, núm. 33, pp. 97 ss.
- CABANAS TREJO, Ricardo y BONARDELL LENZANO, Rafael: «Reforma y contrarreforma del régimen jurídico de la sociedad en formación», en *CDC*, núm. 51, 2009, pp. 11 ss.
- CAMPINS VARGAS, Aurora: «Consideraciones en torno a la delimitación del ámbito de aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales: a propósito de algunas interpretaciones recientes», en *RDS*, 2009, núm. 33, pp. 141 ss.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Notas sobre el traslado internacional de domicilio social de las cooperativas tras la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», en diario *La Ley*, 2009, núm. 7294.
- CIAN, Marco: «La responsabilidad derivada del voto del accionista de las sociedades anónimas (*società per azioni*) en el Derecho italiano», en *RDS*, 2009, núm. 33, pp. 173 ss.
- DIOS MARTÍNEZ, Luis Miguel de: «La OPA por toma indirecta o sobrevenida del control», en *RDS*, 2009, núm. 33, pp. 73 ss.
- ESTEBAN MONATERIO, Ignacio: «Nuevos problemas para reclamar a los Administradores la responsabilidad por deudas sociales», en *AC*, 2010-4, pp. 15 ss.
- GIRBAU PEDRAGOSA, Ramón: «Cuestiones sobre la fusión societaria en la Ley de modificaciones estructurales», en *RDS*, 2009, núm. 33, pp. 159 ss.

- HERNÁNDEZ SAINZ, Esther: «La penúltima reforma del derecho de suscripción preferente en las sociedades anónimas: la adecuación del Derecho español a la STJCE de 18 de diciembre de 2008 y otras modificaciones», en *RDBB*, núm. 117, 2010, pp. 69 ss.
- HUERTA VIESCA, M.^a Isabel: «La responsabilidad de los liquidadores por no liquidación en las Sociedades Anónimas», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7323.
- LATORRE CHINER, Nuria y BOQUERA MATARREDONA, Josefina: «La sociedad privada europea», en *RDS*, 2009, núm. 33, pp. 97 ss.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona: «Administradores sociales y colisión de deberes: información a los socios vs. secreto empresarial», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7409.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, Fernando: «La Derivative Action como medio de tutela de la posición jurídica de socio en las sociedades cotizadas», en *RDBB*, núm. 116, 2009, pp. 143 ss.
- «Subordinación de créditos de socios y concurso de sociedades de capital», en *RDCP*, 2010, núm. 12, pp. 93 ss.
- MOYA BALLESTER, Jorge: «El plazo de prescripción aplicable a la acción individual de responsabilidad de administradores de sociedades de capital (Comentario a la STS de 3 de julio de 2008)», en *RDS*, 2009, núm. 33, pp. 279 ss.
- MUÑOZ GARCÍA, Alfredo: «La imputación jurídica del daño producido al tercero ante la omisión de los deberes exigidos al auditor de cuentas (Comentario a la STS-Sala 1^a- de 9 de octubre de 2009)», en *RDS*, 2009, núm. 33, pp. 265 ss.
- PERDICES HUETOS, Antonio B.: «Sentencia de 3 de noviembre de 2009: Sociedades anónimas. Compromiso actual de transmisión de las acciones de la sociedad futura», en *CCJC*, núm. 83, 2010, pp. 1167 ss.
- PÉREZ MILLÁN, David: «Presupuestos y fundamento jurídico de la impugnación de acuerdos sociales por incumplimiento de pactos parasociales», en *RDBB*, núm. 117, 2010, pp. 231 ss.
- PÉREZ TROYA, Adoración: «Acerca de la aportación a capital de derechos de propiedad industrial», en *RDM*, 2009, núm. 274, pp. 1369 ss.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Amalia: «El principio de igualdad de los accionistas y exclusión del derecho de suscripción preferente», en *RDM*, 2009, núm. 274, pp. 1469 ss.
- RONCERO SÁNCHEZ, Antonio: «La compra y venta forzosas de acciones (*sell out* y *squeeze out*)», en *RDS*, 2009, núm. 33, pp. 45 ss.
- SÁEZ LACAWE, M.^a Isabel: «Por qué prohibir las restricciones del derecho de voto?», en *InDret*, 2010-2.
- SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín: «La acción individual de responsabilidad en el marco de la crisis disolutiva y concursal de la sociedad de capital: especial referencia al cierre de hecho», en *RDM*, 2009, núm. 274, pp. 1326 ss.
- SÁNCHEZ LINDE, Mario: «La proporcionalidad entre votos y capital en la Sociedad Anónima. Reflexiones en torno a la mayoría económica en la Junta de accionistas», en *RCDI*, 2010, núm. 718, pp. 551 ss.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «El requisito de la proporcionalidad en el ejercicio de «derechos especiales del Estado» en grandes empresas privatizadas (sociedades cotizadas) que operan en sectores estratégicos o de servicio público», en *RDBB*, núm. 116, 2009, pp. 209 ss.
- TAPIA HERMIDA, Antonio: «La supresión de derecho de suscripción preferente en las sociedades cotizadas y una cuestionable modificación legal

(Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Primera, de 18 de diciembre de 2008, asunto C-338/06, Comisión de las Comunidades contra Reino de España)», en *RDS*, 2009, núm. 33, pp. 237 ss.

VARGAS VASSEROT, Carlos: «El sistema de publicidad legal de las cooperativas. Un problema pendiente de resolución», en *RDS*, 2009, núm. 33, pp. 129 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

HUERTA VIESCA, M.^a Isabel: «Práctica y crítica de las obligaciones de las entidades de crédito respecto de sus clientes en prevención del blanqueo de capitales», en *RDBB*, núm. 117, 2010, pp. 117 ss.

HUERTA VIESCA, M.^a Isabel y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «Emisores e Internet ante los Criterio de la CNMV para la gestión de noticias y rumores difundidos sobre valores cotizados», en *RDBB*, núm. 116, 2009, pp. 167 ss.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio: «Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los valores depositados en un intermediario», en *RDBB*, núm. 117, 2010, pp. 9 ss.

ROLDÁN FERNÁNDEZ, Juan Jesús: «La actuación notarial en la contratación de valores», en *AAMT*, núm. 49, 2009, pp. 45 ss.

RODRÍGUEZ MÍNGUEZ, José Antonio: «Recate de entidades financieras y ayudas estatales: una necesaria relectura del caso Credit Lyonnais a la luz de la actual crisis mundial», en *RDBB*, núm. 117, 2010, pp. 141 ss.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel y HUERTA VIESCA, M.^a Isabel: «Emisores e Internet ante los Criterio de la CNMV para la gestión de noticias y rumores difundidos sobre valores cotizados», en *RDBB*, núm. 116, 2009, pp. 167 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel: «Reflexiones acerca de la directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *RPJ*, núm. 88, 2009, pp. 133 ss.

CASADO ROMÁN, Javier: «La mediación civil y mercantil en el ámbito del Derecho comunitario», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7419.

EIZAGUIRRE BERMEJO, José María: «Fundamentos del crédito documentario», en *RDM*, 2010, núm. 275, pp. 75 ss.

ESPIGARES HUETE, José Carlos: «La incertidumbre sobre las cartas de patrocinio en la práctica financiera», en *RDM*, 2010, núm. 275, pp. 127 ss.

GARCÍA GONZÁLEZ, Raúl Luis: «Pacto de no competencia post-contractual, período de prueba e interés industrial», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7314.

HUERTA VIESCA, M.^a Isabel: «La venta en pública subasta tras más de una década desde la LOCM», en *RDM*, 2009, núm. 274, pp. 1409 ss.

LOBATO, Manuel y PORCUNA DE LA ROSA, Fidel: «La responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información», en diario *La Ley*, 2009, núm. 7304.

- MADRID PARRA, Agustín: «Dinero electrónico: reflexiones sobre su calificación jurídica», en *RDBB*, núm. 116, 2009, pp. 9 ss.
- PORCUNA DE LA ROSA, Fidel y LOBATO, Manuel: «La responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información», en diario *La Ley*, 2009, núm. 7304.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «El contrato de aseguramiento de emisiones y ofertas públicas de venta de valores», en *RDBB*, núm. 116, 2009, pp. 85 ss.
- VARA DE PAZ, Nemesio: «Responsabilidad bancaria por robo del contenido de una caja de seguridad», en *RDBB*, núm. 116, 2009, pp. 255 ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- ALBA FERNÁNDEZ, Manuel: «La regulación de los títulos valores emitidos individualmente en soporte electrónico», en *RDBB*, núm. 117, 2010, pp. 39 ss.
- MADRID PARRA, Agustín: «La titulización de créditos hipotecarios», en *AAMN*, núm. 40, 2009, pp. 87 ss.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio: «Algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de los valores depositados en un intermediario», en *RDBB*, núm. 117, 2010, pp. 9 ss.
- ROLDÁN FERNÁNDEZ, Juan Jesús: «La actuación notarial en la contratación de valores», en *AAMT*, núm. 49, 2009, pp. 45 ss.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «Sentencia de 21 de julio de 2009: Perjuicio de letras de cambio que garantizan la obligación y en las que el acreedor resulta el tomador de las mismas. Se perjudican si no se han protestado ni se ha ejercitado la acción cambiaria, lo que produce los efectos del pago. Cesión en garantía de las rentas de un arrendamiento. La cesión de las rentas pro solvendo se convierte en pro soluto por haber dejado el cesionario prescribir los créditos», en *CCJC*, núm. 82, 2010, pp. 613 ss.

DERECHO CONCURSAL

- ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio: «Las posibilidades de actuación sobre los contratos del personal de alta dirección en las empresas en concurso», en *RDCP*, 2010, núm. 12, pp. 145 ss.
- BONET NAVARRO, Ángel: «La reforma del incidente concursal», en *ADCon*, núm. 19, 2010, pp.9 ss.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María: «La quiebra a través de la novela», en *ADCon*, núm. 19, 2010, pp. 211 ss.
- CUENA CASAS, Matilde: «El derecho de alimentos en el concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 20, 2010, pp. 65 ss.
- «La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso», en *RDCP*, 2010, núm. 12, pp. 71 ss.
- DÍAZ MORENO, Alberto: «El tiempo de la comunicación y la clasificación de los créditos», en *ADCon*, núm. 20, 2010, pp. 39 ss.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, María: «Crisis de constructoras e inmobiliarias y protección de los compradores», en *RDCP*, 2010, núm. 12, pp. 119 ss.

- FERNÁNDEZ TORRES, Isabel: «Algunas consideraciones en torno a la refinanciación de deuda y la posibilidad de no presentar declaración de concurso: (a propósito del auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 y Mercantil de Córdoba de 10 de septiembre de 2009)», en *RDCP*, 2010, núm. 12, pp. 257 ss.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María: «Notas sobre la liquidación anticipada», en *ADCon*, núm. 20, 2010, pp. 235 ss.
- FERRÉ FALCÓN, Juan: «La quiebra de la Casa de Armengol Gener e Hijos», en *ADCon*, núm. 19, 2010, pp. 225 ss.
- GALEOTE MUÑOZ, María del Pilar: «El sistema de publicidad de las resoluciones concursales», en *ADCon*, núm. 20, 2010, pp. 277 ss.
- «Los acuerdos extrajudiciales en fase preconcursal», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7375.
- GARCÍA ARRUFAT, Enrique: «Letras descontadas en el momento de la declaración de concurso y aún no vencidas», en *ADCon*, núm. 19, 2010, pp. 473 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Vicente: «¿Un régimen especial para el concurso del consumidor?: notas sobre la liberación de deudas pendientes», en *ADCon*, núm. 20, 2010, pp. 205 ss.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma: «La acumulación de concursos», en *ADCon*, núm. 20, 2010, pp. 109 ss.
- GARRIDO, José María: «Titulización de cuotas derivadas de contratos de arrendamiento financiero y concurso del cedente», en *ADCon*, núm. 19, 2010, pp. 429 ss.
- GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, Jacinto: «Algunas cuestiones sobre la comunicación de los créditos concursales», en *RDCP*, 2010, núm. 12, pp. 219 ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto: «En torno al nuevo artículo 5.3 de la Ley Concursal», en *ADCon*, núm. 19, 2010, pp. 115 ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés: «La liquidación concursal anticipada», en *RDM*, 2009, núm. 274, pp. 1275 ss.
- HERRERO, Manuel-Leonardo: «Los honorarios del profesional económico por servicios en la solicitud y en la tramitación del concurso», en *ADCon*, núm. 19, 2010, pp. 127 ss.
- ITURRIOZ DEL CAMPO, Javier y MARTÍN LÓPEZ, Sonia: «Algunas especialidades financieras del concurso de acreedores de la sociedad cooperativa», en *ADCon*, núm. 19, 2010, pp. 189 ss.
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes: «La delimitación de la competencia judicial internacional de las sociedades en el proceso concursal», en *RDCP*, 2010, núm. 12, pp. 197 ss.
- MAIRATA LAVIÑA, Jaime: «Imprudencia de la calificación culpable del concurso: por una suma de irregularidades contables no relevantes en sí mismas : a propósito de la sentencia de la SAP Madrid 24 de marzo de 2009», en *RDCP*, 2010, núm. 12, pp. 269 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Los efectos del concurso del empresario en el sistema arbitral de consumo», en *ADCon*, núm. 19, 2010, pp. 89 ss.
- MARTÍN REYES, M.^a de los Ángeles: «El perjuicio como fundamento de la acción rescisoria concursal», en *RDCP*, 2010, núm. 12, pp. 167 ss.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «La rehabilitación de los contratos bilaterales declarado el concurso. Análisis de los artículos 68, 69 y 70 de la Ley Concursal», en *RdDP*, 2009, núm. 23, pp. 101 ss.

- MUÑOZ DE BENAVIDES, Carmen: «La comunicación del artículo 5.3 de la Ley Concursal a la luz de la jurisprudencia», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7419.
- ORDIZ FUERTES, Concepción: «La interpretación del devengo de los tributos a efectos de su clasificación como créditos contra la masa: (sentencias del Tribunal Supremo de 1 y 20 de septiembre de 2009)», en *RDCP*, 2010, núm. 12, pp. 305 ss.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La compatibilidad de la rescisoria concursal con otras acciones de impugnación de actos y contratos», en *ADCon*, núm. 19, 2010, pp. 45 ss.
- PINTÓ RUIZ, José Juan: «La aplicación del artículo 87.6 de la Ley Concursal: (literalidad y justicia del caso concreto)», en *ADCon*, núm. 19, 2010, pp. 443 ss.
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES y DE TORRES, Alfonso: «La existencia de activo realizable como requisito de procedibilidad en el concurso», en *RDCP*, 2010, núm. 12, pp. 37 ss.
- ROQUETA BUJ, M. Remedios: «La insolvencia concursal y el Fondo de Garantía Salarial», en *RDCP*, 2010, núm. 12, pp. 19 ss.
- SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín: «La acción individual de responsabilidad en el marco de la crisis disolutoria y concursal de la sociedad de capital: especial referencia al cierre de hecho», en *RDM*, 2009, núm. 274, pp. 1326 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Refinanciación y reintegración concursal», en *ADCon*, núm. 20, 2010, pp. 9 ss.
- SANJUÁN MUÑOZ, Enrique: «Grupos de empresas y empresas del grupo: calificación de sus créditos en el concurso de acreedores», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7410.
- TOBÍO RIVAS, Ana María: «Los privilegios en la Ley concursal, ¿reducción o reordenación?», en *ADCon*, núm. 20, 2010, pp. 185 ss.
- URÍA FERNÁNDEZ, Francisco: «El régimen concursal aplicable a los acuerdos de compensación contractual: estado de la cuestión», en *RDCP*, 2010, núm. 12, pp. 59 ss.
- VATTERMOLI, Daniele: «Chapter 11 y tutela de los acreedores: (anotaciones al caso Lehman Brothers)», en *ADCon*, núm. 19, 2010, pp. 159 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- AGUILLAUME GANDASEGUI, Guillermo: «Post Scriptum al trabajo sobre el silencio administrativo en las licencias urbanísticas: reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009», en *RDU*, 2009, núm. 252, pp. 57 ss.
- ALENZA GARCÍA, José Francisco: «Cambio climático y modificación de un plan de ordenación de los recursos naturales (Comentario a la STSJ de Castilla y León de 8 de enero de 2008)», en *RDU*, 2009, núm. 254, pp. 151 ss.
- ARENAS CABELLO, Francisco Julio: «La planificación local de los residuos de construcción y demolición», en *RDU*, 2009, núm. 253, pp. 175 ss.
- CABRAN GONZÁLEZ-SICILIA, Ángel: «La regla de la no adquisición por silencio de facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística», en *RDU*, 2009, núm. 252, pp. 11 ss.

- CARLÓN RUIZ, Matilde: «La ordenación del litoral y su entrecruzamiento con la legislación de costas: una visión panorámica. Parte primera», en *RUE*, 2009, núm. 20, pp. 53 ss.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Los instrumentos de intervención de la Administración en el mercado del suelo y de la vivienda en el RD 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo. Singular consideración del derecho de superficie», en *AC*, 2010-2, pp. 15 ss.
- «Algunas reflexiones sobre el tratamiento registral de la obra nueva en el RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo», en *AC*, 2010-8, pp. 1 ss.
- «El acceso al registro de propiedad de los actos con trascendencia urbanística: reflexiones sobre el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo», en *RPJ*, núm. 88, 2009, pp. 87 ss.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «El régimen jurídico de la sustitución de los deberes de entrega de terrenos en las actuaciones de transformación urbanística. La denominada monetarización», en *RDU*, 2009, núm. 253, pp. 11 ss.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica: «El suelo urbanizable como situación básica del suelo en el texto refundido de la ley de suelo de 2008: usos y obras autorizables», en *RDU*, 2009, núm. 254, pp. 27 ss.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco: «Marco normativo y técnicas de intervención en materia de ahorro y uso eficiente del agua», en *RDA*, núm. 17, 2010, pp. 15 ss.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «Externalización del otorgamiento de licencias urbanísticas y defensa de la competencia: esbozo de unas relaciones conflictivas», en *RUE*, 2009, núm. 20, pp. 95 ss.
- «La aplicación (e inaplicación) del sistema de valoraciones del Texto Refundido de la Ley de Suelo», en *RUE*, 2009, núm. 20, pp. 111 ss.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael: «La ejecución de las sentencias en el ámbito urbanístico», en *RUE*, 2009, núm. 20, pp. 15 ss.
- FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, Gonzalo: «El control de acceso a la Vivienda con Protección Pública (VPP) para venta o uso propio: el visado en la Comunidad de Madrid (1ª parte)», en *RDU*, 2009, núm. 252, pp. 99 ss.
- «El control de acceso a la Vivienda con Protección Pública (VPP) para venta o uso propio: el visado en la Comunidad de Madrid (2ª parte)», en *RDU*, 2009, núm. 253, pp. 125 ss.
- GARCÍA DEL PRADO, Jesús: «Impugnación del planteamiento general y consecuencias», en *RDU*, 2009, núm. 253, pp. 55 ss.
- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando: «Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de ruina», en *RUE*, 2009, núm. 20, pp. 151 ss.
- MARINA JALVO, Belén: «El derecho a exigir a las administraciones públicas la adopción de las medidas necesarias para garantizar la calidad del aire», en *RDA*, núm. 17, 2010, pp. 41 ss.
- MARTÍN VALDIVIA, Salvador María: «La ocupación directa como modalidad expropiatoria y su actual falta de cobertura legal. La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 marzo 2009 y la anulación del planeamiento general en cuanto imponga la ocupación directa como forma de obtención de terrenos dotacionales en contra del criterio de los particulares», en *RUE*, 2009, núm. 20, pp. 179 ss.

- MUÑOZ GUIJOSA, M.^a Astrid: «Propiedad privada, función social y Texto Refundido de la Ley del Suelo», en *RUE*, 2009, núm. 20, pp. 7315 ss.
- MUSTAFÁ TOMÁS, Yásser-Harbi: «Régimen de las transferencias y reservas de aprovechamiento urbanístico. En especial, el régimen de la Comunidad Valenciana», en *RDU*, 2009, núm. 252, pp. 65 ss.
- ORTEGA BERNADO, Julia: «Las entidades locales en la lucha contra el ruido (estudio de las competencias locales en el nuevo marco de la legislación básica estatal de protección de la contaminación acústica: ley 37/2003 y reglamentos que la desarrollan)», en *RDU*, 2009, núm. 252, pp. 155 ss.
- «Iniciativa y responsabilidad de las Entidades locales en la lucha contra la contaminación: el fundamento originario de la potestad reglamentaria local y el alcance de la obligación de adaptarse y ejecutar con eficacia la legislación ambiental en los casos de contaminación lumínica y acústica», en *RDA*, núm. 17, 2010, pp. 61 ss.
- PARRA TORRES, Venancio: «La posición del consumidor en el contrato de compraventa de vivienda en construcción», en *RUE*, 2009, núm. 20, pp. 279 ss.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, José Manuel: «Criterios territoriales y urbanísticos para una gestión integral de los usos turísticos en el litoral asturiano», en *RDU*, 2009, núm. 253, pp. 89 ss.
- RUIZ CHECHA, Ángel: «Función consultiva en materia de urbanismo: doctrina del consejo de estado y del consejo consultivo de Castilla la Mancha en relación con las zonas verdes y espacios públicos», en *RDU*, 2009, núm. 254, pp. 67 ss.
- SUBRA DE BIEUSSES, Pierre: «A propósito de algunos aspectos recientes del derecho urbanístico en Francia», en *RUE*, 2009, núm. 20, pp. 37 ss.
- VALENCIA MARTÍN, Germán: «La prevención y control de las emisiones en la Ley de calidad del aire y protección de la atmósfera», en *RDA*, núm. 17, 2010, pp. 165 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ALPA, Guido: «Racionabilidad e integración europea», en *RDP*, 2010, núms. 1-2, pp. 73 ss.
- BOQUERA MATARREDONA, Josefina y LATORRE CHINER, Nuria: «La sociedad privada europea», en *RDS*, 2009, núm. 33, pp. 97 ss.
- CUESTA RICO, Francisco y LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, Carmen: «Tribunal Constitucional español y Derecho de la Unión Europea, 2006-2008», en *RDCE*, núm. 34, 2009, pp. 1011 ss.
- GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto: «Desarrollo y Seguridad en la jurisprudencia del TJCE. Los límites al discurso de la coherencia en la acción exterior de la Unión Europea», en *RDCE*, núm. 34, 2009, pp. 867 ss.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: «La transposición de la Directiva de servicios: aspectos normativos y organizativos en el Derecho español» en *REDE*, núm. 32, 2009, pp. 469 ss.
- GONZÁLEZ PASCUAL, M.^a Isabel: «El Tribunal Constitucional Federal Alemán ante la compatibilidad con los Derechos Fundamentales de la normativa nacional de origen europeo de prevención de delitos», en *RDCE*, núm. 34, 2009, pp. 945 ss.
- JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: «La aplicación del foro contractual del Reglamento de Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros: comentario

- a la STJCE, Asunto C-204/08: Peter Rehder c. Air Baltic Corporation», en diario *La Ley*, 2009, núm. 7294.
- LATORRE CHINER, Nuria y BOQUERA MATARREDONA, Josefina: «La sociedad privada europea», en *RDS*, 2009, núm. 33, pp. 97 ss.
- LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, Carmen y CUESTA RICO, Francisco: «Tribunal Constitucional español y Derecho de la Unión Europea, 2006-2008», en *RDCE*, núm. 34, 2009, pp. 1011 ss.
- OVEJERO PUENTE, Ana María: «Los límites al ejercicio de derechos en los partidos políticos, según el Convenio Europeo de Derechos Humanos: comentario a la Sentencia de Ilegalización de HB» en *REDE*, núm. 32, 2009, pp. 561 ss.
- PAREJO ALFONSO, Luciano José: «La Directiva Bolkenstein y la Ley para-guas: ¿Legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado “autoritativo”?» en *REDE*, núm. 32, 2009, pp. 431 ss.
- PÉRE RIVARÉS, Juan Antonio y VIGUER PONT, Jordi: «Cuestiones suscitadas por la transposición de la Directiva Bolkestein en el ámbito de los equipamientos comerciales» en *REDE*, núm. 32, 2009, pp. 507 ss.

DERECHO PROCESAL

- ALONSO SALGADO, Cristina: «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *InDret*, 2010-2.
- En el presente trabajo se analizan los artículos 137 a 144 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, relativos a la presencia judicial en declaraciones, pruebas y vistas, publicidad de las actuaciones orales, secreto de las deliberaciones de los tribunales colegiados, información sobre las actuaciones, acceso a libros, archivos y registros judiciales, lengua oficial, intervención de intérpretes y documentos redactados en idioma no oficial.
- ALT, Eric: «La responsabilidad personal de los magistrados en Francia», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 545 ss.
- ASÍS ROIG, Agustín de: «La motivación de las decisiones judiciales», en *CDJ*, núm. 6, 2008, pp. 233 ss.
- ATIENZA NAVARRO, M.^a Luisa: «La responsabilidad civil», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 55 ss.
- CASADO ROMÁN, Javier: Estudio del artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil: el *amicus curiae*», en diario *La Ley*, 2009, núm. 7296.
- «La mediación civil y mercantil en el ámbito del Derecho comunitario», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7419.
- COLLADO NUÑO, Miguel Julián: «La responsabilidad civil del juez», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 203 ss.
- COMAS DE ARGEMIR CENDRA, Montserrat: «La responsabilidad disciplinaria de los jueces», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 407 ss.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: «Los criterios especiales de distribución legal de la carga de la prueba recogidos en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *CDJ*, núm. 6, 2008, pp. 207 ss.
- DAMIÁN MORENO, Juan: «La ejecución provisional de sentencias en el proceso civil», en *RJUAM*, núm. 19, 2009, pp. 113 ss.
- ESCRIBANO TESTAUT, Pedro: «La responsabilidad disciplinaria de los jueces y magistrados», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 347 ss.

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «La hora de la justicia: Reformas procesales pendientes», en *RJUAM*, núm. 19, 2009, pp. 129 ss.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: «El recurso de casación civil foral en la doctrina del TSJ de Navarra», en *RJN*, núm. 48, 2009, pp. 11 ss.
- GALLARDO CORRECA, Conrado: «La responsabilidad civil del juez», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 253 ss.
- GARCÍA MORENO, José Miguel: «Algunas notas sobre la responsabilidad de los jueces en Inglaterra y Gales», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 559 ss.
- GIMENO SENDRA, José Vicente: «La casación civil y su reforma», en *AAMT*, núm. 49, 2009, pp. 13 ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Análisis práctico de la reforma procesal civil por la Ley 13/2009, de 23 de noviembre, de la Oficina Judicial», en diario *La Ley*, 2010, núm. 7348.
- MARTÍN PASTOR, José: «Oposición a la ejecución provisional e impugnación de actos ejecutivos de la misma según las normas de la ejecución ordinaria o definitiva», en *RPJ*, núm. 88, 2009, pp. 177 ss.
- MENDIZÁBAL ALLENDE, Rafael: «Los órdenes jurisdiccionales. La determinación legal del juez», en *CDJ*, núm. 6, 2008, pp. 61 ss.
- ORTELLS RAMOS, Manuel Pascual: «Los medios de impugnación y los recursos: marco constitucional y criterios político y técnico-jurídicos para su configuración», en *CDJ*, núm. 6, 2008, pp. 261 ss.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: «¿Qué significa juzgar?», en *CDJ*, núm. 6, 2008, pp. 17 ss.
- PICÓ LORENZO, Celsa: «El régimen disciplinario de jueces y magistrados», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 359 ss.
- QUINTANA CARRETERO, Juan: «Poder judicial y responsabilidad. La responsabilidad del Estado juez», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 419 ss.
- RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón: «Los recursos de casación en el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en diario *La Ley*, 2009, núm. 7310.
- SANZ ACOSTA, Luis: «La responsabilidad civil judicial», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 217 ss.
- VACAS GARCÍA-ALÓS, Luis: «La responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 267 ss.
- VÁZQUEZ GARCÍA, José Ángel: «Libertad de expresión del juez: límites e incidencia en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 375 ss.
- VELASCO DOMÍNGUEZ, Patricia: «Adhesión a la apelación: fraude procesal al amparo del artículo 461 LEC», en *AC*, 2010-7, pp. 1 ss.
- ZUBIRI DE SALINAS, Fernando: «Responsabilidad civil del juez», en *EDJ*, núm. 153, 2008, pp. 231 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
PDD	Práctica de Derecho De Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RDC	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
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
RdDP	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	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
RRCS	Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

InDret www.indret.com
 Diario La Ley

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, Margarita CASTILLA BAREA, M.ª Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, M.ª Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, 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. Préstamo mercantil. Intereses moratorios: plena autonomía respecto al contrato de préstamo.–Los intereses moratorios que acompañan a un incumplimiento por parte del prestatario, tienen unas características espe-

ciales, ya que entre otras cosas definitorias tienen plena autonomía del contrato de préstamo y por ello también de los intereses remuneratorios.

Prescripción extintiva: comienzo del plazo prescriptivo en una relación negocial: desde que la obligación sea exigible.—Si la prescripción extintiva comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de castigar al titular de un derecho por una inactividad impuesta por la Ley, o por la propia convención, y de ahí que no se pueda reprochar al titular de un derecho el no haberlo ejercitado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuarlo (SSTS de 10 de octubre de 1977 y 29 de enero de 1982). Además, el artículo 1970 del CC no puede ser tenido en consideración si no ha nacido la exigibilidad por aplicación de la regla general del artículo 1969 del CC, ya que no puede iniciarse la prescripción de algo que todavía no se puede reclamar.

El artículo 1970 supone una particular aplicación de las normas sobre interrupción de la prescripción.—El artículo 1970 del CC no establece una norma especial que sirva para el cómputo de la prescripción, sino que supone una particular y específica aplicación de las normas sobre interrupción de la prescripción (STS de 25 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Una entidad bancaria demandó a una empresa mercantil y a cuatro personas físicas en base a un contrato de préstamo, para que fuesen condenadas al pago de determinadas cantidades como capital a devolver y los intereses de demora. La parte demandada opuso prescripción de la acción.

El Juzgado desestima la demanda al apreciar la excepción de prescripción. La Audiencia estima parcialmente el recurso de apelación al entender que el plazo prescriptivo de cinco años previsto en el artículo 1966.3 CC se aplica a los intereses remuneratorios y no a los intereses moratorios ni a la reclamación del capital, para los que rige el plazo de prescripción de quince años del artículo 1964 CC; también, considera la Audiencia que el día inicial del cómputo se cifra en la fecha en que la actora declara vencido anticipadamente el préstamo; por último, la sentencia de apelación reconoce en cuanto a la interrupción del plazo prescriptivo que éste se produce con la reclamación extrajudicial en el ámbito mercantil. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación interpuesto por las personas físicas demandadas. (I. D. —L.)

2. Interrupción de la prescripción por la interposición de un procedimiento criminal.—La interrupción de la prescripción por la interposición de un procedimiento criminal tiene lugar cuando los hechos que afectan a ambos procedimientos son presupuesto uno del otro o bien cuando la cuestión penal debe ser enjuiciada antes que la que se presenta en el proceso civil.

La interrupción de la prescripción no tiene lugar automáticamente por la mera existencia de un procedimiento penal, sino que se requiere que verse sobre el hecho presuntamente delictivo y que la calificación sea indispensable para el procedimiento civil. En consecuencia, se exige que se produzca una identidad de procesos sobre el mismo hecho, por lo que no tiene sentido seguir

un proceso civil que puede acabar con una sentencia coincidente o contradictoria y por ello se interrumpe la prescripción. (STS de 11 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En 1994, C., S.A. denunció a varias copiatoras y a don Carlos, administrador único de las mismas como responsables civiles subsidiarias, por delitos de falsedad en documento mercantil y estafa. El Juzgado de lo penal absolvió libremente al acusado de los delitos que se le imputaban y asimismo, a las compañías demandadas como responsables civiles subsidiarias.

Alegando la existencia de un contrato de distribución entre las partes, varias copiatoras interponen demanda contra C., S.A. Se ejercitaron tres acciones acumuladas: a) la de reclamación de 58.596.151 pesetas (352.169,96 euros) por impago de determinadas cantidades que se encontraban pendientes de cobro en concepto de abonos de rappel, reducciones por mercancía devuelta, abonos de publicidad, rectificaciones en algunas facturas, descuento comercial, copiatoras digitales y fax, descuentos por ofertas comerciales, comisiones de garantía, etc.; b) acción por actos de competencia desleal, ya que entendían que C., S.A. se había quedado con los trabajadores de las empresas demandantes y la clientela, y c) enriquecimiento injusto, como consecuencia de la querella interpuesta y de las demás actuaciones desleales.

C., S.A., opuso, entre otras excepciones, la prescripción de la acción. Además alegó que la sentencia había absuelto al administrador por haberse despenalizado el delito y que por parte de las demandantes se habían incumplido los contratos. El Juzgado de Primera Instancia consideró que concurría la prescripción. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid la confirmó.

NOTA.—El Tribunal Supremo ha reiterado que en las acciones en las que se reclaman daños de los que el demandado debe responder en virtud de las obligaciones generadas por la responsabilidad civil, si antes se ha presentado una querella que trata sobre la misma cuestión, se suspende el procedimiento civil si éste ya se había iniciado. Esta doctrina es confirmada en el artículo 40.2, 1.º LEC y se interrumpe el plazo de prescripción, suspendiéndose hasta la notificación de la decisión en la vía penal a la parte: SSTS de 14 de julio de 1982 (RJ 1982, 4237), 3 de febrero de 1994 (RJ 1994, 971), 14 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2476) y 27 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7206), entre muchas otras.

En el supuesto contemplado en la sentencia anotada la querella fue presentada por la parte perjudicada por delitos de estafa y falsificación en documento mercantil, mientras que posteriormente es demandada por incumplimiento de unos acuerdos relativos a un contrato de distribución, así como por competencia desleal, lo que resulta totalmente distinto del objeto del procedimiento penal iniciado. (*M. C. L. J.*)

3. Enriquecimiento injusto: posesión indebida de equipos telefónicos e informáticos por terceros ajenos al arrendatario cuyo precio de alquiler mensual era de 4.100.000 pesetas.—En relación con el empobre-

cimiento de la demandante afirma la Sala que en el ámbito de los principios no es preciso una correspondencia económica entre los factores enriquecimiento y empobrecimiento, pues, entre otros motivos esta Sala tiene declarado que la doctrina del enriquecimiento injusto permanece en nuestro Derecho como una secuela de las viejas condiciones, acciones personales recuperatorias que permiten obtener de quien ha resultado atributivo de una prestación o beneficiario de un incremento patrimonial por una inversión o por haber utilizado en provecho propio bienes ajenos sin un título que se lo permitiera, la medida del enriquecimiento que ha experimentado, generalmente pero no siempre, correlativamente al empobrecimiento de la contraparte, así como que la cuantificación del empobrecimiento y del enriquecimiento es función de los Tribunales que conocen en la instancia salvo desproporción arbitraria que en el caso no concurre, porque no lo es tomar el importe de una renta contractual como índice o valor para calcular el alcance cuantitativo del uso de un bien. **(STS de 4 de febrero de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Por la entidad Leicer se ejercita acción de enriquecimiento injusto en juicio declarativo de menor cuantía contra las mercantiles BBC, Gesinar, Andalucía y Grubarges. Al parecer Leicer había entregado en arrendamiento a Andalucía equipos informáticos, de telefonía y electrónicos para equipar el Hotel Al Andalus por un precio mensual de 4.100.000 pesetas. Posteriormente Andalucía concierta un arrendamiento de industria con BBC con la que de una u otra forma se encuentran relacionadas las entidades Gesinar y Grubarges, el 15 de mayo de 1995, en el que se incluyen los equipos antes referidos. Al parecer, resuelto el contrato de arrendamiento de bienes de equipo a instancia de Leicer por impago, esta comunica el 18 de marzo de 1998 a Gesinar y BBC, como poseedores mediatos y a Grubarges como poseedor mediato, que no eran poseedores de buena fe de los equipos alquilados reclamando su restitución. En consecuencia, Leicer demanda a las entidades referidas para que se declare la nulidad parcial del contrato de arrendamiento de industria concertado entre Andalucía y BBC en cuanto a la inclusión de los bienes de equipo propiedad de Leicer y se condene solidariamente a las mismas a restituir la cantidad de 86.100.000 pesetas en que se valora el enriquecimiento injusto y correspondiente empobrecimiento derivado de la posesión, inmediata y mediata, indebida de los equipos informáticos, de telefonía y electrónico propiedad de Leicer.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la nulidad parcial del arrendamiento de industria celebrado entre las entidades Andalucía y BBC, que esta última había poseído indebidamente los equipos desde el 18 de marzo de 1998 hasta el 20 de diciembre de 1999, habiéndose producido un enriquecimiento injusto a su favor entre el 18 de marzo de 1998 y el 30 de noviembre de 1998 y que la posesión civil y mediata de los referidos bienes ha producido un enriquecimiento injusto para Grubarges durante el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 1998 y el 20 de diciembre de 1999. Interpuesto recurso de apelación por las entidades Leicer, BBVA (sucesora de Gesinar) y Grubarges la Audiencia Provincial desestimó los recursos de estas

últimas y estimo parcialmente el recurso de Leicer, manteniendo los pronunciamientos del Juzgado salvo en lo referente a los periodos que cada una de las demandadas se había enriquecido injustamente a costa del empobrecimiento de Leicer y estableciendo como medida del empobrecimiento de la misma el valor de uso de los equipos cuando se concertó el alquiler de los mismos, es decir, el precio de la renta mensual por importe de 4.100.000 pesetas. Se interpone recurso de casación por BBVA y Grubarges basado en dos motivos que la Sala desestima. (C. S. R.)

DERECHO DE LA PERSONA

4. Derecho al honor. Intromisión ilegítima. Inclusión indebida de una persona en un registro de morosos.—Atendiendo a la definición doctrinal, al texto legal y al doble aspecto del honor, tanto el interno o inmanencia, como sentimiento de la propia dignidad, subjetivo; y el aspecto externo o trascendencia, como sentimiento de los demás a la propia persona, objetivo (SSTS de 22 de julio de 2008 y 17 de febrero de 2009, entre otras), la inclusión de una persona en el llamado «registro de morosos», esta Sala tiene sentado como doctrina jurisprudencial que, como principio, la inclusión en un registro de morosos, erróneamente, sin que concorra veracidad, es una intromisión ilegítima en el derecho al honor, por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación. Siendo intrascendente que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido, y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública. (STS de 24 de abril de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La actora demandó a la mercantil «BBVA, S.A.», por intromisión ilegítima en el honor, al haber sido incluida indebidamente en dos registros de solvencia patrimonial, o listas de morosos, por indicación de la compañía demandada. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y condenó a la entidad bancaria al pago de una cantidad menor a la reclamada. La Audiencia Provincial desestimó los recursos de apelación interpuestos tanto por la actora como por la demandada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del Banco. (L. A. G. D.)

5. Intromisión ilegítima en el derecho al honor.—«La mera presentación de una denuncia penal no puede dar lugar a la intromisión en el derecho al honor porque falta el requisito ineludible de la divulgación [...]; b) Si bien la presentación de la denuncia o querrela penal no legitima la divulgación, tampoco cabe entender que la simple divulgación, de haberse formulado la denuncia o querrela, supone “per se” la intromisión [...]; c) Lo dicho no obsta a que la simple conjunción de una denuncia penal y su mera divulgación puede determinar la existencia de una intromisión sancionable [...] puesto que la libertad de información no viene condicionada de modo absoluto por

el resultado del proceso penal [...]» (STS de 29 de enero de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—Tres funcionarios de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria interponen demanda sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor, a raíz de una rueda de prensa organizada por el demandado, en la que se relataba la existencia de una trama organizada por los actores para defraudar a la Administración Tributaria, en beneficio de la asociación que presidía el demandado. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, al entender que no quedaba acreditada la veracidad de los hechos imputados a los demandantes con nombre y apellidos. La Audiencia Provincial estima el recurso interpuesto por el demandado, al considerar que se estaba ejerciendo el derecho a la información. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso interpuesto por la parte actora en la instancia.

NOTA.—Se plantea el problema de determinar si la divulgación de hechos delictivos imputados a determinadas personas a través de una rueda de prensa constituye de por sí intromisión ilegítima en el derecho al honor de los protagonistas de la noticia. Para el Tribunal Supremo siempre y cuando la divulgación de la presentación de una querrela obedezca a la intención de producir desmerecimiento de la persona se estará ante una gravísima lesión de la dignidad, que supondrá intromisión ilegítima en el derecho al honor, lo cual no sucede cuando la intención sea simplemente la de informar a la opinión pública. (L. Z. G.)

6. Derecho al honor. Caducidad de la acción. No interrupción por el ejercicio de acciones penales. Doctrina jurisprudencial.—A raíz de la STC de 17 de julio de 2006, y de las SSTs, que le siguen, de 18 de julio de 2007 y 21 de julio de 2008, puede establecerse como doctrina de esta Sala que el plazo de cuatro años previsto en el artículo 9.5 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, es de caducidad y, por tanto, no se interrumpe por la incoación de actuaciones penales por los mismos hechos. De manera que si esta acción civil fundada en la mencionada Ley Orgánica se ejercita antes de transcurrir dicho plazo de cuatro años, no procederá apreciar su caducidad ni tampoco su extinción. En cambio, si se interpone después de vencido el referido plazo, procederá apreciar su caducidad aunque todavía estén pendientes actuaciones penales por los mismos hechos. Por tanto, si tales actuaciones finalizaran después de cuatro años sin sentencia condenatoria y, además, el ofendido no se hubiera reservado la acción civil expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, la acción civil fundada en la LO 1/1982 habrá caducado. Ahora bien, si hubiera mediado reserva expresa de la acción civil, y el juicio criminal hubiera terminado por sentencia condenatoria, entonces la acción civil ejercitable por el perjudicado, haya transcurrido o no el plazo de cuatro años, no será ya la fundada en la LO 1/1982, sino la nacida del delito o falta declarada por la jurisdicción penal; es decir, la contemplada en el artículo 1092 CC., que en la mayoría de las ocasiones estará sujeta al plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 1.968.2.º CC. Los anteriores postulados responden a una interpretación sistemática y conjunta de los artículos 1.2 y 9.5 de la LO 1/1982, artículos 106, 2.º, 110.1.º, 111, 112, 114, 116 y 117 de la LECrim.

y artículos 1.092 y 1968.2.º CC. (STS de 29 de abril de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Don Carmelo, político relevante en su Comunidad Autónoma, demandó a don Secundino, doña Remedios y doña Luz sobre intromisión ilegítima en su derecho al honor e indemnización de los perjuicios ocasionados, al considerar que en un mitin político de cierre de campaña habían vertido calumnias e injurias hacia su persona. Por los mismos hechos se habían seguido diligencias penales que terminaron en su archivo. Los demandados se opusieron alegando la falta de acción del actor, al haber quedado la vía civil cerrada por el ejercicio de la acción penal, así como porque, en cualquier caso, se habría producido la caducidad de la acción civil para reclamar. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Sevilla estimó los recursos de apelación de los condenados. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante. (L. A. G. D.)

7. Libertad de expresión y derecho al honor: imputación a una persona de la autoría de un escrito anónimo peyorativo respecto de otra.— Declara la Sala que resulta cuestión pacífica, que tras la modificación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ha quedado eliminada la exigencia de divulgación del hecho o de la noticia como requisito imprescindible para la apreciación de una intromisión ilegítima en el derecho al honor, sin que quepa interpretar tal supresión como una mera corrección de estilo. En relación con la existencia de una intromisión ilegítima del derecho al honor señala que en la remisión de este tipo de escritos, subyace una conducta que, aún hoy, es moral y socialmente reprochable, máxime cuando se enmarca en el ámbito de la relación profesional existente entre un superior y los miembros de la plantilla que de él dependen, lo que constituye una insinuación insidiosa ubicada más allá del derecho a la libertad de expresión en la medida en que la imputación de la autoría de un anónimo es una conducta tenida en concepto público, como objetivamente desmerecedora del crédito de la persona a la que se refiere. (STS de 26 de marzo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Se estima como probado por la sentencia de la Sala que, con ocasión de un encierro convocado a nivel nacional por las Asociaciones de Inspectores de Trabajo, se convocó el 15 de octubre de 2003 una reunión en la sala de juntas de la Inspección Provincial a la que asistieron la Inspectora jefe doña Esperanza y un nutrido grupo de inspectores de trabajo. En dicha reunión y entre otros temas se comentó el contenido de un escrito anónimo presentado en el registro general en el que se contenían descalificaciones e insinuaciones de la comisión de actos irregulares por parte de doña Esperanza, llegando esta a manifestar a los allí presentes que tenía fundadas sospechas de que el autor del referido escrito anónimo era el inspector don José Miguel, ausente de la reunión, aunque se barajaron otros nombres. Enterado don José Miguel de ello pidió a doña Esperanza que le confirmara lo acaecido en aquella reunión

teniendo lugar otra reunión el 23 de octubre de 2003 en la que se encontraban doña Esperanza, don José Miguel y otras dos personas pertenecientes a la inspección de trabajo, don Armando y doña Penélope, en la que la primera no solo confirmó que le había atribuido la redacción del escrito anónimo sino que además le atribuyó, que era una persona ambiciosa, que arrasaba por donde pasaba, que tenía una personalidad complicada, su falta de compañerismo y la intención buscada con el anónimo de desacreditarla para obtener la jefatura que ella ostentaba.

Don José Miguel demandó a doña Esperanza por una intromisión en su derecho al honor y prestigio profesional al amparo de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, solicitando la declaración de intromisión ilegítima; el cese de la misma; la publicación de la sentencia en varios lugares y una indemnización de 30.000 euros. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Apelada, la Audiencia desestimó el recurso y confirmó plenamente la resolución del Juzgado. Interpuesto recurso de casación se da lugar al mismo, casando la sentencia de la Audiencia y dictando otra en que se estima parcialmente la demanda condenando al pago de 15.000 euros como indemnización por daño moral. (C. S. R.)

8. Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad.—La intimidad personal y familiar, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto a su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1998, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. En este sentido, el hecho de que la noticia difundida respecto a la intimidad de una persona haya sido objeto de tratamiento informativo anterior, no supone que no exista ya intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad. (FJ 2.º, STS de 18 de febrero de 2009.)

Inaplicación de la doctrina del reportaje neutral.—La doctrina del reportaje neutral parte del principio de informar sin entrar a realizar valoraciones sobre la información publicada. La información difundida se protege cuando simplemente se reproduce aquello que un tercero ha dicho o escrito, limitándose a una mera transcripción. En este sentido, nuestro más Alto Tribunal identifica el reportaje neutral con las siguientes notas: objeto de la noticia constituido por declaraciones lesivas del honor, aunque realizadas por un tercero que debe ser identificado; necesidad de que sean verdaderas tales declaraciones vertidas por el tercero; no incurrir con la publicación de la noticia en injurias o calumnias. En el caso de que se exceda, con la publicación de la noticia, de la mera transmisión de lo dicho por un tercero, entrando en valoraciones, no se podrá aplicar la doctrina del reportaje neutral. (STS de 18 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—Los demandantes reclaman a una entidad televisiva determinada indemnización por el daño moral causado, como con-

secuencia de los comentarios vertidos hacia su persona en un programa de la cadena, en el que se comentaba el contenido de la denuncia interpuesta por uno de los vecinos de la pareja, por el exceso de ruido que soportaba cada vez que los actores mantenían relaciones sexuales. La entidad demandada contesta a la demanda alegando que se trata de un reportaje neutral, puesto que únicamente se relata un hecho verídico contado por un tercero. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la pareja, condenando a la demandada al pago de una indemnización por el daño moral causado. La Audiencia Provincial revoca la sentencia al entender que no existe intromisión cuando la noticia ha sido ya publicada previamente en otro medio de comunicación, entendiéndose aplicable la doctrina del reportaje neutral. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La sentencia que anotamos se pronuncia en un sentido opuesto a la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, a pesar de que el caso encaje perfectamente en el supuesto de hecho del artículo 2.1 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo. Aunque el Tribunal Supremo considera que hacer público aspectos relacionados con la sexualidad de las personas es una clara invasión de su intimidad, sobre todo si además se realizan comentarios de mal gusto por parte de los contortulios, sin embargo, dicha intromisión no será considerada ilegítima cuando el propio denunciante participe de forma descarada en el desarrollo del debate, lo que requiere de la aplicación de la doctrina de los actos propios. (L. Z. G.)

9. Posible intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la imagen. Utilización de una cámara oculta para obtener información. Necesidad de ponderar los intereses en conflicto.—Para que prevalezca un derecho fundamental sobre otro que merezca la misma protección es preciso, no sólo que concurren aquellos requisitos condicionantes de la protección constitucional del que deba prevalecer, sino que lo hagan en el grado o medida que resulte necesario para justificar el sacrificio de aquel con el que entró en conflicto. En el caso de utilización de cámara oculta, para obtener determinada información es necesario, para que no exista intromisión ilegítima, que la relevancia de la información obtenida justifique de algún modo dicha conducta, al tratarse de un asunto de interés general. (STS de 16 de enero de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—La parte actora interpone demanda por intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen, al ser publicado por un medio de comunicación determinadas imágenes, filmadas con cámara oculta, en las que se mostraba el trabajo diario que se desarrollaba en una supuesta clínica de fisioterapia, en la que trabajaba la demandante como naturista, negocio que había recibido varias quejas por parte de sus usuarios. La demandante había sido condenada previamente por la vía de lo penal por un delito de intrusismo, al actuar como fisioterapeuta sin ostentar título para ello. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial deses-

tima el recurso. La actora en la instancia interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea el problema de la posible intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad e imagen por la publicación, sin consentimiento alguno, de un reportaje sobre la actividad profesional de la recurrente, habiendo sido utilizada cámara oculta para obtener una información que de otro modo no se habría conseguido. De este modo, se plantea la problemática de la posible vulneración de los derechos consagrados en el artículo 18 CE. La parte recurrente alega infracción de los artículos 7 y 8 de la Ley de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la imagen por grabación y publicación de aspectos relacionados con su vida íntima, así como por la publicación de imágenes de su persona en momentos de su vida privada.

Es doctrina jurisprudencial reiterada, la necesidad de ponderar los derechos en conflicto cuando se plantea una posible colisión entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, a la intimidad o a la imagen. En los casos de captación de información e imágenes mediante la técnica de la cámara oculta, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de considerar la necesidad de valorar la relevancia pública de la información a suministrar, incluso aun cuando pueda tratarse de un reportaje del denominado neutral y cuya información resulte veraz. Hay que tener en cuenta que la autorización de entrada a una vivienda o local no supone ya de por sí autorización para la filmación, puesto que precisamente si se trata de un reportaje con cámara oculta la grabación se realiza sin consentimiento de la parte afectada. En este sentido, habrá que atender al interés general de la información suministrada, y que dicho interés sea causa suficiente como para sacrificar el derecho a la intimidad e imagen de la parte afectada. A todo ello se une la necesidad de que dicha información no pueda obtenerse por otra vía que evite la intromisión ilegítima en los citados derechos. De ser así, no estaremos ante un sacrificio legítimo.

Por lo que respecta al derecho a la imagen, al captar con la cámara oculta las imágenes de la recurrente, permitiendo claramente la identificación de sus rasgos físicos, existe una clara intromisión ilegítima en el derecho a la imagen, debiendo ser objeto de indemnización por los perjuicios ocasionados, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Ley 1/1982. (*L. Z. G.*)

10. Derecho al honor y a la intimidad de la persona. Conflicto con la libertad de información. Intromisión ilegítima. Información sobre hechos relativos a la esfera íntima de menores de edad que permiten su plena identificación.—El conflicto entre derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen y derecho a la información, cobra una especial relevancia cuando en los hechos noticiables están implicados menores de edad. Pues, en tales casos, la doctrina constitucional ha otorgado un ámbito de superprotección que obliga a ser sumamente cauteloso en cuanto a la información que de los mismos se suministra, aunque ésta tenga interés público. En este sentido, el legítimo interés de un menor de que no se divulguen datos relativos a su vida familiar o personal parece imponer un límite infranqueable tanto a la libertad

de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada de ambas menores, incluso aunque la noticia merezca el calificativo de información neutral (STC de 15 de julio de 1999). (STS de 12 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—Con ocasión de la comisión de un grave delito, el medio de comunicación demandado, a la sazón una emisora de radio, publicó la noticia en modo tal que la información suministrada permitía la perfecta identificación, por parte de sus vecinos, familiares y allegados, de dos menores de edad, víctimas de los delitos de lesiones graves y agresión sexual. Por la representación de las menores se interpusieron demandas contra éste y otros medios de comunicación que, en parecidos términos, se hicieron eco de los execrables hechos, por considerar que se había producido una intromisión ilegítima en su intimidad, tramitándose cada reclamación en procedimientos separados. En este caso, la demanda fue estimada parcialmente concediendo una indemnización inferior a la solicitada por la representación de las actoras. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto por la empresa demandada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. P. M.)

11. Libertad de información versus derecho al honor y a la propia imagen.—El derecho a la libertad de información deberá prevalecer sobre el derecho al honor y a la intimidad, siempre y cuando los hechos relatados sean veraces y de interés general. Por lo que respecta al derecho a la imagen, su protección cederá cuando la imagen reproducida sea tomada en un lugar público, tenga el carácter de accesoria y se refiera a una persona con proyección pública. (STS de 5 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—Por la parte actora se interpone demanda sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la imagen frente a un diario de tirada nacional, a raíz de la publicación de un artículo en el que se recogía la imagen del demandante bajo el titular «Paulino, propietario de Canal 25 y uno de los máximos impulsores del movimiento racista». El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Es doctrina jurisprudencial reiterada la necesidad de ponderar los intereses en conflicto cuando concurren el derecho a la libertad de información con el derecho al honor y a la imagen. Para que esa incidencia del derecho a la libertad de información en otros derechos se repunte legítima, convirtiendo aquel derecho en prevalente, será necesario que lo relatado sea veraz y de relevancia pública. Al sujeto informante no le basta con relatar el suceso de manera objetiva, sino que deberá buscar la verdad de la noticia contrastándola con datos objetivos o, con fuentes informativas de sol-

vencia, lo que no incluirá ni los rumores ni las meras insinuaciones. Dicha prevalencia tendrá lugar también cuando se trate del derecho a la imagen, siempre y cuando exista un interés público en la captación y difusión, y se trate de un personaje con una evidente proyección pública, cuya imagen haya sido captada en un lugar abierto al público. (L. Z. G.)

12. Derecho al honor, libertad de información y libertad de expresión. Diferencia entre libertad de información y libertad de expresión.—

Se trata de derechos distintos, distinguiendo la jurisprudencia entre el derecho que garantiza la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor), y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables, precisándose además que esa distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro. Mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término «información», en el texto del artículo 20.1 d) CE, el adjetivo «veraz» (STC 4/1996, de 19 de febrero).

Prevalencia de la libertad de expresión sobre el derecho al honor.—Al enjuiciar la ponderación entre la libertad de expresión y el derecho al honor, ocupan una posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 CE los derechos a la libertad de expresión e información, constituyendo premisas esenciales:

1.º) Que la libertad de expresión incluye la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar (SSTC 6/2000, 49/2001, 204/2001, y 181/2006), pues así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe la sociedad democrática (SSTEDH de 23 de abril de 1992, as. Castell c. España, y 29 de febrero de 2000, as. Fuentes Bobo c. España; también, SSTC 181/2006 y STS de 25 de febrero de 2008);

2.º) Que los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o estar implicadas en asuntos de relevancia pública, están expuestas a un riguroso control de sus actividades y manifestaciones, que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna, pues, en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública. Como afirma la STS de 16 de octubre de 2008, «ambas libertades gozan de especial relevancia constitucional cuando se ejercitan en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren o por las personas que en ellas intervienen y contribuyen, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la per-

sonalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general (SSTC 107/88 y 174/2006)»;

3.º) Que en cualquier caso, no obstante tener la libertad de expresión un ámbito más amplio que la de información, aún mayor cuando de asuntos de interés público se trata, quedan fuera del ámbito de protección de ambos derechos fundamentales las frases o expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias para ese propósito (SSTC 151/2004 y 174/2006, entre otras muchas), pues, como señalan las SSTS de 22 de mayo de 2003, 12 de julio de 2004 y 25 de septiembre de 2008, las libertades de expresión e información «... repelen los términos vejatorios o injuriosos, innecesarios porque la Constitución no reconoce el derecho al insulto», siendo consecuencia de ello que el ámbito material de la libertad de expresión se encuentre sólo delimitado «por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas» (STS de 12 de julio de 2004), y

4.º) Que para que una expresión se valore como indudablemente ofensiva o injuriosa, y por tanto lesiva para la dignidad de otra persona, en cualquiera de sus dos vertientes (objetiva, por menoscabo de su reputación o fama; u objetiva, en cuanto suponga un detrimento de su autoestima o propia consideración), ha de estarse, según pacífica doctrina jurisprudencial, de la que son buenos ejemplos las SSTS de 21 de junio de 2001 y 12 de julio de 2004, al contexto en que se producen las expresiones, es decir, el medio en el que se vierten y las circunstancias que las rodean, valorando, por ejemplo, si el ofendido decidió participar voluntariamente o inició la polémica; a la proyección pública de la persona a que se dirigen las expresiones, dado que en las personas o actividades de proyección pública la protección del honor disminuye; y a la gravedad de las expresiones, objetivamente consideradas, que no han de llegar al tipo penal, pero tampoco ser meramente intrascendentes. Como dice la STS de 12 de julio de 2004, las expresiones han de ser objetivamente injuriosas; es decir, aquellas que, «dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas, y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate» (STC 232/2002, de 9 diciembre). **(STS de 14 de enero de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—Don I., presidente de la Asociación de Vecinos de S. M., realizó unas manifestaciones en una carta firmada por el demandado y remitida al Alcalde y Teniente de Alcalde de Urbanismo del Ayuntamiento de M. (que asimismo había sido exhibida por su autor en el tablón de anuncios de la Asociación y a través de su publicación en una página web) y otras manifestaciones en este mismo portal de internet, en las que se aludía a don A. D., don J. P. y don L. A., miembros de la «Cooperativa de viviendas I.» y de la «Entidad Urbanística de Conservación de S. M.», con términos que suponían, a su juicio, una intromisión ilegítima en su honor.

Don A. D., don J. P. y don L. A. interpusieron demanda contra don I., por la que solicitaban que se declarase la existencia de intromisión ilegítima en el honor de los demandantes y se condenase al demandado a indemnizar a cada uno en la suma 12.000 euros, a difundir la sentencia en los mismos medios en que se hicieron

públicos los referidos escritos y a abstenerse en lo sucesivo de realizar conductas análogas.

Dicha demanda es estimada en primera instancia y desestimada en segunda por la Audiencia Provincial, tras descartar la existencia de una ilegítima intromisión en el honor de los actores. Los demandantes interpusieron recurso de casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

13. Colisión entre derechos fundamentales: derecho a la imagen versus derecho a la información.—Los derechos recogidos por la Ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre derecho al honor, a la intimidad y a la imagen no son derechos absolutos e ilimitados, sino que se encuentran limitados en su ejercicio por otros derechos constitucionales, como pueda ser el derecho a la información o el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, será necesario analizar caso por caso, con objeto de determinar qué derecho debe prevalecer en cada supuesto atendiendo a la ponderación de los intereses en juego. Es evidente que uno de estos derechos deberá ser sacrificado en beneficio del otro [FJ 2.º, STS de 25 de febrero de 2009].

Posible excepción a la posición prevalente del derecho a la libertad de expresión e información.—Es doctrina jurisprudencial consolidada que el derecho a la libertad de expresión e información ostenta una posición prevalente al derecho al honor, intimidad o imagen cuando la información suministrada sea veraz, afecte a asuntos de interés general y las expresiones vertidas no supongan un menoscabo a la dignidad de la persona. Sin embargo, la solución se presenta diferente cuando la persona afectada es un menor de edad. Nuestro ordenamiento jurídico protege de manera muy especial a este colectivo, estableciéndose una serie de garantías, con la finalidad de velar por el interés del menor. En este sentido, la difusión de una imagen del menor sin que medie consentimiento de los padres e intervención del Ministerio Fiscal deberá considerarse contraria al ordenamiento jurídico. A partir de ahí, resulta indiferente que pudiera cumplirse o no con los presupuestos que exige la jurisprudencia para hacer prevalecer el derecho a la información sobre los derechos reconocidos por el artículo 18 CE, tales como que la imagen fuera o no accesoría, la veracidad de la información o el interés del hecho noticiable. (STS de 25 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—Por la parte actora se interpone demanda sobre intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de su hija menor de edad, debido a la publicación, en una revista del corazón, de las imágenes de la niña en compañía de su madre, y bajo el titular: «Silvia, orgullosa de su hijita Susana». La imagen se había captado en el aeropuerto de Barajas, y se había publicado sin mediar consentimiento alguno de los padres. La demandante solicita la condena al pago de una indemnización por los perjuicios ocasionados, así como que se abstenga en el futuro de publicar la imagen de la menor sin consentimiento expreso de sus representantes legales. La sociedad demandada se opone a la demanda alegando la prevalencia del derecho fundamental a la información sobre el derecho a la imagen, con fundamento en la veracidad de la información y la accesoriidad de la imagen de la menor, siendo el hecho noticiable, no la

menor, sino la imagen de la madre de la menor, personaje de notoria proyección pública por su condición de actriz. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda por la falta de consentimiento expreso de los representantes legales de la menor para la publicación de la imagen, aunque reduce la cuantía de indemnización solicitada. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso confirmando el fallo del Juzgado. Por la parte demandada en la instancia se interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto.

NOTA.—El artículo 7 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, establece como uno de los supuestos de intromisión ilegítima «*la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en momentos o lugares de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2*», siempre que no exista consentimiento para ello, tal y como prevé el artículo 2.3 de la Ley. Como excepciones a la intromisión ilegítima señala la Ley: la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona cuando la misma ejerza un cargo público o profesión de proyección pública y la imagen se capte en lugares abiertos al público; o, el caso de accesoriadad de la imagen al captar un suceso público.

Aunque parece evidente, siguiendo el tenor literal del citado precepto, cuando podemos hablar de una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones a favor de la prevalencia del derecho a la libertad de información sobre el derecho a la imagen, cuando existe conflicto de intereses entre ambos derechos fundamentales. Al respecto, es doctrina jurisprudencial reiterada que la libertad de información es un derecho al que la Constitución dispensa máxima protección, estando su ejercicio ligado «al valor objetivo que es la comunicación pública libre, inseparable de la condición pluralista y democrática del Estado en que nuestra comunidad se organiza». Cuando la libertad se ejerce sobre ámbitos que puedan afectar a otros bienes constitucionales, como es la intimidad, «es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público» (SSTC 6/81, 171/90). A su vez, es importante que la imagen publicada resulte accesoria. Una imagen deja de ser accesoria «cuando aparece en primer plano ocupando en su proyección todo el espacio de la pantalla, debiendo adquirir dicha imagen un total protagonismo en la noticia filmada» (FJ 2.º, STS de 23 de mayo de 2003). Para hablar de imagen accesoria, ésta debe encontrarse en una perspectiva desprovista de relevancia alguna (FJ 4.º, STS de 7 de octubre de 1996). Por otra parte, como derecho de la personalidad que es, derivado de la dignidad humana, atribuye a su titular la facultad exclusiva de determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública (STS de 4 de mayo de 2001, SSTC de 18 de junio de 2001, de 2 de julio de 2001). Es doctrina pacífica que el derecho a la propia imagen otorga a su titular la «facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de aquella por parte de terceros no autorizados, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la difunde» (SSTS de 28 de mayo de 2002, 11 de abril de 1987, 13 de

noviembre de 1989, 10 de octubre de 1992, 7 de octubre de 1996, 21 de octubre de 1996). En ese sentido se dispone que «... cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, intimidad o imagen, de otro, la jurisprudencia de esta Sala, así como la del Tribunal Constitucional, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices: a) que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; b) que la tarea de ponderación o proporcionalidad ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la Constitución ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información» (FJ 2.º, STS de 11 de febrero de 2004).

La sentencia objeto de anotación presenta una especialidad por tratarse de la publicación de la imagen de una menor sin consentimiento de sus representantes legales, ni pronunciamiento alguno por parte de la Fiscalía. Cuando estemos ante un supuesto de ejercicio de alguno de estos derechos por parte de un menor (debiendo distinguirse el ejercicio de la titularidad) la propia Ley 1/1982 establece, en su artículo 3, que, para que no exista intromisión ilegítima, el consentimiento de menores deberá prestarse por ellos mismos si tuvieren capacidad natural para ello. En caso contrario, serán sus representantes legales los que deberán otorgar dicho consentimiento por escrito, debiendo ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, con objeto de que pueda pronunciarse al respecto. El Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos aplica literalmente el citado precepto, al considerar que existe intromisión ilegítima dado el incumplimiento del presupuesto contemplado en el artículo 3 de la Ley. Pero el Tribunal Supremo va más allá, al considerar que, aun cuando existiese consentimiento por parte de sus representantes legales, si la imagen difundida atenta contra el derecho al honor, intimidad o imagen del menor, existirá intromisión ilegítima en su derecho fundamental.

Es importante tener en cuenta al respecto que aunque la Ley hable de representación cuando el menor no tenga capacidad natural de obrar, se tratará más bien de una mera asistencia propia del ejercicio de la patria potestad o de las funciones de tutela, ya que el artículo 162.1, al igual que el artículo 267 CC, parece impedir la representación *strictu sensu* en materia de derechos de la personalidad (sobre este particular, véase DE CASTRO, *Derecho Civil de España II*, Madrid, 1984, pp. 56, 179 y 315; DÍEZ-PICAZO, «Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad», *ADC*, 1982, p. 16; SANTOS MORÓN, *Incapacitados y Derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Madrid, 2000, pp. 34 y 39; LAMA AYMÁ, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Valencia, 2006, pp. 245-247 y 288-291; TORRES PEREA, *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2009, pp. 293-297 y 304-311). (L. Z. G.)

14. Derecho a la propia imagen. Intromisión ilegítima. No existe cuando se utiliza una imagen obtenida en un acto público para un fin inocuo y sin interés comercial.—El derecho a la imagen no impide, como dice el artículo 8.2. a) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, su captación, reproducción o publicación de persona, como el atleta demandante, de profesión de notoriedad pública y la imagen se haya captado en acto público, como es la pose en una competición deportiva que aparece en el caso presente. Distinto sería el tema de aprovechar la imagen de persona famosa para introducirla en un contexto publicitario, lo que no sucede en el caso presente en que aparece un uso inocuo de una imagen en un libro de divulgación científica, en que no es esencial ni trascendente, a efectos de un aprovechamiento personal o económico de aquélla. (STS de 29 de abril de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El actor, deportista de élite que había participado en eventos internacionales con la selección nacional de atletismo, demandó a la editorial «E.L., S.A.», por haber utilizado una foto suya, sin su consentimiento, para ilustrar la portada de un libro sobre salud general, publicado por aquélla. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la editorial al pago de una cantidad menor a la solicitada. La Audiencia Provincial de Zaragoza estimó el recurso de apelación de la demandada y desestimó la demanda planteada al considerar que no se había producido la intromisión denunciada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por el actor. (L. A. G. D.)

15. Derecho a la propia imagen. Intromisión ilegítima en el de menores. Falta de consentimiento.—Se parte en el artículo 18 CE de un doble límite en el derecho a la información: un límite en cuanto a los otros derechos fundamentales, al que hay que añadir, cuando se trata de menores, otro límite que consiste en atender al «interés del menor» en cuanto objeto de protección por los poderes públicos. La Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen define como intromisión ilegítima, en su artículo 7, «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2», y en la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor se define en su artículo 4.3, la intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor como «cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales». Por tanto, la intromisión tendrá una mayor carga de ilegitimidad cuando no exista el consentimiento para ello.

No hay justificación para la captación de fotografías de una menor hija de una persona conocida, sin consentimiento de sus padres, y menos si se hace en el domicilio familiar.—Como ya dijera la STC 134/1999, de 15 de julio, el carácter público de un personaje no se posee por ser hijo de una

persona conocida y, por tanto, la captación de la imagen en este caso no lo ha sido de una persona con notoriedad. Se trata, además, de una menor, cuyo especial interés ha de ser objeto de protección y ha de primar sobre otros intereses. Por tanto, aunque se encuentre la menor fotografiada en un lugar público, no estamos ante una persona que ejerza cargo público ni profesión de notoriedad, añadiéndose la circunstancia de que se trata de un menor cuyos padres no han dado el consentimiento para la obtención de su imagen, debiendo en estos casos primar la protección reforzada del menor. La inexistencia de causa de excepción es más apreciable, si cabe, en relación con el domicilio familiar, que no constituye un lugar abierto al público, y por tanto cuando se realiza la captación de fotografías en lugares privados, como en este caso lo es el jardín de su casa, constituye una vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen.

Derecho a la intimidad personal y familiar. Limitaciones y relación con el derecho a la propia imagen.—El artículo 18.1 CE confiere a la persona la facultad de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en su esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 73/1982, de 2 de diciembre; 110/1984, de 26 de noviembre; 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 15/2000, de 5 de mayo y 196/2004, de 15 de noviembre, entre otras), pues, como derecho relacionado con la dignidad de la persona, protegido por el artículo 10.1 CE, supone la existencia para cada persona de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 57/1994, de 28 de febrero; 143/1994, de 9 de mayo; 207/1996, de 16 de diciembre; 156/2001, de 2 de julio; 127/2003, de 30 de junio y 196/2004, de 15 de noviembre). Y si bien es cierto que este derecho se debilita en los supuestos de personas con notoriedad pública, debiendo éstas soportar un cierto riesgo de que sus derechos resulten afectados por opiniones sobre cuestiones de interés general (SSTC 99/2002, de 6 de mayo; 112/2000, de 5 de mayo; 49/2001, de 26 de febrero y 115/2000, de 5 de mayo; así como STEDH, caso Tammen, de 6 de febrero de 2001), también lo es que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás, su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado, y su eficacia como límite al derecho de información es similar a la de quien carece de toda notoriedad (SSTC 115/2000, de 5 de mayo y 83/2002, de 22 de abril).

Además, el Tribunal Supremo ha señalado, en SS de 19 de julio de 2004 y 4 de mayo de 2005 que «mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá en los casos en los que mediante las mismas se invada la intimidad pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; en segundo lugar, también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto éste que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad; y, finalmente, puede suceder, que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada».

Inaplicabilidad de la doctrina de los propios actos.—De la actitud anterior de los padres de dar a conocer a su hija en diversas publicaciones y entrevistas no se puede deducir la inexistencia del ámbito reservado que se trata de

proteger, porque ellos mismos hubieran fomentado el interés por la menor, cuando se ha realizado el inconsciente reportaje en su domicilio, y respecto de la menor, tampoco puede aplicarse, no sólo por el ámbito privado en el que se captan las imágenes sino también porque el consentimiento de los padres para la utilización de la imagen del menor ha de ser expreso, no deducido de actos anteriores, aunque incluso en supuestos de fotografías de menores, aun existiendo consentimiento, podría haber intromisión ilegítima. **(STS de 11 de marzo de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Doña M. C., conocida modelo, interpone demanda contra la directora y sociedad editora de la revista D. M., en ejercicio de la acción de protección del derecho a su intimidad y del derecho a la intimidad y propia imagen de su hija E., por los reportajes publicados en dos números de la revista.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda, al considerar que se había producido en ambos reportajes una vulneración del derecho a la imagen y a la intimidad personal y familiar de la menor al no existir consentimiento de los progenitores en la obtención de la fotografía, e igualmente la existencia de vulneración del derecho a la intimidad de la madre en el segundo reportaje al haberse obtenido las fotografías en un ámbito privado a través de un teleobjetivo, y otorgó por ello sendas indemnizaciones. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, la directora de la revista recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. *(F. J. J. M.)*

16. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la imagen.—Si la imagen de la persona ha sido tomada en un acto público, con ocasión del ejercicio de funciones públicas relacionadas con la comunicación de una determinada actuación policial, aunque posteriormente se utilicen dichas imágenes de manera distorsionada y con fines humorísticos, no puede entenderse que se haya producido por ello una vulneración del derecho al honor o a la imagen, prevaleciendo en este caso la libertad de expresión, como forma de comunicación de ideas u opiniones e incluso de críticas, sobre los derechos reconocidos en el artículo 18 CE. **(STS de 17 de febrero de 2009;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La parte actora, de profesión Inspector de Policía, participó en una rueda de prensa con la finalidad de informar a los medios de una operación desarrollada en relación al crimen organizado. El demandante, participe en la operación policial, detalló las actividades de carácter técnico-policial que se realizaron en este sentido. Uno de los medios de comunicación allí presente recogió dichas imágenes en un noticiario en las que puede verse el rostro del actor y su uniforme mientras realizaba las declaraciones oportunas. Posteriormente, el citado medio volvió a utilizar las imágenes, pero esta vez en un programa televisivo de carácter humorístico, en el que se sustituyeron las declaraciones originales por un doblaje de tono cómico y sin ninguna relación con la operación policial de referencia. En esta ocasión no se había requerido consentimiento

del afectado. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a la demandada a abstenerse de la publicación de dichas imágenes en el futuro en programas distintos a los que sean meramente informativos, así como al abono de una indemnización por daños y perjuicios. La sentencia de apelación confirmó el fallo de la instancia, entendiendo prevalente el derecho a la imagen sobre el derecho a la libertad de expresión. Por la parte demandada en la instancia se interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea la problemática relativa al conflicto entre el derecho a la libertad de expresión, entendida como cauce de utilización del chiste o la caricatura como un modo de manifestar opiniones o realizar críticas, y el derecho al honor y la imagen. La posible intromisión en el derecho al honor o la imagen derivaría del posible valor ridiculizante de la utilización de dichas imágenes hacia la persona del Inspector, a la vez que el uso de dichas imágenes sin su consentimiento. Considera el Tribunal Supremo en esta sentencia que las circunstancias que rodean el suceso impiden de todo punto hablar de una intromisión ilegítima. Para ello, tiene en cuenta tanto si existió o no un uso comercial, como si hubo o no consentimiento por parte del afectado, además del lugar y modo de captación de las imágenes: «la libertad de expresión ampara el chiste y la caricatura y no sólo las actuaciones escritas, sino también los medios ligados a la imagen y el sonido permitidos por la técnica actual; la utilización de la imagen estaba amparada por la concurrencia de las excepciones de actuación pública, que se extiende a las imágenes de archivo, caricatura, y también por el consentimiento del interesado, que sólo se revocó a posteriori; y no existió un uso comercial de la imagen del recurrido, pues su imagen no se asociaba a un producto, se utilizaba durante escasos segundos y no determinaba un beneficio económico por su aparición, a lo que no se opone el legítimo beneficio económico obtenido por la productora con su audiencia».

Es doctrina jurisprudencial reiterada, en relación al derecho a la libertad de expresión y su contenido, que el mismo no sólo comprende la mera narración de hechos, sino también la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones. En este sentido, la libertad de expresión comprende también la crítica de la conducta de otro, aun cuando pueda molestar (SSTC 104/1986, 139/2007). Aplicando esta doctrina al caso planteado, lo primero que debe comprobarse es si el uso de la imagen de forma caricaturesca ridiculiza de algún modo a la parte demandante, puesto que, tal y como establece el artículo 8.2 b) de la Ley de protección al honor, intimidad e imagen, la utilización debe adecuarse a los usos sociales, para que finalmente prevalezca la libertad de expresión sobre el derecho al honor o el derecho a la imagen. El uso de la imagen de una persona con fines humorísticos no supone ya de por sí vulneración del derecho al honor o la imagen. Hay que tener en cuenta que el tratamiento sarcástico de los acontecimientos que interesan a la sociedad constituye una forma de comunicación y crítica de los mismos muy unida al ejercicio del derecho a la libertad de expresión e incluso a la libertad de información como modo de

transmitir conocimiento sobre determinados acontecimientos llamando la atención, mediante la ironía, de determinados aspectos que interesan hacer llegar al receptor de la noticia. (L. Z. G.)

17. Intromisión ilegítima en el derecho al honor, la intimidad y la imagen.—Es doctrina jurisprudencial reiterada, respecto a la determinación de cuando existe una posible intromisión ilegítima en los derechos reconocidos en el artículo 18 CE, la necesidad de distinguir el ámbito de protección que corresponde a cada uno de estos derechos. Ello permitirá ponderar los intereses en juego en el caso de conflicto de alguno de estos derechos con el derecho a la libertad de expresión e información. En este sentido, mientras el derecho al honor «constituye un concepto jurídico cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento y con cuya protección se ampara a la persona frente a expresiones que la hagan desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio, o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas», la intimidad personal tiene por objeto «garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto a la dignidad de su persona, frente a la acción y conocimiento de los demás [...], lo que se traduce en el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida». Distinta se plantea la cuestión cuando se trata del derecho a la imagen, entendido como «derecho de la personalidad autónomo, aunque directamente relacionado con la intimidad, dirigido a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado».

Independientemente del ámbito específico de cada uno de estos derechos, su protección vendrá delimitada también por los usos sociales, atendiendo al ámbito que cada persona con su comportamiento reserve para sí y su familia. Por ello, es doctrina reiterada que la delimitación de colisión entre derechos deberá realizarse caso por caso, valorando la veracidad de la información, su relevancia pública, la ausencia de expresiones vejatorias o insultantes, así como, tratándose de imágenes, la relevancia mayor o menor del personaje captado, el lugar de captación o la accesoriedad o principalidad de la imagen reproducida. (STS de 25 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—El caso objeto de la sentencia que anotamos versa sobre la posible intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y la imagen de un conocido matador de toros, como consecuencia del seguimiento que se ha llevado de su vida (sobre todo respecto de su separación y la polémica muerte de su madre) por parte de dos prestigiosas revistas del corazón. A ello se une, la utilización de su imagen para el reportaje, captada en determinados actos públicos. La parte actora solicita la abstención para el futuro de realizar actos similares, así como una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. La parte demandada contesta a la demanda alegando que se trata de una persona con proyección pública que ha autorizado con su conducta la exposición detallada de su esfera privada, por lo que, siendo el hecho noticiable veraz, no existe intromisión ilegítima alguna en el derecho al honor o a la intimidad, no habiéndose utilizado tampoco expresión vejatoria

alguna. En cuanto al derecho a la imagen, considera el demandado que no existe intromisión por captarse la misma en lugares públicos. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestiman la pretensión de la parte actora y posterior recurrente. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo procede a su desestimación.

NOTA.—Es doctrina jurisprudencial reiterada, para el caso de resolución de conflictos entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, intimidad e imagen, la necesidad de ponderar los intereses enfrentados para poder otorgar prevalencia a un derecho respecto del otro. Cuando se trata de ponderar dichos intereses respecto de personajes de cierta proyección pública, la cuestión se presenta bien distinta. Lógicamente no es que estas personas no gocen de la protección que el ordenamiento concede a toda persona por el mero hecho de serlo, sino que en estos casos dichos derechos ceden a favor de la libertad de información. Es esto lo que ha acontecido en el caso de la sentencia que analizamos. Un reconocidísimo torero, descendiente de una mujer que ha sido, en innumerables ocasiones, portada de las revistas de mayor tirada de nuestro país, y cuya vida íntima ha sido objeto de exposición pública a lo largo de su vida, revelando detalles de su vida personal y sentimental mediante su conducta diaria, considera que la revelación de datos concernientes a su vida privada y la de su difunta madre constituyen un claro atentado a su dignidad personal, materializado en la vulneración de su derecho a la intimidad.

Para valorar los intereses en conflicto, es necesario tener en cuenta los usos sociales, vistos desde la perspectiva de la propia conducta del sujeto en relación a aquello que decide reservar para sí. Con estos antecedentes el Tribunal Supremo no duda en considerar que no existe intromisión ilegítima ni en el derecho al honor, ni en el derecho a la intimidad, ni en el derecho a la imagen. La actuación de los medios de comunicación no es más que el reflejo de la propia conducta del recurrente. Tanto la captación de imágenes en lugares públicos, como la divulgación de su trayectoria sentimental o la muerte repentina de su madre en determinadas circunstancias, no suponen intromisión ilegítima de ningún tipo. La veracidad de lo que se relata, el carácter de personaje de gran proyección pública, que el propio ofendido reconoce, y la aplicación de la doctrina de los actos propios, que impiden a las personas actuar en contra de sus propios actos, son los argumentos utilizados por el Supremo para fallar en sentido opuesto a la intromisión ilegítima. (*L. Z. G.*)

18. Tutela de incapacitados: interpretación de la Convención de Nueva York sobre discapacidad de 2006, ratificada por España: compatibilidad con la Constitución y con la reforma de 1983.—Antes de examinar los motivos del recurso de casación esta Sala, y a la vista del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, debe establecer las reglas interpretativas que permitirán compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York de 2006, ratificado por España, y lo establecido en el Código

civil a partir de la reforma de 1983. La cuestión interpretativa se centra en el artículo 12 de la Convención, que establece:

«Art. 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.—1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionarán salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionadas al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.»

España ha tomado algunas decisiones de contenido diverso en el sentido que se establece en la Convención, a partir de la Ley 13/1983, especialmente mediante las Leyes 41/2003, 51/2003 y 39/2006. Así debe afirmarse que el Derecho español, en aplicación del artículo 49 CE, ha tomado la iniciativa en la protección de este grupo de personas que, por sus características personales, pueden sufrir una serie de limitaciones en su integración social y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil como en el ámbito del bienestar social. Cuál deba ser la forma de identificar la situación jurídica de estas personas no pertenece a este Tribunal decidirlo; será el poder legislativo quien fije las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de protección. Por último, la DF 1.^a de la Ley 1/2009 establece que el Gobierno remitirá un proyecto de ley reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención. La actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones, adaptables a su vez a cada concreta situación: a) la incapacitación; b) la curatela, y c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada por Ley 41/2003. La tradición interpretativa de esta Sala, a partir de la antigua STC de 5 de marzo de 1947 ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad.

Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, –entendida ésta en sentido jurídico–, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y, sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse: a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y b) la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona, y por ello hay que leer conjuntamente la Constitución Española y la Convención de Nueva York para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, por lo que: a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección; en este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación como ponen de relieve las SSTTS de 16 de septiembre de 1999 y 14 de julio de 2004. b) La incapacitación no constituye una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y a quienes no pueden gobernarse por sí mismas. Al enfermo psíquico, al que se refiere este caso, se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. En principio, por tanto, el CC no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificada por su falta de entendimiento y voluntad. c) La insuficiencia mental representa un estado patológico que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona; ésta sigue teniendo la cualidad de tal y poseyendo capacidad jurídica, y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida en que sea necesario para su protección.

El Derecho comparado muestra en los países de nuestro entorno cultural, firmantes asimismo de la Convención de Nueva York, aunque utilizándose distintos nombres, sistemas protectores que sustituyen al declarado incapaz para protegerle. Así el artículo 285 del CC de Québec; el artículo 404 del Código civil italiano de 1942, después de la reforma de 2004, prevé una *amministrazione di sostegno*; en Francia, después de la reforma de 1968 prevé la situación de las personas mayores de edad protegidas por la *sauvegarde de justice*; finalmente, en Alemania, se reformó el parágrafo 1896 BGB para introducir la *Asistencia legal* designado por el Juzgado de tutelas, respecto de los mayores de edad que no pueden cuidar total o parcialmente de sus asuntos por enfermedad psíquica o discapacidad física, psíquica o mental. Estos sistemas tienen una intensidad variable, pero siempre prevén que en aquellos ámbitos en los que se establezca la medida de protección, el asistente o tutor representará al incapaz, viniendo a coincidir con nombre diversos con los tres grados de protección existentes en derecho español antes

señalados. Dicho sistema no debe ser rígido en el sentido de no ser *standard*, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y, además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección.

Caracteres del sistema español de protección: evolución histórica.—

La citada STS de 5 de marzo de 1947, seguida por las SSTS de 13 de mayo de 1960, 25 de marzo de 1961, 17 de abril de 1965 y 6 de febrero de 1968, entendieron que la ley entonces en vigor (regulación de la tutela de 1889) tenía una laguna cuando no permitía regular los efectos de la debilidad o el atraso mental como distintos de los de la demencia o locura, laguna que atravesó ajustando la extensión de la tutela al grado de intensidad con que se manifiesta en cada caso la perturbación. La reforma de la Ley 13/1983 introdujo en el Código civil un sistema proteccionista, pasando del concepto tradicional capacidad/incapacidad a una situación adaptable a las necesidades de protección del destinatario de la medida. Desde entonces se viene sosteniendo por la jurisprudencia y la doctrina que la incapacitación sólo es un sistema de protección frente a limitaciones existenciales del individuo y que nunca podrá discutirse la cualidad de persona del sometido a dicho sistema. Posteriormente la Ley 13/2003, introduce un nuevo sistema de protección sin incapacitación, para personas en razón de su discapacidad, con relevancia en el ámbito del Derecho civil; este sistema no depende propiamente de la incapacitación, ni constituye un estado civil, y se aplica a quienes están afectados por una minusvalía psíquica igual o mayor al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%. La STC 174/2002, de 9 de octubre, declara que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la DDH de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, la incapacitación total sólo debe adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable. Sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención de Nueva York del 2006, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección; esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y 760.1 LEC 2000. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias; se trata de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse; por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.

Incapacidad total y permanente de la persona.—Queda acreditado en la prueba practicada que doña Victoria está afectada por una incapacitación total y permanente que limita funcionalmente la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes. La incapacitación es una medida de protección para quienes no pueden autogobernarse y, por tanto, se toma en su beneficio y no en el de los familiares o de otras personas del entorno. En consecuencia, no es posible someter a dicha persona a una medida cautelar como es la curatela que es una institución en la que se nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento, para que pueda realizar determinados actos, siendo

un órgano estable, pero, de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. El sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere un complemento de capacidad.

Pluralidad de tutores.—Los artículos 234 y 235 contienen una norma abierta en cuya virtud el juez debe proceder al nombramiento de tutor teniendo en cuenta siempre el beneficio del incapacitado, que debe ser apreciado libremente por el juez teniendo a la vista las circunstancias del caso, y lo mismo debe señalarse respecto al fraccionamiento de la tutela ente la protección de la persona y la administración de los bienes, que ha sido adoptada con estos parámetros en aplicación del artículo 236.1 CC. **(STS de 29 de abril de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En el informe del Médico Forense se dice que doña Victoria padece diversas enfermedades de evolución crónica, encontrándose en tratamiento con antiparkinsonianos, antihipertensivos, antiagregantes plaquetarios y neurolépticos sedativos; presenta temblor extremidad en labios, escasa rigidez, bradipsiquia e hipomimia. Presenta déficit de memoria referido a su persona, tiempo y espacio; abstracción y simbolización deficitarias. No gestiona ni sabe lo que gasta al mes; en el cuestionario SPMSQ presenta un índice de error de 6 puntos; alto grado de vulnerabilidad, dependencia afectiva que puede condicionar sus decisiones. En base a todo ello se concluye que la reconocida presenta trastorno cognitivo moderado, demencia senil, que limita funcionalmente la capacidad para regir su personalidad y administrar sus bienes de forma total y permanente. En el acto de la vista se ratificó en su informe e insistió en que la demandada presenta un trastorno moderado en intensidad, que, aun cuando no existe la pérdida total de sus facultades, no tiene la capacidad de discriminación y raciocinio normal, y que por ello no tiene capacidad para valorar la conveniencia o no de sus asuntos; que debe estar supervisada tanto en sus enfermedades como en sus asuntos; que es una limitación importante, pudiendo ser sugerida por terceros a la realización de comportamientos que no le convinieran. En la audiencia a sus seis hijos quedó constancia del claro y manifiesto enfrentamiento existente entre ellos en orden a la situación personal y patrimonial de la misma. La sentencia de la Audiencia Provincial concluye que doña Victoria evidentemente es una persona necesitada de protección, que sólo cabe obtener legalmente a través de los mecanismos de guarda, protección o custodia previstos en la Ley, por lo que aparece como necesaria la declaración de incapacidad de la misma. Y teniendo en consideración la importante cuantía de su patrimonio así como la situación de permanente enfrentamiento entre sus hijos, con dos grupos bien diferenciados, en orden a garantizar la mejor defensa de su persona y patrimonio, ha de considerarse plenamente adecuado que lo sea en su modalidad de incapacidad total con la constitución de la correspondiente tutela, tal y como ha hecho la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Como tutor de sus bie-

nes se designa a uno de los hijos, nombramiento que no se cuestiona, y como tutoras de la persona se designa a dos hijas, pertenecientes una a cada uno de los grupos enfrentados.

No se dice la edad de la incapacitada (¿habrá fallecido al pronunciarse el Tribunal Supremo? entre la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la del Tribunal Supremo transcurren casi nueve años); tampoco conocemos la magnitud del patrimonio de que aquélla era titular ni su composición (¿tierras o viviendas arrendadas? ¿empresas en funcionamiento? ¿acciones y participaciones?), ni su rendimiento durante los últimos años. Por lo demás, el “drama familiar” que viven las partes personadas en el pleito responde a un esquema bastante reiterado en los últimos años ante los tribunales españoles. Acaso hubo imprevisión por parte del marido fallecido al no haber puesto en funcionamiento alguno de los mecanismos legales actuales para asegurar la continuidad *pacífica* de la explotación del patrimonio familiar. Pero la aparente *normalidad* del caso se quiebra por la activa presencia del Ministerio Fiscal que irrumpe en el proceso de incapacitación y plantea un tema de enorme calado, a saber la compatibilidad del régimen de la incapacitación del Código civil con la Convención de la ONU, de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (BOE de 21 de abril de 2008), que ha entrado a formar parte del ordenamiento español conforme al artículo 96.1 CE y el artículo 1.5 CC. La adhesión del Ministerio Fiscal al recurso interpuesto por la mitad de los hijos de doña Victoria, dio un giro espectacular al indicado enfrentamiento familiar, reducido, en esencia, a someter a doña Victoria a curatela ya que el régimen tutelar –según cierta interpretación– había sido proscrito por la Convención de Nueva York.

NOTA.–Ha de llamarse la atención sobre esta importante STS, dictada por la Sala 1.^a compuesta por nueve Magistrados, que puede representar un hito clave en la futura reforma de la tutela de los incapaces (anunciada como inminente), y que de modo inequívoco resultará condicionada por la interpretación que se asigne al Convenio de Nueva York de 2006. Mientras llegue esa reforma, este notable fallo de la Sala 1.^a en pleno, ofrece una *sentencia interpretativa* pues resultará inevitable que en los futuros procesos de incapacitación que se planteen ante los tribunales españoles se hagan valer los argumentos del Ministerio Fiscal. En aquél debe destacarse –aparte su aportación de Derecho comparado– el esfuerzo por integrar globalmente en el sistema codicial las recientes normativas transversales (Leyes 41 y 51 de 2003 y 39/2006), sin perjuicio –a mi juicio– de no pocas contradicciones puntuales, comenzando por las terminológicas que la doctrina unánimemente denuncia. Pero esta sentencia, muy acertadamente, remite al legislativo la opción por la designación más adecuada, y ofrece una interpretación razonable para seguir considerando válida la regulación de la tutela de los incapacitados.

Casi queda en segundo término la resolución de los recursos de casación interpuestos contra las sentencias conformes de instancia, que resultan rechazados. Es salomónica la decisión de encomendar la tutela de la persona de su madre a dos de sus hijas pertenecientes a cada grupo de hermanos enfrentados. ¿Será la mejor solución para

doña Victoria? En cuanto a eliminar la opción de la curatela por enfermedad mental (art. 287), parece evidente que el probado grado de discernimiento de doña Victoria no le permite dirigir en persona la gestión de su –al parecer–, importante patrimonio (G. G. C.)

19. Alcance del derecho de asociación. Artículo 22.1 CE.–El concepto de asociación parte del dato esencial de organización y tiene como primer requisito la agrupación de personas, a la que el Derecho le da personalidad jurídica. La asociación, reconocido su derecho por el artículo 22.1 CE, tiene tres facetas: las asociaciones *stricto sensu* reguladas por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, las asociaciones con ánimo de lucro, civiles (art. 1665 del CC) o mercantiles (art. 116 CCO y leyes de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada) y las asociaciones con legislación específica.

Como ha reconocido el Tribunal Constitucional, el artículo 22.1 CE se proyecta sobre la totalidad del fenómeno asociativo: así lo dice explícitamente la S. 5/1996, 16 de enero. (**STS de 23 de febrero de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.–El día 5 de marzo de 2001 en Barcelona y el 27 de agosto de 2001 en Madrid, salen a la luz MD y MD2, periódicos diarios de distribución gratuita editados por M.N., S.L. Tras seguir los pasos oportunos, M.N., S.L. consigue su adscripción a la Oficina de Justificación de la Difusión (OJD) y tras presentar la primera «declaración del editor», se le otorga la «acreditación de tirada y distribución» en diciembre de 2001.

El 18 de julio de 2002, la OJD impone una sanción a la sociedad M.N. en aplicación del artículo 14 del Reglamento de Trabajo para el Control de Publicaciones de esta entidad de comprobación de la realidad de la difusión de los medios de comunicación (por falsedad en los datos hechos públicos con relación a las cifras de tirada, difusión o distribución y por la publicación de dichas cifras elaboradas con manifiesta finalidad de perturbar o confundir el mercado publicitario) con la suspensión temporal forzosa de su relación con ella, por un plazo de dos años. M.N., S.L. entendió que con ello se había vulnerado el derecho de asociación que proclama el artículo 22 CE y formuló demanda contra OJD.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirmó la anterior

NOTA.–Analizada la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada sobre el derecho de asociación reconocido por el artículo 22.1 CE, las sentencias parten de un presupuesto, cuya discusión ni se plantea, cual es la condición de asociado del demandante, que en el supuesto contemplado en la sentencia anotada no se da pues la sociedad demandante nunca llegó a ser socio de la sociedad anónima demandada, ni, por ende, miembro de la asociación entendiendo que la sociedad forma parte del concepto amplio de asociación. Así ocurre con las SSTS, relativas a casos de expulsión de miembros de asociación de 17 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10280), 26 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7849), 14 de enero de 2000 (RJ 2000, 137), 23 de junio de 2006 (RJ 2006, 3743).

La sentencia anotada resalta el hecho de que la sociedad demandante nunca fue socio de la misma, sino que su relación contractual con ella fue de adscripción, regulada por el Reglamento de Trabajo como un procedimiento que nada tiene que ver con la adquisición de la cualidad de socio en una sociedad anónima. (*M. C. L. J.*)

20. Cooperativas. Control jurisdiccional de la actividad interna de las asociaciones cuando la misma pueda suponer vulneración de principios constitucionales o infracción de normas imperativas.—La doctrina constitucional sobre el control jurisdiccional de las asociaciones declara que la actividad de las mismas no forma naturalmente una zona exenta de control judicial (STC de 22 de noviembre de 1988), ya que de acuerdo con el artículo 22 CE, la autonomía de las asociaciones para establecer su propia organización forma parte también del núcleo de este derecho fundamental. Y en lo que se refiere a las causas de exclusión de los socios y sus procedimientos, los tribunales deben respetar su derecho de autoorganización (SSTC de 14 de junio de 1999 y 27 de abril de 2006). Sin embargo, no quedan exentos de este control los acuerdos que pudieran implicar vulneración de principios fundamentales tanto de la Constitución como de las normas imperativas de la legislación sobre cooperativas.

Naturaleza constitutiva de la inscripción de los acuerdos sobre modificaciones estatutarias. Imposibilidad de aplicar las sanciones establecidas hasta que el acuerdo haya sido inscrito en el Registro de cooperativas. Tipicidad de las sanciones.—El artículo 19 de la Ley 37/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, establecía que la inscripción de las modificaciones de los estatutos era constitutiva. Este carácter constitutivo supone que sólo a partir de la inscripción del acuerdo se producirá la modificación acordada. Consecuencia de lo anterior, al no estar inscrito el acuerdo, la sanción no estaba tipificada al tiempo de imponerse, por lo que en aplicación del principio de tipicidad de las sanciones del artículo 25.1 CE, debe concluirse que nadie puede ser sancionado por una causa que no estaba tipificada en el momento de cometerse el acto por el cual se impone la sanción. (**STS de 6 de abril de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La cooperativa «S.C.V.L.» modificó en julio de 2001 sus estatutos, incorporando una nueva falta muy grave y nuevas sanciones a su comisión. Este acuerdo fue finalmente inscrito en el Registro de Cooperativas en marzo de 2002. Entre una fecha y otra los socios doña Eva, don Armando, doña Lorenza y don Cristóbal fueron objeto de un expediente por infracciones muy graves, en el que se les impuso por el Consejo Rector, en septiembre de 2001, la sanción de expulsión; ratificada posteriormente por la Asamblea General en noviembre del mismo año. Los actores demandaron la nulidad del acuerdo de expulsión al considerar que en tal momento era aplicable el artículo 19 de la Ley de Cooperativas de 1987, que establecía el carácter constitutivo de la inscripción de la modificación de los estatutos, de suerte que la sanción aplicada, al no haberse inscrito la referida modificación hasta marzo de 2002, no estaba vigente al tiempo de serles impuesta. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y declaró la nulidad de dicho acuerdo. La Audiencia Provincial de Murcia estimó el recurso de apelación de la entidad demandada y, con revocación de aquélla, des-

estimó la acción planteada. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de los actores. (*L. A. P. M.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

21. Error al venderse como divisible un inmueble que no lo era: nulidad del contrato.—Se declara nula la venta de un inmueble en la creencia errónea de ambos contratantes de que era divisible en régimen de propiedad horizontal.

Determinación del valor de restitución (art. 1303 CC): no es el valor actual de mercado sino el de las prestaciones recibidas con los intereses.—Declarada la nulidad de un contrato, las partes quedan obligadas a la restitución recíproca de lo que hubieren recibido en virtud del mismo, con los intereses, sin que del principio aplicable de evitar el enriquecimiento injusto se derive para el vendedor la obligación de entregar al comprador el valor actual de mercado del objeto de la venta. «Si de lo que se trata es de reponer a los contratantes al estado patrimonial que tenían antes de contratar, obvio resulta que no se puede atender a la ulterior revalorización que (...) hayan ido experimentando los bienes objeto del contrato. De hacerlo así sí se consagraría una situación de enriquecimiento injusto». (**STS de 15 de abril de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Los demandados habían comprado en escritura pública un inmueble con varias plantas edificadas, y se habían obligado por documento privado de venta en la misma fecha a entregar dos de las plantas a los demandantes. Los demandantes solicitan se eleve a escritura pública el contrato celebrado o, subsidiariamente, se condene a los demandados a entregarles el valor actual de mercado de las plantas objeto de la compraventa. Los demandados alegan la imposibilidad de cumplimiento de lo pactado y argumentan que la inmobiliaria interviniente había informado erróneamente a ambos matrimonios, como si el inmueble fuera divisible en régimen de propiedad horizontal, no siéndolo. En primera instancia se declaró la nulidad del contrato privado de compraventa por la «imposibilidad jurídica» de cumplimiento perfecto del contrato y se ordenó la restitución recíproca de las prestaciones realizadas hasta el momento. Por tanto, se rechazó el pedimento subsidiario formulado en la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la nulidad del contrato «por inexistencia de objeto» y rechazó expresamente de nuevo el pedimento subsidiario, que fue objeto del recurso de casación.

NOTA.—Pese a que en casación no se discute la calificación del contrato de compraventa que la Audiencia Provincial realiza, estimando la nulidad «por inexistencia del objeto», podíamos considerar si estamos ante un caso de nulidad relativa por error, vicio del consentimiento, pues existen las plantas objeto de la compraventa (que de hecho estaban siendo usadas por los compradores), si bien no son divisibles en régimen de propiedad horizontal conforme a lo previsto en el contrato. La aplicación del artículo 1303 CC, como resultado, sigue siendo la misma en uno y otro caso. Cualquiera de

los contratantes estaría legitimado para invocar la nulidad en este caso pues ambos contrataron viciados por el error motivado por la inmobiliaria interviniente. (C. J. D.)

22. Responsabilidad por dolo. Normas de validez del contrato y normas de responsabilidad.—El dolo genera responsabilidad, en cuanto acto ilícito, que algún autor ha calificado como «delito civil» con obligación de reparar los daños y perjuicios. Aunque es cierto que la aplicación al caso de las normas de validez y de las de responsabilidad está interrelacionada, pues el daño no ha de ser el mismo en el caso de anulación que en el de mantenimiento del contrato, las acciones para exigir una u otra consecuencia (anulación o reparación de los daños) son distintas y pueden ejercitarse conjunta o separadamente. No desvirtúa la distinción el hecho de que la anulación provoque una acción de restitución (art. 1307 CC) que, a efectos prácticos, podría producir los efectos de una acción de responsabilidad, pues la acción de restitución, consecuencia de la acción de anulación, no es una acción de reparación de daños.

La jurisprudencia de la Sala 1.^a ha reconocido la existencia de las acciones de anulación y de resarcimiento en los supuestos de invalidez. Cabe citar, entre otras, las SS de 31 de mayo de 1921, en que se planteaba el problema, aunque no se accede a la solución propuesta por el actor, que pretendía una indemnización por la vía de acción de restitución y las posteriores de 18 de junio de 1955, 28 de octubre de 1974, 26 de octubre de 1981, 1 de octubre de 1986, 18 de julio de 1988 y 31 de octubre de 2001. De ellas, el Alto Tribunal destaca la de 26 de octubre de 1981 y la de 31 de octubre de 2001. En la primera de ellas se examina un supuesto de reticencia dolosa, en que una de las partes calla o no advierte debidamente a la contraparte, en pugna con el deber de informar exigible por la buena fe, y se conceden daños, si bien aceptando la exclusión, declarada en la instancia, de aquellos daños en los que no se aprecia el nexo o relación de causalidad entre el acto doloso causante y el gasto que se reclama como perjuicio indemnizable. La última de las citadas sentencias se refiere también a un caso en que la parte recurrente denuncia haberse producido reticencia dolosa y la Sala estima que «los tratos negociales preparatorios han de estar salvaguardados por la buena fe y pueden generar responsabilidad civil por razón de culpa *in contrahendo*, que cabe proyectar al caso del daño ocasionado por incumplimiento del contrato por feccionado»; pero la responsabilidad contractual que se pide no resulta aceptada porque «las conductas deformadoras del ilícito civil omisivo por el silencio y reticencia que imputa actuaciones de ocultación en su cartera económica, no se probaron de forma adecuada y convincente».

La cuestión sobre el ejercicio de acciones derivadas del dolo ha sido examinada, por otra parte, en la S. de 18 de enero de 2007, en la que se decide que cabe el ejercicio acumulado de las acciones de anulación y de reclamación de daños y perjuicios, como cabe el ejercicio de la acción de anulación sin reclamar ninguna indemnización y también cabe el ejercicio de la acción de reclamación de daños y perjuicios, sin ejercitar la acción de anulación.

Responsabilidad precontractual.—Se ha de convenir con la más autorizada doctrina en que la acción de responsabilidad es de naturaleza contractual, y por ende en cuanto a la prescripción se regirá por el artículo 1964 CC. A esta conclusión se llega tanto al considerar que la presencia de un contrato en vigor aparta el tema de los supuestos de responsabilidad contractual, cuan-

to si se estima que la moderna dogmática contractual exige la incorporación de las declaraciones efectuadas durante los tratos preliminares como promesas contractuales, lo que ya se establece de modo expreso para la protección de los consumidores en la legislación protectora. Las representaciones efectuadas durante la fase de tratos preliminares pueden configurar el comportamiento que se espera del deudor y servir de pauta para determinar la existencia de un incumplimiento. Además, esta responsabilidad comprendería no sólo el llamado «interés contractual negativo», sino el «interés contractual positivo», pues la indemnización por dolo ha de referirse a la totalidad del daño provocado por el engaño que ha frustrado el desarrollo normal del contrato y ha impedido la satisfacción del interés del *deceptus*. (STS de 24 de abril de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—En los primeros meses de 1988 la familia A. poseía un 58,78% del capital de la empresa P.C. S.A. constituida en 1959. El resto se hallaba en manos de accionistas minoritarios. Uno de estos accionistas minoritarios, D. M., titulaba el 7,41% del capital.

El 2 de octubre de 1987 este accionista como miembro del Consejo de Administración, remitió una carta al Presidente en la que le hacía saber la incoherencia de los resultados económicos y la falta de información por parte de la familia A. al resto de accionistas minoritarios.

En tal situación de discrepancia y tras diversas reuniones con la familia A., se propuso a D. M. la compra de sus acciones, lo que fue aceptado por éste y, tras solicitar información sobre la situación patrimonial societaria y acceder a la información que le fue facilitada, en concreto el Balance cerrado en 31 de diciembre de 1987, optó por vender su participación. El 6 de julio de 1988 se formalizó la póliza, adquiriendo las acciones la hija del presidente de la Compañía.

Cuatro meses más tarde, la familia A. vendió acciones que representaban el 93,29% del capital a una sociedad alemana por una cuantía superior a la que habían adquirido las acciones a D.M.; cuatro años más tarde el resto de los títulos fueron vendidos por un precio aún superior.

El 24 de abril de 2002 D. M. presenta demanda contra la compradora, postulando sentencia por la que se condene a la demandada a resarcir al actor daños y perjuicios.

A juicio del actor la venta de acciones de la que traen causa las actuaciones le produjo un grave perjuicio económico porque se le ocultó dolosamente la existencia de una oferta de compra y las negociaciones que se estaban llevando a cabo con la empresa alemana.

La sentencia de primera instancia estima la excepción de prescripción opuesta por la demandada al considerar que se ejercita una acción difícil de individualizar pero que considera de naturaleza contractual y que acaba identificando con la prevista en el artículo 1301 CC en relación con los artículos 1269 y 1270 CC, cuyo período de prescripción es de cuatro años.

La Sala de Apelación estima que se está reclamando una responsabilidad precontractual o por culpa *in contrahendo* a la que se

ha de aplicar el tratamiento de la responsabilidad extracontractual y por ello estaría más que prescrita.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, interpuesto por el demandante, porque considera que en el supuesto no cabe apreciar dolo reticente. A juicio de la Sala no se trata de un supuesto en que la ley imponga deberes de información sino de un caso en que el vendedor de las acciones no es informado por el comprador de que los accionistas que componen la mayoría tienen ofertas de compra por precio superior al que se deduce del Balance y se está considerando para la operación de compraventa que se proyecta. En el caso el Tribunal Supremo valora que se trata de una relación entre socios lo que acentúa los deberes de lealtad y además supone que la información sobre el estado real de la sociedad y por ende sobre el valor de las acciones está en poder del adquirente más que del transmitente; pero hay que tener en cuenta también que el vendedor era miembro del Consejo de Administración y tenía, por ello, acceso a los libros y cuentas de la compañía, lo que puede traducirse en un defecto de auto-información que le sería imputable. En la doctrina no existe obligación de desvelar el error que consiste en la ignorancia de una cualidad positiva de un bien que lo revaloriza. (*B. F. G.*)

23. Dolo negativo o por omisión.—El dolo existe no sólo cuando se induce a contratar con palabras insidiosas que vician el consentimiento sino también cuando se omite la información que exige la buena fe. No puede gravarse al comprador con la carga de poner todos los medios (consultas a Registros y Autoridades Administrativas) a fin de conocer la situación del inmueble que adquiere y los riesgos que pueden afectar a la propiedad en el futuro.

Omisión del deber de información y dolo grave.—Es grave y por tanto hace anulable el contrato el dolo consistente en omitir una información relativa al riesgo considerable de pérdida futura de los bienes adquiridos.

Cláusula de renuncia al saneamiento por evicción.—No puede aplicarse la cláusula de renuncia al saneamiento por evicción para evitar la anulación del contrato por dolo, cuando se evidencia la existencia de un procedimiento administrativo incoado antes del contrato y del que no se informó al comprador, porque dicha cláusula no implica la aceptación del resultado de dicho proceso: «No se puede circunscribir la efectividad de la cláusula de renuncia al saneamiento por evicción a las posibles incidencias jurídico administrativas del bien objeto del contrato». (**STS de 26 de marzo de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El demandante compró un local kiosko-bar en uno de los bajos de un paseo marítimo, y el derecho al usufructo de la concesión administrativa de la terraza adjunta. En el contrato de compraventa se introdujo una cláusula penal que estipulaba como pena recíproca el cuarenta por ciento de la cantidad percibida. Constaba en el contrato además una cláusula en virtud de la cual «el comprador declara conocer y acepta la situación física de lo que es objeto de la compraventa, por lo que renuncia al saneamiento por evicción». En la demanda se ejercitaron consecutivamente

las acciones de nulidad, rescisión y resolución del contrato, alegando el actor haber tenido conocimiento al poco tiempo de contratar del expediente administrativo de recuperación posesoria de oficio de la finca objeto del contrato, expediente que era conocido por el vendedor y cuya existencia se le había ocultado maliciosamente. El vendedor formuló reconvencción solicitando la resolución por incumplimiento del comprador y alegando que, por su condición de actor industrial de la zona, este último debía conocer los riesgos que asumía. Uno y otro acompañaban el ejercicio de las correspondientes acciones de otras en que solicitaban se ejecutase la cláusula penal a su favor y se les indemnizara por los daños y perjuicios. En primera instancia se estimó la reconvencción. La Audiencia Provincial revocó la anterior y declaró nulo el contrato, pero sin dar cauce a la ejecución de la cláusula penal ni a la pretensión indemnizatoria. (C. J. D.)

24. Integración del contrato: artículos 1258 y 1283 CC.—Pese a su distinta consideración material y contable, no puede ignorarse que tanto el importe de las subvenciones como el de las primas procedentes de las ampliaciones de capital tenían por objeto proporcionar los ingresos necesarios para dotar a la sociedad demandada de solvencia y de recursos económicos, así como sufragar los gastos de la explotación y mantener el equilibrio patrimonial de la mercantil. Participaban, pues, de una misma finalidad, por más que el medio empleado para conseguirla fuera de diversa naturaleza. La base del canon lo formaban los ingresos de explotación derivados de los conceptos específicamente contemplados, y no los beneficios de la explotación, como resultado de ingresos de cualesquiera procedencia o de cualquier aumento de valor patrimonial. Esa especificidad no era sino el reflejo de la situación que, en orden a la financiación de la mercantil, se daba al tiempo de la celebración del contrato, y no el deseo de constreñir la base del cálculo del canon a determinados ingresos, con la exclusión implícita de cualquiera otros posibles, ya novedosos, ya sustitutorios de los anteriores. No se modifica, pues, el contenido negocial, sino que se fija éste frente al vacío ocasionado por esa variación de circunstancias, atendiendo a la finalidad económica perseguida por las partes, a la identidad funcional de los medios de dotación de recursos económicos considerados, y a la confianza legítima de quien esperaba obtener un beneficio, también legítimo, en función de las circunstancias existentes y contempladas por los contratantes. La buena fe objetiva, delimitadora del contenido negocial, impone, pues, la equiparación entre aquellos medios de dotación de recursos a los efectos de determinar la base del cálculo de la prestación económica, con objeto de preservar el equilibrio del contrato, cuyo restablecimiento cabría considerar incluso desde la perspectiva de la estricta aplicación de la cláusula o regla *rebus sic stantibus*, tal y como ha sido definida doctrinal y jurisprudencialmente (STS 25 de enero y 1 de marzo de 2003).

Principio *in illiquidis non fit mora*, artículo 1100 CC: inaplicación.—Con la sentencia de instancia, debe negarse carácter constitutivo a la resolución que fija definitivamente *in totum* las cantidades objeto de condena, una vez fueron determinadas, tras la realización de las correspondientes operaciones aritméticas con los datos facilitados por la prueba aportada al proceso, pues la obligación pecuniaria deriva del contrato, y en él se establecían los

intereses moratorios, de forma que la sentencia, lejos de crear o modificar la relación obligacional, declara la existencia de dicha obligación y condena al pago del principal y de los intereses en la forma convenida en el contrato. (STS de 12 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—AGEDI concedió a una emisora de televisión autorización no exclusiva para que utilizase los fonogramas del repertorio de la primera, a cambio de una remuneración consistente, según los términos del artículo IV del contrato, en dos cánones, uno en concepto de derecho de comunicación, y otro en concepto de derecho de reproducción. Se establecía que la base de los cánones estaría constituida por los ingresos de explotación de la mercantil concesionaria, considerándose como tales las subvenciones que percibiera con destino a dicha explotación, las cuotas de los abonados y las de publicidad. A partir del año 1997, desaparecieron las subvenciones a la explotación que constituían el principal componente de la base para el cálculo del canon. La entidad de gestión intelectual considera que tales primas de emisión de acciones, al configurarse como recursos económicos del ente televisivo procedentes de la Comunidad Autónoma, y, por tanto, al tener el mismo destino, el mismo destinatario y la misma finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos de la televisión, debían ser tenidos en cuenta a los efectos de determinar la base de cálculo del canon que constituye la contraprestación económica prevista en el contrato. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. La entidad demandada interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial desestimó el recurso. (S. M. S.)

25. La interpretación y calificación de los contratos depende del tribunal de instancia.—Reiterada jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 20 de julio de 2006, 13 de mayo de 2007 y 14 de febrero de 2008) mantiene que la interpretación y calificación de un contrato no puede ser revisada en casación, salvo que sea arbitraria, ilógica o absurda.

Contrato de mandato: ¿casación por vulneración del artículo 1709 CC?—Nuestro Alto Tribunal recuerda en esta sentencia que el artículo 1709 CC es un precepto genérico que no puede por sí mismo fundar un motivo de casación. (STS de 20 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La empresa P. y C., S. A., adquirió mediante un contrato de compraventa cierto número de participaciones en que se dividía el capital de la empresa E., S. L.

El precio de la venta se depositó, mediante un pagaré, en poder de J. E., abogado en ejercicio, a la espera de la determinación definitiva de cuál era el patrimonio neto de la empresa E., S. L. En función de la cuantía del patrimonio de la citada empresa que debía determinar un auditor nombrado por el depositario, éste debía entregar a los vendedores la totalidad de la suma de dinero recibida

en depósito o la parte proporcional correspondiente a los vendedores y a la compradora o incluso, íntegramente a esta última.

Por otra parte, los vendedores se obligaron a constituir una hipoteca sobre una finca propiedad de un tercero (la empresa G. M., S. L.), en garantía de la reparación de los perjuicios que pudiera sufrir la compradora por la aparición de pasivos ocultos.

La empresa P. y C., S. A., interpone una demanda en la que solicita a J. E. la restitución del depósito, con fundamento en el artículo 1775 CC, y una indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento de sus obligaciones. Asimismo solicita se condene a los vendedores a pagar una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación de constituir una hipoteca en cuanto a las cantidades que el auditor había considerado como pasivos ocultos.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial lo estima en parte y estima parcialmente la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por dos de los demandados. (M.J.P.G.)

26. Perfección de los contratos: concurso de oferta y aceptación.—

Entiende la Sala que aunque el contrato se suscribía entre CEDIDE y ATV, resultaba probado que la intervención personal de don Pedro Enrique resultaba sustancial para la perfección del mismo sin que pudiera intervenir ninguna otra persona ya que en el referido contrato el mismo asumía obligaciones personales, tanto en relación con sujetar los contenidos del programa a los criterios que sobre estilo y contenidos mismos tenía fijados ATV, como en su responsabilidad frente ATV por los posibles daños que pudieran ocasionarle a la misma y a sus directivos las reclamaciones de terceros, razón por la que el contrato no quedó perfeccionado al haber sido firmado por don Pedro Enrique con posterioridad a que ATV notificara a CEPIDE la retirada de su oferta el día 28 de julio de 2000, lo que a juicio del Alto Tribunal se ajusta a la jurisprudencia de la Sala sobre el artículo 1262 CC que permite al oferente revocar su oferta siempre que lo haga antes de la aceptación de la otra parte. (STS de 29 de enero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La empresa CEPIDE ejercita demanda por incumplimiento de contrato y reclamación de cantidad por importe de 3.192 millones de pesetas contra la mercantil ATVE, oponiéndose esta con fundamento en que el contrato no había quedado perfeccionado al haberse retirado la oferta hecha por la misma con anterioridad a la firma de aquel por don Pedro Enrique, administrador único de CEPIDE.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenando a indemnizar a la actora los daños y perjuicios causados fijados en su FJ 4.º, a liquidar en período de ejecución de sentencia hasta el límite reclamado en la demanda. Recurrida en apelación por ambas partes la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por la mercantil ATVE revocando la sentencia de primera instancia y absolviendo a la demandada de todos los pedi-

mentos de la demanda. Interpuesto recurso de casación por CEDIDE, basado en ocho motivos, la Sala desestima todos ellos. (C. S. R.)

27. Interpretación y aplicación del principio *in iliquidis non fit mora*.—Frente a una interpretación inicial, conforme a la cual la discrepancia de las partes sobre la cuantía de la deuda convertía automáticamente en necesario un proceso para liquidarla y, por ello, en ilíquida la deuda hasta la sentencia (SSTS de 15 de febrero y 30 de noviembre de 1982 y 21 de junio de 1985), la jurisprudencia ha evolucionado posteriormente y rechaza este automatismo en la aplicación del principio *in iliquidis non fit mora*. Concretamente, en la actualidad, se valora la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama (el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y demás circunstancias concurrentes), a fin de evitar situaciones en las que al deudor le basta con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada (entre otras muchas, SSTS de 5 de abril y 20 de diciembre de 2005 y 31 de mayo de 2006). Según el Tribunal Supremo, este criterio moderno de la razonabilidad para decidir la procedencia o no de condenar al pago de intereses y para la concreción del *dies a quo* del devengo da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego y, en definitiva, a la plenitud de la tutela judicial (STS de 24 de julio de 2008).

Iliquidez de la deuda cuando existe una considerable distancia entre lo concedido y lo reclamado.—Si bien la reducción del importe de la indemnización no excluye por sí misma la mora y sus efectos (STS de 24 de julio de 2008), la existencia de una considerable distancia entre lo postulado y lo concedido sí puede llevar a no reconocer el cobro de intereses legales moratorios (entre otras, SSTS de 7 de noviembre de 2001, 20 de marzo de 2003 y 6 de octubre de 2006). (STS de 6 de abril de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don E., trabajador de la entidad LH, S.A., en la que estaba dedicado a la manipulación y etiquetado de botellines de productos liofilizados entre los que se contaba la vacuna atenuada de brucelosis para el ganado ovino y el caprino, contrajo como consecuencia de su actividad la enfermedad de la brucelosis. Interpuso entonces demanda contra la entidad LH, S.A., así como contra el jefe de personal y el jefe de producción, en reclamación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la misma y alegando la falta de adopción de suficientes medidas de seguridad e higiene en el trabajo por parte de la empresa y de las personas responsables dentro de la misma. La demanda fue estimada en primera instancia, si bien sólo parcialmente, pues el Juzgado de primera instancia rebajó la indemnización solicitada de 86 millones de pesetas a 30 millones, más los intereses legales desde el día de la presentación de la demanda. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia provincial estimó parcialmente el recurso y rebajó la indemnización a, aproximadamente, a 90.000 euros, igualmente, más los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda, al considerar que la sentencia se limi-

ta a determinar el montante de la deuda, en cuanto deuda de valor, que forma parte del patrimonio del acreedor o dañado desde el momento de la causación del daño.

La entidad LH, S.A. y los otros dos demandados interpusieron entonces recurso de casación, que tras el trámite admisorio, quedó circunscrito al pronunciamiento sobre los intereses legales de la indemnización concedida. A juicio de los demandantes, no cabe exigir el interés legal desde el momento de presentación de la demanda, cuando se trata de una indemnización o de una deuda de valor no constatada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (A. M. M.)

28. Intereses remuneratorios y moratorios: plazo de prescripción.—

Aunque no aprecia la prescripción de la acción, la Sala afirma que la acción para reclamar los intereses moratorios está sujeta al plazo de prescripción general que establece el artículo 1964 CC y no al que fija el apartado tercero del artículo 1966 del mismo cuerpo legal y que conforme al principio general del derecho *accessorium sequitur principale*, estando prescrita la obligación de pagar intereses remuneratorios, estos no pueden dar lugar a intereses moratorios por su impago cuando así procediera o cuando entre las partes hubiera mediado un pacto de anatocismo. (STS de 26 de enero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El día 11 de mayo de 1988 se suscribió un préstamo con garantía hipotecaria entre Banesto y don José, doña Penélope y don Mariano, doña Angeles y don Francisco como deudores solidarios por importe de 20.000.000 de pesetas. Se pactó un interés remuneratorio del 15%, un plazo de vigencia de 6 años y un período de carencia de un año para el pago del capital. Se estipuló que el deudor incurriría en mora automáticamente el día siguiente al impago mensual de principal o intereses, pactándose un interés moratorio del 21% y que ello podría dar lugar, a instancia del Banco, al vencimiento anticipado del crédito. Ante el impago de la deuda se practicó liquidación el 28 de febrero de 1989, se dio por vencido el préstamo y se reclamó a los deudores, en juicio ejecutivo, la cantidad de 25.291.667 pesetas a las que había que sumar los intereses de demora al tipo pactado, adjudicándose Banesto, con fecha de 15 de abril de 1996 la finca hipotecada por 11.691.667 pesetas quedando un resto de capital pendiente de pago de 11.691.667 pesetas. Con fecha de 30 de abril de 2001 se practica por Banesto nueva liquidación que arrojó la cifra de 11.691.667 pesetas de principal y de 40.973.169 pesetas de intereses moratorios calculados al 21% anual lo que hacia la cantidad global de 52.664.836 pesetas (316.552,04 euros). Esta es la cantidad que se reclama en el presente pleito por la vía del juicio ordinario.

El Juzgado de Primera Instancia acogiendo íntegramente la demanda condenó a los deudores, solidariamente, al pago de 316.522 euros más los intereses que se produjeran sobre el capital. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó confirmando íntegramente la de primera instancia. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo no dio lugar al mismo. (C. S. R.)

29. Intereses moratorios y reclamación judicial: inicio del devengo.–

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo en alguna ocasión ha declarado que la mora del deudor, cuando sea necesaria la interpelación y ésta se efectúe judicialmente, se produce cuando aquel es emplazado, ya que es entonces cuando conoce o puede conocer que el acreedor le reclama el pago (SSTS 15 de febrero de 1994, 15 de noviembre de 2000 y 29 de junio de 2004). Pero, como la reclamación judicial está sujeta a unas reglas específicas de naturaleza procesal, las cuales establecen cuando hay que entender que una pretensión se encuentra sometida a la futura decisión del Tribunal y, por ello, cuando cabe hablar de litispendencia, son numerosas las sentencias que declaran producida la mora no con el emplazamiento del demandado, sino con la mera interposición de la demanda (SSTS 25 de octubre de 2002, 16 de noviembre de 2007 y 8 de mayo de 2008, entre otras muchas). A la doctrina que sostienen estas últimas sentencias, cabe añadir hoy la conveniencia de contribuir en lo que sea posible a que las consecuencias de la morosidad resulten disuasorias. (**STS de 20 de enero de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.–En virtud de un contrato de ejecución de obra, la entidad demandante (constructora) se convirtió en acreedora de la entidad demandada (dueña de la obra) de una determinada suma de dinero, reconocida en primera y segunda instancia. El recurso de casación que interpuso la demandante tiene como cuestión única la de determinar si los intereses moratorios de la citada suma los debe la demandada desde la fecha en que fue emplazada para personarse en las actuaciones (que es declarado por la Audiencia) o desde la fecha en que la demanda ha de considerarse interpuesta conforme a las leyes procesales. Esta última postura fue la recogida en casación. (*I. D.-L.*)

30. Contratos. Mora del deudor: compatibilidad con deuda ilíquida.–La jurisprudencia ha dejado de considerar que la liquidez de la deuda sea un presupuesto de la mora del deudor, al admitir la existencia de ésta aunque en la demanda se hubiera reclamado el pago de una deuda de cuantía superior a la finalmente declarada en la sentencia y, por lo tanto, aunque el proceso hubiera servido para liquidar la obligación, consecuentemente se rechaza la regla «*in illiquidis non fit mora*».

Contratos. Mora del deudor: no retraso de la otra parte.–Sin embargo, el que sea posible la mora del deudor pese a que el proceso hubiera sido preciso para liquidar la deuda no quiere decir que dicho retardo cualificado no exija la concurrencia de sus verdaderos presupuestos, entre ellos, el consistente en que no se compense con el retraso de la otra parte de la relación jurídica en el cumplimiento de una prestación recíproca. (**STS de 21 de enero de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.–La entidad R interpuso demanda contra T, SL con la pretensión de que se declarase la resolución de contrato conforme a derecho. T, SL interpuso contra R otra demanda, que fue acumulada, solicitando se declarase la resolución del vínculo contractual que le unía a R, pero con causa en incumplimientos a ésta

imputables. El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid estimó parcialmente la demanda de R e igualmente estimó parcialmente la demanda de T, SL. La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación de R y estimó parcialmente el formulado de contrario. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

31. Imposibilidad sobrevenida. Obligación de hacer.—En cuanto a la imposibilidad sobrevenida, el Tribunal Supremo mantiene (SSTS de 30 de abril de 2002, 21 de abril de 2006, entre otras) que ha de hacerse una interpretación restrictiva y casuística, atendiendo a «los casos y circunstancias», que la imposibilidad sobrevenida ha de ser definitiva y no haberse producido por culpa del deudor (SSTS de 17 de marzo y 20 de mayo de 1997, 14 de diciembre de 1998, etc.) y que no hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo de voluntad del deudor (SSTS 14 de febrero y 12 de marzo de 1994, 20 de mayo de 1997, etc.), así como que para apreciar la imposibilidad sobrevenida se requiere que el deudor no se halle en mora (SSTS de 23 de febrero de 1994, 30 de abril de 2002, 21 de abril de 2006, etc.).

El esfuerzo del deudor para cumplir, cuando la prestación no ha sido correctamente ejecutada en el tiempo convenido, no le exonera por sí mismo, ni mucho menos equivale al cumplimiento.

En los supuestos de «caso fortuito» (art. 1105 CC) que alguna jurisprudencia hace equivaler a la ausencia de culpa, la posibilidad de previsión se mide de acuerdo con los criterios de la diligencia exigible o prestable (SSTS 4 y 23 de noviembre de 2004, 2 de enero de 2006), cuyo más correcto entendimiento, por otra parte, se encuentra en la presencia en el caso de eventos o hechos exteriores que, por quedar fuera del ámbito de control del deudor, rompieran la relación de causalidad entre la acción u omisión del deudor y los daños experimentados por el acreedor (SSTS de 23 de abril de 1999, 4 y 18 de abril de 2000, etc.).

La falta de autorización administrativa, por sí sola no constituye caso fortuito si no se llega a precisar qué relación cabría establecer entre el comportamiento del deudor y la denegación de las licencias preceptivas. (**STS de de abril de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penades.]

HECHOS.—Se interpone demanda por Comunidad de Propietarios contra Promotora, solicitando el cumplimiento de la obligación de instalar los servicios acordados y la asunción del coste de dichos servicios sufragados por los demandantes, junto con indemnización de daños y perjuicios.

La parte demandada alega su intención de cumplimiento pero dice encontrarse ante circunstancias que provocan imposibilidad de cumplir la prestación acordada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, reconociendo la obligación de la promotora de realizar las actuaciones necesarias para dotar a los propietarios de los servicios acordados e imponiendo el cumplimiento en forma específica.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial. (*M. R. D. R.*)

32. Contratos. Interpretación jurisprudencial del artículo 1124 CC.—La jurisprudencia a la hora de interpretar y aplicar el artículo 1124 CC, ha abandonado hace tiempo las posiciones que exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, para atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato.

Contratos. Incumplimiento del comprador.—El incumplimiento por el comprador faculta al vendedor a ejercer la facultad resolutoria prevista en el artículo 1504 CC, pero dicho incumplimiento ha de ser sustancial.

Contratos. Novación subjetiva: consentimiento del acreedor.—La jurisprudencia establece que en tanto se hable de cesión de contrato, novación subjetiva por cambio de la persona del deudor o de asunción de deuda se precisa la indiscutible necesidad de que conste, para la operatividad o eficacia del negocio traslativo, el consentimiento indubitado del acreedor, porque los intereses de éste deben quedar a buen recaudo en la medida que, en definitiva, con estos actos jurídicos, la seguridad de la satisfacción de su crédito dependerá de la solvencia o no del tercero que se introduce en la relación negocial primitiva. (**STS de 13 de febrero de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La entidad mercantil C., S.L. interpuso demanda contra don Víctor Manuel y doña María Antonieta por resolución del contrato de compraventa que, como vendedora, había suscrito con los codemandados, sobre la vivienda unifamiliar en construcción. El Juzgado de Primera Instancia núm. 37 resolvió conceder un nuevo plazo a los demandados para otorgar la escritura pública del contrato de compraventa. La Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por C, S.L., liberando a los demandados de las pretensiones de la entidad actora. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

33. Incumplimiento por imposibilidad sobrevenida imputable al deudor: alcance de la obligación de indemnizar.—El derecho del acreedor, en una obligación de entregar cosa determinada, a compeler al deudor a que realice la entrega, consagrado en el artículo 1096 CC como independiente del derecho a exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios, determina que la imposibilidad de cumplimiento *in natura* cualquiera que sea su causa —siempre que no comporte la extinción de la obligación— puede ser objeto de un cumplimiento por equivalencia mediante la restitución de su valor, el cual no necesariamente forma parte de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que establece el artículo 1101 CC.

El valor que ha de tenerse en cuenta para determinar el importe del cumplimiento por equivalencia es, según se deduce de su naturaleza, el correspondiente al momento en que debió producirse dicho cumplimiento (*aesti-*

matio rei o precio o valoración de la cosa). Ahora bien, el principio de pleno resarcimiento de los perjuicios causados, este sí ligado a la aplicación del artículo 1101 CC (y, por consiguiente, a la concurrencia de algún género de dolo o culpa por parte del deudor en el incumplimiento), exige que para determinar los perjuicios sufridos por la imposibilidad sobrevenida imputable al deudor se tengan en cuenta, entre otros posibles factores, los cambios de valor producidos hasta la fecha en que se satisfaga la indemnización.

Negocio de reemplazo.—En el caso examinado el incumplimiento lleva consigo un retraso en el abono del equivalente económico con respecto del momento en que la obligación debió ser cumplida y, con ello, cuando menos, un mayor costo del negocio de reemplazo necesario para la restitución del acreedor a la situación equivalente a la que hubiera obtenido mediante el cumplimiento *in natura*. Este mayor costo supone un menoscabo patrimonial para el acreedor y entra en el terreno de los perjuicios indemnizables. Para que la indemnización alcance a cubrir, además de la imposibilidad de cumplimiento *in natura*, los perjuicios que han sido alegados como conectados al retraso en el cumplimiento, es necesario incrementar la cuantía ajustándola al cálculo que resulta del valor económico que tenga el negocio de reemplazo en el momento de fijarla.

Daño moral contractual.—La indemnización por daños morales es compatible con el importe que corresponde percibir al acreedor en virtud del cumplimiento por equivalencia, como ocurre con cualesquiera daños o perjuicios que puedan probarse.

No todo daño moral debe ser indemnizado por el que lo causa en el ámbito contractual o extracontractual. La obligación de reparación no tiene un alcance universal, sino que su alcance debe ser delimitado en función del contenido del contrato y de los criterios normativos de imputación objetiva que resultan del ordenamiento jurídico. Tratándose de la responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato tiene suficiente relevancia, por lo general, para entender excluida la obligación de responder por daños morales, el hecho de que en un contrato de contenido predominantemente económico no se halle prevista y no se infiera de su contenido y consecuencias conforme a la buena fe, al uso y a la ley una obligación especial de diligencia para cubrir todos o algunos de los posibles daños morales derivados del incumplimiento. **(STS de 10 de marzo de 2009; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En el contrato celebrado mediante documento privado de 29 de octubre de 1988 la entidad promotora se comprometía a ceder a la antigua propietaria del solar o a sus hijos una participación en el edificio que se iba a construir, en los siguientes términos: la promotora cede «el derecho a formar parte de la Reunión de Auto-promoción que se ha constituido para la construcción del edificio a construir [...] con una participación o cuota suficiente para que cuando se otorgue la escritura de obra nueva y régimen de propiedad, con la cuota asignada promuevan la construcción del piso que ocupe la totalidad de la cuarta planta [...] y una plaza de aparcamiento». Se añade que «[e]l precio de la cesión del derecho será el mismo que tengan las plantas quinta y sexta y plazas de aparcamiento de las mismas características, pero siempre con el límite máximo de 52.000.000 de pesetas sin incluir IVA, por la participación con la que se construía la plaza de aparcamiento, incluyéndose en dicha

cantidad el costo de su construcción total». Se establece también que «[l]a señora [antigua propietaria del inmueble] o sus hijos, podrán decidir si aceptan o no la mencionada cesión en las condiciones dichas, durante el tiempo que media entre el día de hoy y la terminación de la estructura del nuevo edificio a construir».

Los demandantes se dirigieron en este proceso contra la promotora «ejercitando acción declarativa y de condena para el reconocimiento del derecho de adquisición del inmueble litigioso». Para el caso de que no fuera posible la adjudicación por haber sido transmitidos los mismos derechos a favor de un tercero que tenga la condición de titular registral y adquirente de buena fe solicitaron «subsidiariamente que se conceda la indemnización oportuna, cuya determinación se efectuaría en ejecución de sentencia sobre las bases del valor que tenga un piso y una cochera idéntica en la misma zona, más el 20% de afección al verse privados los demandantes de tener un piso en el edificio construido sobre la casa que ha sido su domicilio durante la mayor parte de su vida».

El Juzgado desestimó la demanda por entender que, tratándose de una opción de compra, ésta no se había ejercitado en el tiempo establecido.

La Audiencia Provincial revocó esta sentencia y estimó la demanda, por entender que la fijación del precio dependía de la comunicación por parte de la demandada de la terminación de la estructura de la obra, que no se había realizado en el momento del ejercicio de la opción. En consecuencia, declaraba el derecho de los demandantes a adjudicarse la cuarta planta del edificio en las condiciones establecidas en el contrato privado de 29 de octubre de 1988, y para el supuesto que fuera imposible dicha adjudicación por haber sido transmitidos los aludidos derechos a terceros que tengan la condición de titular registral y adquirente de buena fe, «se concede a los actores la indemnización oportuna que se fijará en ejecución de sentencia, de acuerdo con las bases establecidas en esta resolución, sin que en ningún caso supere dicha indemnización la cifra de 52 millones de pesetas por el piso y de 3 millones por la cochera». En los fundamentos jurídicos de la sentencia se establecía que «respetando la literalidad [parece querer decir la literalidad] del contrato, [la] indemnización pretendida por los actores, que deberá fijarse pericialmente en ejecución de sentencia, deberá ir referida al 18/8/00 sin que en ningún caso sobrepase el precio pactado de 52 millones de pesetas».

Los demandantes interponen recurso de casación basado en la infracción de los preceptos reguladores del resarcimiento de las deudas de valor al establecer el límite de la indemnización por el piso y por la cochera.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación sustituyendo el fallo de la sentencia de apelación por el siguiente pronunciamiento: «Igualmente y para el supuesto de que fuese imposible dicha adjudicación por haber sido transmitidos los aludidos derechos a tercero que tenga la condición de titular registral y adquirente de buena fe, se concede a los actores la indemnización oportuna que se fijará en ejecución de sentencia, de acuerdo con las bases establecidas en esta resolución, teniendo en cuenta la diferencia

entre el valor de los inmuebles en el momento de fijarse la indemnización y el precio de la cesión fijado en el contrato (o el valor en venta de los inmuebles en el momento fijado para el ejercicio de la opción, si hubiese sido inferior)». (B. F. G.)

34. Contrato: incumplimiento que produce daños indemnizables: sumisión expresa a Tribunales y legislación española: reclamación de daños punitivos, no reconocidos en España, ante Tribunales norteamericanos.—El pacto de sumisión a fuero y de determinación del derecho aplicable tiene un significado propio y comporta específicas consecuencias en el ámbito del proceso. Incorporado a la relación contractual como una más de las reglas de conducta a que han de atenerse las partes, genera un deber, aunque pueda entenderse accesorio, cuyo incumplimiento, a efectos de determinar su trascendencia desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, debe valorarse en relación con la significación que el incumplimiento defectuoso pueda tener en la economía de la relación obligatoria, pues esta Sala viene declarando, especialmente a efectos del ejercicio de la acción resolutoria, que son incumplimientos sustanciales aquellos que, independientemente de su significación formal, determinan la frustración del fin económico del contrato para una de las partes (SSTS de 27 junio 1955, 30 mayo 1990, 11 julio 1991, 14 octubre 1992, entre otras). Desde esta perspectiva, la elección de Derecho aplicable y del fuero competente pueden haber sido decisivos, en el caso, para la voluntad de establecer la relación, con clara trascendencia en la economía contractual, habida cuenta de que la aplicación del Derecho español establece un marco contractual determinado desde la perspectiva de la valoración del daño (pues se excluyen los daños punitivos, admisibles en el Derecho de los Estados Unidos de América), y apunta a una valoración de las costas procesales por honorarios de abogado de muy distinto alcance. El consciente incumplimiento del pacto, al presentar demanda en la que se solicita la aplicación del Derecho de los Estados Unidos de América, ante un Tribunal de esta República, en reclamación de 455 millones de dólares por *daños punitivos* ha determinado la necesidad de defensa, generando costes que desbordan el marco previsible en el desarrollo normal o patológico de la relación contractual. La Sala de instancia niega la relación de causalidad entre el incumplimiento del pacto de elección de Derecho aplicable y de sumisión a fuero y el coste que se reclama como daño, pues considera que este coste corresponde al procedimiento seguido ante los Tribunales de Florida y sólo ante el tribunal ante el que se ha seguido puede determinar su pago en calidad de costas del procedimiento. Sin embargo, los honorarios de abogado y otros gastos no son tratados como costas ante aquella jurisdicción, y, en cuanto a los gastos que soportan esta calificación, criterios de imputación objetiva autorizan a considerarlos como una consecuencia causal del incumplimiento de la cláusula de sumisión, pues la demanda presentada ante una jurisdicción territorial distinta de la pactada por conceptos cuya invocación sólo es admisible ante aquélla, los cuales podían determinar una cuantía mucho más elevada que la previsible según el Derecho aplicable a tenor del contrato imponían a la hoy recurrente la carga de la defensa. La reclamación de las costas ante los tribunales americanos ha de entenderse como producto de la pretensión de resarcirse parcialmente de los daños sufridos. La decisión de aquellos tribunales de no imponer las costas produce efectos en el terreno procesal, pero no es óbice para la reclamación de los

daños por razón del incumplimiento contractual en un procedimiento *ad hoc*, en el que la estimación de la petición de costas por el tribunal de USA no hubiera tenido otro efecto que la disminución de la cantidad susceptible de ser reclamada.

Cuantía del daño.—En el presente caso no es necesario deslindar entre ejercicio abusivo del *ius litigandi*, incumplimiento del pacto de sumisión y responsabilidad por daño o culpa, ya que los daños cuya reparación se solicita son previsibles y se conectan causalmente con el incumplimiento según criterios de imputación objetiva de carácter general. La suma total máxima se fija en el contravalor en euros de la cantidad pagada en dólares, de acuerdo con lo probado, pero siempre que no exceda de la cantidad en que se ha fijado la cuantía del procedimiento de 139.186.072 pesetas.

Costas.—De conformidad con el artículo 598 LEC no procede imponer las costas de primera instancia dada la dificultad del tema, que provoca dudas de Derecho constatadas en la argumentación y en las posiciones adoptadas por la sentencia de primera instancia y de apelación; tampoco se imponen las causadas por el recurso de apelación ni por el de casación. (STS de 12 de enero de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El 15 de marzo de 1995 se firma un *Participation Agreement* (contrato de participación) entre *The Travelstead Group Spain SA*, y *USA Sogo Inc*, del que interesan aquí dos cláusulas o artículos. Según el artículo 6 se contempla la posibilidad de transferir un porcentaje de participación a don Ángel Jesús, bajo ciertas condiciones; mientras que el artículo 14 bajo la rúbrica *Jurisdicción y Derecho aplicable* se dice literalmente: «Este contrato y los derechos y obligaciones de las partes del presente documento deberán interpretarse de acuerdo con el Derecho español. Cualquier disputa o reclamación deberá someterse a los Tribunales de Barcelona». Ángel Jesús, el 5 de junio de 1997 presentó ante los Tribunales de Florida una reclamación de 455 millones de dólares, más los intereses y costas, como indemnización por la conducta de *USA Sogo Inc*. La demanda se rechaza en ambas instancias norteamericanas por aplicación del artículo o cláusula 14. A su vez *USA Sogo Inc* reclama en España la suma de 139.186.072 pesetas por minutas de abogados, que, finalmente, es acogido por la Sala 1.^a (compuesta por seis Magistrados) con base en la doctrina antes expuesta. El recurso de casación se apoya en amplias citas y opiniones doctrinales.

NOTA.—El tema de los daños punitivos (*exemplar damages*, según la jurisprudencia inglesa, y *punitive damages*, según la norteamericana) —respecto de los cuales se limita a declarar que no se acepta por nuestros Tribunales (véanse SSTs de 13 de abril de 1987, 28 de abril de 1992 y 26 de noviembre de 1994)— en la sentencia es marginal (cfr. DE SALAS CLAVER, *Daños punitivos: la pregunta es para cuándo*, en «Derecho de daños. Práctica. Revista de responsabilidad civil y seguros», año V, núm. 55, diciembre 2007, pp. 5-21), aunque la presente sentencia podría reanimar la polémica entre los opuestos a su admisión en Derecho español (significativamente, Díez Picazo), y los favorables (Reglero, con amplitud, y el propio De Salas Claver). En este debate no se olvide que el tema no afecta al orden público español (Auto de la Sala 1.^a de 13 de noviembre de 2001). Por otro lado, no deja de ser paradójico que el supuesto

ejemplarizante con que el último autor finaliza su trabajo («¿O acaso serán de mejor derecho los daños que sufra un ciudadano *estadounidense* por una empresa española que opere en aquél país que los daños que sufra un *español* en nuestra patria por esa misma empresa?») se produce en sentido inverso en el presente caso (es el ciudadano español el que acude a los Tribunales de Florida reclamando daños punitivos, y la empresa USA es la que pide al juez español que aplique nuestro ordenamiento). (G. G. C.)

35. Cláusula penal: facultad de moderación de su cuantía por los tribunales (art. 1154 CC).—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo considera que atendiendo al criterio de equidad presente en el artículo 1154 CC, en relación con lo dispuesto en el artículo 3.2 CC, es razonable dar cierta entidad a los incumplimientos parciales del acreedor en el sentido de compensar en parte los efectos del incumplimiento del deudor. Razón por la cual se considera acertado que los tribunales, en este tipo de casos, hagan uso de la facultad moderadora de la cuantía de la cláusula penal reconocida en el citado artículo 1154 CC.

Cláusula penal y devengo de intereses.—El Tribunal Supremo considera que el importe de la cláusula penal resulta exigible desde que se produce el incumplimiento. Si el deudor incumplidor no paga voluntariamente, siendo necesario reclamar judicialmente, se produce la mora en el cumplimiento de dicha obligación, generándose los correspondientes intereses legales desde la interposición de la demanda. (STS de 10 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La Fundación D interpone una demanda con el Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería, solicitando se dicte una sentencia que declare la resolución del contrato de prestación de servicios que celebraron ambas partes en 1995 y se condene a la demandada a pagar determinada cantidad de dinero en concepto de cláusula penal como consecuencia del incumplimiento del contrato.

La parte demandada contesta a la demanda solicitando su desestimación y formula reconvencción con la finalidad de que se dicte una sentencia que declare la inexistencia o nulidad del contrato de prestación de servicios y condene a la Fundación D a abonar determinada cantidad de dinero en concepto de indemnización de daños y perjuicios y, subsidiariamente, por si no se declara la nulidad del contrato, solicita se declare la resolución por incumplimiento del mismo y se condene a la Fundación D a pagar una indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda y desestima la demanda reconvenccional. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y revoca parcialmente la sentencia de primera instancia, estimando, de forma parcial, la reconvencción en el sentido de reducir la cuantía de la indemnización. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante. (M. J. P. G.)

36. Rescisión por fraude de acreedores: tendencia a la objetividad.—

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo «ha ido atenuando el requisito de la *scientia fraudis*, para hacer factible en la práctica la operatividad de la acción revocatoria» (*obiter dicta*).

Apreciación del fraude de acreedores: cuestión de hecho.—«La presencia o ausencia de fraude, al igual que la determinación de la insolvencia, son cuestiones de hecho y como tales apreciables por el Tribunal de instancia». (STS de 25 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La entidad bancaria demandante, como subrogada en la póliza de un préstamo contratado con una entidad constituida por el matrimonio codemandado, que figuraba como avalista solidario, se vio obligada a iniciar un procedimiento ejecutivo para el cobro. El embargo no pudo anotarse en el Registro de la Propiedad por haber sido vendidas las nueve fincas objeto del mismo a otra entidad mercantil, cuyo administrador único era hermano del esposo codemandado. La demandante solicitó que se declarasen rescindidas las ventas por fraude de acreedores o, subsidiariamente, se declarase la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados. En ambas instancias se desestimó la demanda, por no apreciarse el carácter fraudulento del negocio, ya que éste se había celebrado —en el contexto de una situación de quiebra voluntaria de la prestataria— a fin de cancelar con otras entidades bancarias acreedoras la hipoteca que gravaba el patrimonio enajenado de los codemandados (obligándose el comprador a retener el precio de la venta para hacer el pago a las entidades acreedoras) y gracias a ello había podido cobrar la demandante parte del préstamo concedido. (C. J. D.)

37. Novación modificativa y extintiva. Declaración de voluntad.—

Señala el Tribunal Supremo, en reiterada jurisprudencia, que la voluntad relevante en la novación es la declarada, pues únicamente mediante su manifestación por los contratantes es como su intención puede conocerse y sólo desde su exteriorización cabe determinar si las partes han querido o no novar y extinguir la obligación primitiva para sustituirla por otra nueva. Por otra parte, esta voluntad no se puede inferir de suposiciones o conjeturas, sino que ha de exponerse con claridad y se ha de expresar de manera cierta e inequívoca, sin provocar dudas, incertidumbres o ambigüedades (SSTS de 31 de mayo de 1997, 14 de diciembre de 1998, 2 de noviembre de 1999, 19 de diciembre de 2001, 8 de julio de 2002 y 22 de diciembre de 2003).

Novación extintiva. Ausencia de presunción.—La novación extintiva no se presume y el beneficio de la duda favorece a la parte que contradice la novación (entre otras, SSTS de 28 de diciembre de 2000, 27 de septiembre de 2002 y 4 de marzo de 2005).

Renuncia a la prórroga forzosa del artículo 57 de la Ley de arrendamientos urbanos de 1964.—La renuncia a este derecho, una vez incorporado al patrimonio del arrendatario, es posible, pero ha de ser clara, precisa y terminante. Por tanto, no hay renuncia si ésta no se realiza expresamente ni cabe deducirla de las circunstancias. (STS de 12 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Bajo la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, don J. L., propietario de una serie de plantas de un inmueble, arrendó el apartamento de la planta baja a don A., por acuerdo verbal. En el año 1991, ante la necesidad que tenía don J. L. de la planta baja del inmueble para ampliar su negocio, convino con don A. modificar el contrato de arrendamiento verbal que les unía, únicamente en el sentido de que don A. pasaría a ocupar a partir de entonces el apartamento de la primera planta del edificio, pero manteniendo el mismo régimen que tenían concertado. Para ello, con fecha de 1 de enero, otorgaron contrato conforme al que don J. L. cedía a don A. el mencionado apartamento por un plazo de cinco años y se convino que, en caso de que ninguna de las partes preavisara con un mes de antelación a la fecha de terminación del contrato, éste se renovarían por un año más hasta que se produjera el preaviso, con anterioridad, al menos, al 31 de diciembre de cada año.

El 22 de febrero de 1999, doña L., hija de don A., notificó a don J. L. el fallecimiento de su padre y su subrogación en el contrato de arrendamiento. Meses después, el 4 de noviembre de ese mismo año, don J. L. preavisó fehacientemente a doña L. para que el día 31 de diciembre entregara la vivienda arrendada. Ante la negativa de doña L. a abandonar la vivienda, don J. L. interpuso demanda contra ésta, reclamando la declaración de extinción del contrato de 1 de enero de 1991, por expiración del plazo contractual, y la condena a doña L. a desalojar el apartamento. Las pretensiones del actor fueron rechazadas tanto en primera instancia, como en apelación, al considerar que el contrato de 1991 suponía una mera novación modificativa de la relación contractual mantenida hasta el momento, conservando por tanto el arrendatario el derecho a la prórroga forzosa reconocida por la legislación sobre arrendamientos de 1964, ya que no había habido renuncia expresa a la misma, ni acto concluyente a este respecto. Don J. L. interpuso entonces recurso de casación, que fue igualmente desestimado por el Tribunal Supremo (*A. M. M.*)

38. Arras.—Según recuerda la STS de 20 de mayo de 2004, con cita de la de 24 de octubre de 2002 «ante la imposibilidad de dar concepto unitario de las arras, la doctrina moderna distingue las siguientes modalidades de ellas: a) Confirmatorias. Son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución; b) Penales. Su finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento; c) Penitenciales. Son un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada. Esta última es la finalidad reconocida por el artículo 1454 CC». También añade la sentencia antedicha que es doctrina jurisprudencial constante «la de que las arras o señal que, como garantía permite el artículo 1454, tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en aquel sentido [...] debiendo entenderse en caso contrario que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado».

La STS de 31 de julio de 1993 señala que «el contenido del artículo 1454 CC no tiene carácter imperativo, sino que, por su condición de penitencial,

para que tenga aplicación es preciso que por voluntad de las partes, claramente constatada, se establezcan tales arras, expresando de una manera clara y evidente la intención de los contratantes de desligarse de la convención por dicho medio resolutorio, ya que, en otro caso, cualquier entrega o abono habrá de valorarse y conceptuarse como parte del precio o pago anticipado del mismo». (STS de 24 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La controversia suscitada en la presente sentencia atañe únicamente a la naturaleza confirmatoria o penitencial de las arras entregadas por la entidad recurrente en casación en fecha 18 de junio de 2002, cuando suscribió con los demandados recurridos el contrato de compraventa.

El 23 de septiembre de 2003 los vendedores remitieron a la compradora requerimiento notarial al objeto de poner a disposición de ésta, para desistir del negocio suscrito, la cantidad correspondiente al duplo de la cantidad entregada como arras a la compradora. Tal requerimiento no tuvo respuesta por ésta, quien finalmente interpuso demanda iniciadora del litigio, en fecha 1 de marzo de 2004, interesando la condena de los vendedores a cumplir el contrato referenciado, con elevación a escritura pública del mismo.

La solución dada al litigio en ambas instancias fue divergente. En síntesis, consideró el Juzgado las arras entregadas como confirmatorias, estimando en consecuencia la pretensión de la actora; y, por el contrario, la Audiencia concluyó que la cantidad entregada a la suscripción del contrato, en cuanto tenía la naturaleza de arras penitenciales, facultaba a los vendedores a desistir unilateralmente del contrato suscrito en la forma que se hizo, con devolución del importe correspondiente duplicado, por lo que, revocando la sentencia de instancia, desestimó la demanda.

El Tribunal Supremo mantiene la calificación de arras penitenciales. Para el Alto Tribunal, la originaria indeterminación del momento en que habría de otorgarse escritura pública y consumarse el negocio abona la tesis del carácter penitencial de las arras estipuladas, máxime si se tiene en cuenta que los contratantes dejaron transcurrir más de un año sin exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas, hasta que en fecha 23 de septiembre cursaron los vendedores requerimiento a la compradora a fin de desistir del contrato. Tal conducta, subsiguiente a la suscripción del contrato, también resulta demostrativa (art. 1282 CC) de la intención de los contratantes en torno al carácter penitencial de las arras estipuladas. La Sala también considera significativo el montante entregado en concepto de arras, una cantidad desproporcionadamente inferior al precio total en que se convino la compraventa, de tal suerte que si se hubiera querido configurar la señal entregada como parte del precio cabe pensar que se habría fijado una cuantía superior. (B. F. G.)

39. Arrendamiento de vivienda concertado por uno sólo de los cónyuges constante matrimonio. Subrogación *mortis causa* a favor de la viuda. Necesidad de cumplir el requisito de notificación previsto en el artículo 16 LAU aplicable a los arrendamientos celebrados con anterioridad a la Ley

de Arrendamientos Urbanos de 1994.—El problema de fondo sobre el que resuelve el Tribunal Supremo, gira fundamentalmente en torno a si al haberse celebrado el contrato de arrendamiento exclusivamente por el marido sobre la vivienda que constituyó el hogar familiar, constante la sociedad de gananciales, era o no necesaria la notificación al arrendador de la subrogación a favor de la viuda, al fallecimiento del esposo contratante, conforme a las exigencias del artículo 16 LAU, aplicable a las subrogaciones *mortis causa* de arrendamientos concertados antes de la entrada en vigor de la LAU de 1994 (conforme a lo dispuesto en la DT 2.^a B LAU 1994). Frente a la postura de la propietaria arrendadora, la viuda demandada entendió que no, por tratarse de arrendamiento ganancial, y por tanto de titularidad conjunta de ambos cónyuges.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación presentado por la propietaria, considerando exigible la notificación establecida en el artículo 16 LAU, partiendo de una «base jurídica indiscutible», que el contrato de arrendamiento urbano se celebra entre dos personas, que adquieren la condición de arrendador y arrendatario, respectivamente, en la relación jurídica creada por el contrato. Los derechos y obligaciones que se generan con el contrato afectan exclusivamente a las partes y a sus herederos, tal como establece el artículo 1257 CC. Por ello se entiende que la subrogación en la posición del arrendatario (prevista en el art. 16 LAU) forma parte del contenido del contrato de arrendamiento y no tiene relación con el régimen de bienes, y ello porque los contratos producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos y por ello las posiciones contractuales de cada uno de los cónyuges en los contratos de arrendamiento que hayan concluido no forman parte de la sociedad de gananciales, porque, además, se trata de derechos personales. El derecho a la subrogación por causa de muerte forma parte del contenido del contrato de arrendamiento, que es independiente del régimen de bienes que ostente el titular de la posición de arrendatario. La persona que tiene derecho a subrogarse de acuerdo en la posición del arrendatario es la que está determinada en la Legislación especial reguladora de este tipo de contrato, por lo que debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 16 LAU, aplicable en este caso en virtud de lo dispuesto en la DT 2, B LAU. Por tanto, al no haberse subrogado la viuda del arrendatario en el periodo establecido en el artículo 16 LAU, aplicable en virtud de lo dispuesto en la DT 2, B LAU procede declarar la inexistencia de subrogación y casar la sentencia recurrida. **(STS de 3 de abril de 2009; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Doña A. era propietaria de un piso en Murcia que su padre había arrendado a don P., por contrato otorgado el 1 de enero de 1968, constante matrimonio con la demandada. El arrendatario falleció el 3 de febrero de 2000. Doña A. demandó a doña E., viuda del arrendatario, porque al no haberle comunicado la muerte de su marido, no podía seguir ocupando el piso al faltar los requisitos para la subrogación exigidos en el artículo 16 LAU/1994, aplicable por lo dispuesto en la DT 2, B, 4 LAU. Doña E. opuso que el arrendamiento se concluyó constante matrimonio, por lo que se trataba de un bien ganancial y, en consecuencia, no hacía falta la subrogación.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Murcia, dictó sentencia en 23 octubre 2003 estimando la demanda, argumentando que no concurría cotitularidad en el contrato objeto de la presente demanda, al haber sido concertado exclusivamente por el esposo de

la demandante, entendiendo igualmente de aplicación preferente la normativa especial contenida en la LAU, frente a la normativa general reguladora del régimen económico matrimonial en el Código civil. Interpuesto recurso de apelación por la viuda, la Audiencia Provincial de Murcia, en sentencia de 23 de febrero de 2004 revocó la sentencia apelada, apoyándose en la doctrina del Tribunal Constitucional, expresada en la sentencia de 31 de octubre de 1986 y concluyó que fallecido el esposo, uno de los titulares del arrendamiento solidario, subsiste el contrato con la otra titular, la esposa, demandada, por derecho propio y no en virtud de subrogación prevista legalmente. La demandante interpuso recurso de Casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Se resuelve en la presente sentencia una cuestión que tradicionalmente viene siendo objeto de polémica tanto jurisprudencial como doctrinalmente —la ganancialidad o no del arrendamiento concertado por uno sólo de los cónyuges constante la sociedad de gananciales—. Tratamiento diverso derivado en muchas ocasiones de la solución del supuesto concreto presentado (básicamente vinculado con el hecho de que de tal calificación deriven efectos exclusivamente entre los cónyuges o la cuestión afecte a terceros, fundamentalmente el arrendador propietario de la vivienda). La cuestión es importante (calificación con efectos «entre cónyuges» o ganancialidad con efectos frente a terceros) porque de ello depende que entren en juego exclusivamente las normas reguladoras de la materia en el CC (arts. 1346 ss) o que éstas —normas generales— entren en colisión con la norma especial que supone la aplicación de la LAU, que puede chocar frontalmente con la visión tradicional sobre la ganancialidad de bienes y derechos como cotitularidad germánica. Que el arrendamiento pueda ser ganancial no tiene porqué contradecir las consecuencias previstas en la norma especial, en este caso el artículo 16 LAU si, como en la sentencia se hace, se parte de una «base jurídica indiscutible», como es que el contrato de arrendamiento se celebre entre dos personas, arrendador y arrendatario, para los cuales y sólo respecto de ellos son aplicables y exigibles las reglas de juego que dimanen del contrato y que no pueden comunicarse, por más que se quiera, al cónyuge que no arrendó, aunque el derecho arrendaticio en la relación entre los cónyuges, y sólo entre ellos, pueda y deba «computarse» en el haber ganancial. Ello implica fundamentalmente entender la «ganancialidad» no como una atribución de cotitularidad siempre y en todo caso, sino sólo en aquellos casos en los que efectivamente la adquisición se produzca por ambos cónyuges. (P. B. M.)

40. Arrendamientos urbanos. Vigencia del derecho de impugnación del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamiento Urbanos de 1964.—El Texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956, en sus artículos 52 y 53, había regulado el derecho de impugnación con fundamento en los siguientes presupuestos: a) que se haya efectuado la transmisión de la vivienda por alguno de los títulos que conceden al inquilino las acciones de tanteo o retracto; b) que por el inquilino no fueran esgrimidas las acciones de tanteo o retracto; c) que en el momento del ejercicio de la acción

—acción de caducidad a entablar dentro de los sesenta días naturales desde la notificación prevenida en el art. 48, párrafo segundo, mediante la copia de la escritura de transmisión—, el inquilino ostente tal condición y sea ocupante de la vivienda transmitida; d) que el precio de enajenación de la vivienda, incluido, en su caso, el importe de las cargas, exceda de la capitalización de la renta anual que abonare el inquilino —capitalización al 3% o al 4,5% en función de la primera ocupación de la vivienda antes o después de enero de 1942—; e) que el adquirente por actos *inter vivos* de un inmueble urbano, no enajene como fincas independientes, mediante la previa constitución del régimen de la propiedad horizontal, las que al tiempo de la adquisición estuviesen arrendadas, hasta transcurridos cuatro años de la misma, salvo si hubiere venido a peor fortuna; y f) que, en definitiva, se concreten las consecuencias de la impugnación a prohibir al adquirente que pueda denegar la prórroga forzosa al inquilino en virtud de la causa de necesidad del artículo 62 LAU. El Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 se ha limitado a reproducir los citados artículos 52 y 53, así como la DA 5.^a, integrada en la Ley de 1956, de la manera siguiente: «El Gobierno podrá disponer que quede sin efecto la acción impugnatoria regulada en el párrafo último del artículo 53 y la facultad (...) cuando considere que las circunstancias así lo aconsejan». El referido artículo 53 no ha sido derogado y persiste según lo dispuesto en la DT 2.^a de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, en aplicación de la DD Única de la referida Ley, reguladora de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

Aparecen dos criterios contradictorios en el espacio jurisdiccional de las Audiencias Provinciales, detractoras o defensoras de esta acción impugnatoria:

a) La primera tendencia, recogida primordialmente en numerosas sentencias de dos Secciones de la Audiencia Provincial de Barcelona, rechaza las demandas promovidas con base en la presencia de un precio superior al de la capitalización, y aunque admite la vigencia del artículo 53 LAU, sostiene que el ejercicio de dicha acción vulnera el artículo 9 LAU, según el cual «el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley se acomodará a las reglas de la buena fe. Los Jueces y Tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho o constituyen medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, que deberá prevalecer en todos los casos frente al fraude de la Ley»; asimismo, entiende que, al tiempo de publicarse el precepto antes aludido, las condiciones del mercado exentas de la actual inflación y sometidas a las condiciones depresivas de la situación económica-social de la época, daban un valor de venta de las viviendas muy parejo o similar al que resultaba de la capitalización prevista al 3% o 4,5%, sin embargo esos valores quedan hoy anacrónicos, desfasados y antieconómicos, y deben admitirse los relativos al mercado actual, salvo que se demuestre la existencia de simulación o incremento para perjudicar al inquilino; y también, manifiesta que esta doctrina se encuentra avalada por los artículos 3 y 7 CC, aunque no se haya derogado expresamente la norma, pueda ésta considerarse reñida con la actualidad (entre otras, SSAP de Barcelona —Sección 13.^a— de 16 de septiembre de 2002, 24 de marzo y 28 de junio de 2006; y de la misma Audiencia —Sección 4.^a— de 10 de mayo de 2001 y 6 de marzo de 2003).

b) Contra esta posición se encuentra la que mantiene la vigencia y correcta aplicación del artículo 53 de la LAU de 1964 para los contratos sometidos a dicha Ley, sostenida, entre otras, por sentencias de varias Secciones de las Audiencias Provinciales de Málaga, Madrid y Cádiz, con la argu-

mentación de que no cabe aquí el abuso de derecho si un inquilino ejercita una acción prevista en la normativa vigente, habida cuenta de lo establecido en el artículo 2.2 CC y, por consiguiente, la aceptación de un criterio distinto constituiría una conculcación del principio de seguridad jurídica determinado en el artículo 9.3 CE; aparte de que dentro del concepto de tutela judicial efectiva debe encuadrarse la obligación ineludible de que las resoluciones judiciales se diriman a tenor del contenido concreto de la norma y según el sistema de fuentes predeterminado (art. 1.7 CC), con la finalidad de que el ciudadano conozca en todo momento y con la debida certeza cual va a ser el contenido de los preceptos aplicables; amén de que cualquiera que sea el sistema interpretativo utilizado en el marco de lo mandado por el artículo 3.1 CC, la intención del Legislador es clara al haber mantenido incólume la citada regla, por lo que cualquier solución contraria a la misma o que suponga un vaciamiento de su contenido, significaría un exceso hermenéutico que acarrearía la indeseada consecuencia de diluir los nítidos límites existentes entre la labor legislativa y la propiamente judicial (aparte de otras, SSAP de Málaga –Sección 5.ª– de 29 de octubre de 2003 y –Sección 4.ª– de 5 de julio de 2005; de Madrid –Sección 9.ª– de 20 de enero de 2003 y –Sección 18.ª– de 24 de septiembre de 2001; de Cádiz de 18 de diciembre de 2000).

El Tribunal Supremo se manifiesta en esta sentencia de conformidad con la segunda de las posiciones indicadas, declarando que el precepto está vigente y es plenamente aplicable a los arrendamientos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, y su ejercicio no supone un abuso de derecho, al ejercitarse la acción impugnatoria con fundamento en una facultad reconocida legalmente, toda vez de la virtualidad del artículo 2.2 CC en cuanto al principio de derogación de las normas, el fundamento de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE y la doctrina del Tribunal Constitucional en este particular, así como la regla de la tutela judicial efectiva para la resolución de los pleitos *secundum legem*, y de acuerdo con el sistema de fuentes establecido (art. 1.7 CC), sin que la interpretación sociológica permita la derogación de una norma que pretende proteger al inquilino, objetivo al que responde dicho artículo 53. (**STS de 15 de enero de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.–Don F. era arrendatario de una vivienda propiedad de doña E., que la vendió a doña A., comunicándosele a aquél que se le negaba la prórroga de su contrato al amparo de la causa 1.ª del artículo 62 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

Don F. promovió demanda contra doña E. y doña A., en ejercicio de la acción impugnatoria del artículo 53 LAU 1964, en la que solicitaba la declaración de que, por exceder el precio de dicha transmisión de la capitalización legal, no podía la adquirente negar la prórroga del contrato al inquilino señor F., al amparo de la citada causa.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por don F., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia. Contra esa sentencia, don F. recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo, que procedió a revocar las anteriores sentencias y estimar la demanda. (*F. J. J. M.*)

41. Aplicación del artículo 53 LAU 1964 a los arrendamientos anteriores al 9 de mayo de 1985.—El artículo 53 LAU 1964 permite al arrendatario impugnar la compraventa realizada por el arrendador como vendedor, siempre que éste no haya ejercitado los derechos de tanteo y retracto, cuando el precio de la transmisión excede de la capitalización de la renta anual pagada por el inquilino a los tipos fijados por el artículo. Esta impugnación, si prospera, impide al comprador denegar la prórroga forzosa bajo la causa de necesitar la vivienda para sí o sus ascendientes o descendientes conforme al artículo 62 LAU 1964.

El artículo 53 LAU 1964 debe ser aplicado, cuando se trata de arrendamientos anteriores al 9 de mayo de 1985, sometidos a las excepciones contempladas en la DT 2.^a LAU, siempre que, concurriendo los requisitos expresados en el citado artículo, el precio de la transmisión exceda de la capitalización de la renta anual pagada por el inquilino a los tipos fijados por el artículo, aun cuando se acredite que no ha existido fraude o maquinación en la compraventa y el precio fijado sea el correspondiente al mercado o inferior a él. **(STS de 15 de enero de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En virtud de arrendamiento concertado en 1968, doña María era arrendataria de una vivienda. En enero de 2001, la renta pagada por el arrendamiento era de 19.073 pesetas. En 2001, la vivienda fue enajenada a doña Remedios, por 25.200.000 pesetas. El precio pagado por la vivienda se hallaba por debajo del precio corriente en el mercado de una vivienda de las características y de la situación de la que fue enajenada. La capitalización de la renta al cuatro y medio por ciento no alcanza la suma por la que la vivienda fue adquirida por doña Remedios, aunque se incluyesen los gastos de calefacción, portería y suministros a cargo de la arrendataria. La arrendataria fue debidamente notificada de la transmisión y no ejercitó el derecho de retracto. Posteriormente, la arrendataria ejercitó la acción de impugnación de la transmisión prevista en el artículo 53 LAU 1964.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró que el comprador no podía negar la prórroga del contrato de arrendamiento a la inquilina con fundamento en la causa primera del artículo 62 LAU 1964. Apelada la sentencia, la Audiencia confirmó esta sentencia.

NOTA.—En torno a la aplicación del artículo 53 LAU 1964 a los arrendamientos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, las Audiencias Provinciales han adoptado dos posiciones contradictorias:

A) La primera posición entiende que, conforme a la DT 2.^a a) LAU, el artículo 53 LAU 1964 es aplicable a los arrendamientos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 y su ejercicio no supone un abuso de derecho, al ser el ejercicio de un derecho que la ley reconoce. En esta línea se encuentra la sentencia anotada. Esta posición es la mayoritariamente adoptada por las Audiencias Provinciales: SSAP de Madrid de 30 de noviembre de 2005

(RA n.º 496/2005), Asturias de 25 de enero de 2005 (RA n.º 495/2004), A Coruña de 19 de marzo de 2003 (RA n.º 124/2002), Madrid de 24 de septiembre de 2001 (RA n.º 229/1999), Ourense de 1 de diciembre de 2000 (RA n.º 618/1999), Zamora de 3 de noviembre de 1999 (RA n.º 323/1999).

B) La segunda posición considera que, pese a que el artículo 53 LAU 1964 es aplicable conforme a la DT 2.ª de la LAU 1994, ha de ser interpretado conforme al artículo 3.1 CC con arreglo a un criterio sociológico, atendiendo no sólo a la evolución socio-económica del mercado de la vivienda, sino también al espíritu y finalidad de la norma, que consiste en evitar las conductas fraudulentas del arrendador. Se considera que la finalidad perseguida por el legislador fue la de evitar transmisiones simuladas o por precios excesivos que hicieran inoperante el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por el arrendatario, de tal manera que, en aquellos casos en los que se acredita en el pleito que no ha existido fraude o maquinación en la compraventa, aun cuando el precio de la venta supere el de capitalización de la renta, el ejercicio de la acción de impugnación por el inquilino ha de considerarse abusivo: SSAP de Barcelona de 28 de junio de 2006 (RA n.º 473/2005), Barcelona de 9 de marzo de 2000 (RA n.º 1349/1998), Valencia de 30 de junio de 2005 (RA n.º 501/2005) y Burgos de 9 de octubre de 2000 (RA n.º 479/2000). (M. C. L. J.)

42. Arrendamientos urbanos sometidos a la LAU 1964. Denegación de la prórroga legal por causa de necesidad de propietario del piso alquilado. Interpretación y alcance del artículo 54 LAU.—Del tenor literal de la norma se desprende que para denegar la prórroga del arriendo por causa de necesidad se requiere que el demandante sea arrendador de varios pisos en el mismo edificio, y que la transmisión se cause por venta o donación. Fuera quedan las transmisiones por herencia, a la que no se refiere el precepto, y a las que, aun incluyéndolas en los supuestos contemplados en el mismo mediante la utilización de criterios analógicos, sería aplicable el mismo régimen jurídico que sirve para excluir, tanto del artículo 54 como del 64 LAU, los supuestos en que se ha producido la venta o donación simultánea de todos los pisos del inmueble, puesto que todos los pisos se han transmitido, sin generar la necesidad de establecer el orden de prelación alguno; pues lo contrario equivaldría a otorgar al inquilino, no el derecho a que se respete su situación privilegiada para permanecer en el uso del objeto arrendado, sino la posibilidad de interferir la voluntad de los propietarios en la determinación de a quien debe corresponder cada piso, facultad que no está configurada en la Ley, y que, de estarlo, se prestaría a grandes dificultades, por lo cambiante de las circunstancias momentáneas, que, en cada caso, pueden concurrir. (STS de 4 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Fallecido el propietario del piso objeto del arrendamiento, su hija doña Dolores resultó adjudicataria del mismo en la partición hereditaria, subrogándose en la posición que primitivamente había ocupado su causante; circunstancia que fue oportunamente comunicada a la inquilina. Ejercitada acción de resolución

contractual por la nueva propietaria, fundada en la causa de necesidad prevista en el artículo 62.1 LAU 1964 –a cuyo régimen estaba sometido el contrato– para la denegación de la prórroga legal, se opuso la inquilina doña Maribel al amparo de lo dispuesto en el artículo 54 LAU 1964, así como la invalidez del título de adquisición de la actora para invocar la causa de necesidad expresada en la Ley. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró resuelto el contrato de arrendamiento. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación de la demandada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación planteado por esta última. (C. O. M.)

43. Arrendamiento de local de negocio anterior a 1985: aplicación de la DT 3.^a de la LAU 1994.—Ante la subrogación de un familiar en el contrato de arrendamiento de local de negocio para garaje, por fallecimiento de uno de los arrendatarios, sin efectuar la notificación prevista en el artículo 58 LAU 1964, entiende la Sala que tal falta de notificación no es causa de resolución del contrato ya que el artículo 60 de la LAU 1964 no hace depender la facultad subrogatoria de la circunstancia de haber llevado a efecto la notificación prevenida para otros casos en el artículo 58 LAU 1964, pues «con independencia de que la notificación sea necesaria para que el arrendador pueda conocer con quien ha de seguir la relación arrendaticia y valorar su ajuste a la legalidad, permitiéndole el ejercicio de las acciones de todo tipo..., nunca serán estas las resolutorias de la relación arrendaticia si el cambio de la titularidad del antiguo por el nuevo arrendatario se produce en la forma que la Ley permite puesto que ni la Transitoria la impone, ni lo hace la Ley de Arrendamientos Urbanos 1964 ni tampoco ello es posible a partir de una reinterpretación de la doctrina de esta Sala bajo la consideración de que la nueva Ley establece un nuevo estatuto normativo para esta suerte de contratos... puesto que no implica incumplimiento de ninguna de las obligaciones propias del arrendatario, y como tal no tiene encaje en el artículo 114 LAU 1964, al no ser de aplicación las previsiones sobre notificación de las subrogaciones contenidas en el artículo 58.4 para las viviendas, norma que tiene desde luego una razón de vigencia completamente diferente de las que regulan los locales de negocio...». (STS de 29 de enero de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Se trata de un arrendamiento verbal de local de negocio destinado a garaje, anterior a 1985, suscrito entre una comunidad de propietarios y tres arrendatarios, en el que al fallecer uno de ellos se subroga en el contrato una hija sin que de tal hecho se haga notificación alguna a la arrendadora. Se interpone demanda de juicio de cognición por la arrendadora contra doña Marcelina, doña Elvira y don Rubén solicitando se declare resuelto el contrato de arrendamiento de local por subrogación, cesión o traspaso incontentido.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda y apelada la misma ante la Audiencia, esta la revocó estimando la misma y declarando resuelto el contrato de arrendamiento de local de negocio con destino a garaje. Interpuesto recurso de casación en base a dos motivos el Tribunal Supremo admite el

recurso casando la sentencia recurrida y con revocación de la misma, mantiene la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (C. S. R.)

44. Arrendamientos rústicos sometidos a la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980. Derecho a indemnización por las obras de mejora realizadas por el arrendatario. Necesidad de cumplir con el requisito de la comunicación previa por escrito.—Es doctrina jurisprudencial consolidada, sobre la interpretación y alcance que ha de darse a los artículos 57 y 60 LAR, la de que el arrendatario no puede hacer cualquier obra de mejora, sino sólo aquéllas que, no menoscabando la finca, aumenten de modo duradero la producción, rentabilidad o valor agrario de la finca arrendada (SSTS de 6 de marzo de 2001 y 4 de diciembre de 2003). Siendo imprescindible para que proceda la indemnización de tales mejoras, que las mismas se hayan realizado con conocimiento o intervención del propietario para fiscalizar los gastos, sin que baste meramente su falta de oposición (STS de 9 de septiembre y 12 de diciembre de 1991). De manera que, inexistente en el caso un consentimiento expreso o tácito del propietario, apreciable este último en caso de falta de respuesta del arrendador, en el término de un mes, a la notificación del arrendatario, ha de concluirse la corrección de la sentencia recurrida. (STS de 4 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Resuelto el contrato de arrendamiento rústico entre el arrendatario, don Javier, contra la arrendadora, «S.A.L., S.A.», el primero demandó a la propietaria solicitando el abono de una serie de mejoras introducidas en la finca explotada durante la vida del arriendo. Ésta se opuso alegando la falta de comunicación previa del plan de obras a que aludía el artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 30 de diciembre de 1980, aplicable en el caso. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y condenó al pago de la cantidad debida. La Audiencia Provincial de Málaga estimó el recurso de apelación interpuesto por la condenada y, revocando la sentencia de instancia, desestimó íntegramente la demanda planteada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del actor. (C. O. M.)

45. Comodato y no precario constituido por la usufructuaria de vivienda, a favor de su hijo, nudo propietario de la misma y su cónyuge.—A juicio del Tribunal Supremo, la cesión del uso de la vivienda, de la que es usufructuaria la demandante y ahora recurrente, a favor de su hijo y su cónyuge, nudo propietario aquél de la misma y titular del pleno dominio antes de constituirse el usufructo citado a favor de la recurrente, constituye un contrato de comodato y no puede calificarse como situación de precario. No procede por tanto el desahucio por precario demandado.

Según la doctrina de esta Sala (así, SS de 2, 23 y 29 de octubre y 13, 14 y 30 de noviembre de 2008), el comodato se caracteriza por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado. Si existe, han de aplicarse las normas reguladoras de la figura negocial; de lo contrario, se ha de considerar que la situación jurídica es la propia de un precario,

estando legitimado el propietario o titular de la cosa cedida para reclamar su posesión. En la cesión de una vivienda a un hijo para que constituya en él el hogar conyugal o familiar, pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos aparezcan con claridad, y los hechos sean reveladores de que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido por encima del que es propio de la cosa genérica, e incluso específicamente considerada, lo que no empece a que puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso. Paralelamente, se debe considerar que cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa –lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal–, y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista (SSTS de 26 de diciembre de 2005 y 2 de octubre de 2008). Por otro lado la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible frente a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda (STS de 31 de diciembre de 1994, cuya doctrina se recoge en las SSTS de 26 de diciembre de 2005 y 2 de octubre de 2008).

Se considera relevante por otro lado que cuando la actora adquirió el usufructo, y su hijo pasó a ser el nudo propietario de la vivienda, aquélla era plenamente concedora de que en la misma residía él acompañado de su esposa, configurando tal domicilio, por tanto, el hogar familiar de los dos cónyuges, consintiendo en todo momento que continuara tal uso. Consentimiento al que no fue ajena la ahora recurrida, cuando no se opuso, en su momento, a que se produjera la venta del usufructo de la vivienda propiedad del que entonces era su marido. Por ello, se mantiene la calificación de la relación jurídica como de comodato efectuada por la Audiencia, aunque no porque la razón de la cesión del uso de la vivienda fuera la de servir de hogar conyugal, sino porque la recurrente permitió, no que en la vivienda se constituyera el hogar familiar, sino que continuara ese uso, iniciado por quien hasta entonces era pleno propietario de la vivienda, el esposo de la recurrida, y que como consecuencia de la venta del derecho de usufructo a sus padres pasó a ser el nudo propietario. Lo cierto es que sólo tras el convenio alcanzado por la recurrida y su esposo, homologado judicialmente, en virtud del que se atribuyó el uso de la vivienda conyugal al hijo común y a la ahora demandada, la recurrente decide emprender la acción tendente a obtener la posesión del inmueble, lo que podría conculcar incluso el artículo 7.1 CC. (STS de 13 de abril de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.–La actora, doña R., era titular del derecho de usufructo sobre una vivienda, derecho que adquirió, junto con su esposo, en virtud de contrato de compraventa de 7 de junio de 1993, de quien hasta entonces ostentaba la plena propiedad, su hijo D. H. Desde que adquirió el mencionado usufructo, la actora consintió que la primera planta del inmueble siguiera siendo usada por su hijo, nudo propietario, y la esposa de éste, quienes vinieron ocupando la

referida vivienda hasta que sobrevino la crisis matrimonial, atribuyendo la sentencia de separación el uso y disfrute de la vivienda a la esposa, ahora demandada, doña A., y al hijo de los cónyuges.

La actora promovió contra la que fuera esposa de su hijo, juicio de desahucio por precario. El Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 27 de septiembre de 2004, estimó la demanda, indicando que el acuerdo que sobre el uso y disfrute de la vivienda plasmaron los cónyuges en el convenio regulador de la separación debió venir limitado por la venta del derecho de usufructo anterior, hecho del que ambos cónyuges eran perfectamente conocedores, sin que, en todo caso, este acuerdo pudiera vincular o afectar a los derechos legítimamente adquiridos por un tercero. Recurrida la sentencia por la demandada, la Audiencia Provincial, en sentencia de 16 de mayo de 2005, apreció que la relación jurídica controvertida no era la propia de un precario sino la de un comodato, entendiéndose que la cesión del uso no puede quedar restringida al matrimonio, concebido como núcleo de dos personas, sino que se extiende al hijo, cuya guardia y custodia ha sido otorgada a la madre, por lo que, en definitiva, el acuerdo de separación, aprobado judicialmente, por el que el uso de la vivienda se otorgó a la madre, ahora demandada, y al hijo común de ambos cónyuges, constituye un título jurídico que justifica la continuidad del uso para el que se prestó la vivienda. Interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial por parte de la demandante, el Tribunal Supremo lo desestima, considerando la existencia de un contrato de comodato sobre la vivienda y no una mera situación de precario. (*P. B. M.*)

46. Contrato de préstamo: modalidades y preferencia de créditos.—

La jurisprudencia contempla, en relación con el contrato de préstamo, dos supuestos plenamente diferenciados, que son los siguientes: a) cuando la cantidad adeudada viene exactamente concretada desde el momento mismo del otorgamiento de la póliza, en cuyo supuesto, para resolver cuestiones de preferencia de créditos, habrá de atenderse a la fecha misma de la referida póliza y b) cuando la cuantía de la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa de una posterior actividad complementaria que permita conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, cual es la oportuna liquidación y fijación del saldo, en cuyo caso la preferencia crediticia ha de venir referida, no a la fecha de suscripción de la póliza, sino a la de esa posterior operación de determinación o concreción del saldo exigible.

Contrato de préstamo. Póliza de crédito: diferencias.— En la póliza de préstamo, verdadero contrato real de préstamo dinerario, la cantidad queda determinada desde la fecha misma del contrato en que se ha entregado el dinero y con una simple operación aritmética se sabe, con exactitud, el saldo deudor. En la póliza de crédito, la entidad crediticia sólo puede conocer el saldo deudor tras la práctica de una liquidación, ya que en la cuenta se hacen extracciones e ingresos que lo aumentan o disminuyen; por ello, la cantidad queda determinada en la fecha de la liquidación. (**STS de 25 de febrero de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La entidad financiera B, SA, interpuso demanda de tercería de mejor derecho frente a la mercantil O, S.A., en virtud de un contrato de préstamo en documento privado elevado a escritura pública posteriormente. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Villagarcía de Arosa declaró no haber lugar a la tercería de mejor derecho pretendida por extemporánea. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra revocó la sentencia de instancia estimando la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

47. Sociedad civil: diferencias con la comunidad de bienes.—La comunidad de bienes supone la existencia de una propiedad común y proindivisa, perteneciente a varias personas (art. 392 CC), lo que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural. En cambio la sociedad civil, aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, este se aporta al tráfico comercial al orientarse la voluntad societaria a este fin principal y directo para obtener ganancias y lucros comunes, partibles y divisibles y, consecuentemente, lo mismo sucede con las pérdidas (STS de 24 de julio de 1993).

El contrato ha de ser calificado en atención a lo pactado en el mismo.—Esto es así ya que la calificación que las partes den a lo convenido no vincula al juzgador (SSTS de 26 de mayo de 2005 y 4 de abril de 2006).

Interpretación contractual y casación.—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 (SSTS de 21 de septiembre y 2 de octubre de 2007 y 12 de mayo de 2008, entre otras muchas). (STS de 18 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Se ejercitó acción de división de cosa común por una entidad mercantil en relación con la Galería Comercial de un edificio que había adquirido por mitad y pro indiviso con otra empresa. En la compraventa se pactó, entre otros extremos, la indivisión del proindiviso de las compradoras. La empresa demandada se opuso a la división al entender que las partes, lo que constituyeron fue un auténtico contrato de sociedad.

El juzgado consideró que lo que existía entre las partes era una sociedad irregular. La Audiencia confirmó esta sentencia y el Tribunal no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante. (I. D.-L.)

48. Accidente de trabajo: lesiones con graves secuelas: responsabilidad solidaria: jurisdicción competente.—Es cierto que la sentencia del pleno de esta Sala de 15 de enero de 2008 fijó la doctrina siguiente: *En virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social*; doctrina seguida por las SSTS de 19 de febrero, 17 de noviembre, y 12 y 15 de diciembre de 2008, en las que se ha declarado la incompetencia de la jurisdicción civil en recla-

maciones por accidentes laborales. Sin embargo la propia STS de 15 de enero de 2008 señala que en aquellos casos en que han sido demandadas otras personas distintas de la empresa contratante del trabajador lesionado, y aun habiéndose producido un incumplimiento del contrato de trabajo, debe descartarse la declaración de exceso de jurisdicción y en virtud de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil debe declararse la competencia de esta jurisdicción al no poder dividirse la causa; esta es la doctrina que debe aplicarse al presente recurso al haber sido demandadas la aseguradora de la dueña de la obra, los técnicos, arquitectos y aparejador, así como la empresa que colocó en su día la plataforma y cuyo colapso causó el grave accidente.

Culpa o negligencia probada y ausencia de concurrencia de culpas.— Deben rechazarse tales alegaciones cuando los diversos recursos sobre estos puntos hacen supuesto de la cuestión, basándose en meras opiniones de los recurrentes; ni es válido impugnar la doctrina de la responsabilidad por riesgo que aquí no ha sido aplicada; ni negar la relación de causalidad cuando la Sala ha aceptado la denominada *imputación objetiva* en la que se busca si la conducta que se pretende sea la causa es suficientemente relevante para la producción del daño por el que se reclama, de acuerdo con el criterio de la *adecuación* (SSTS de 6 de septiembre de 2005, 10 de febrero y 12 de diciembre de 2006, entre otras).

Intereses del artículo 20 LCS: doctrina general: causas de exclusión de la mora.—La imposición de los intereses del artículo 20 LCS tiene un carácter sancionatorio para evitar que se utilice el proceso como maniobra dilatoria para retrasar el cumplimiento de la obligación correspondiente (SSTS de 2 y 27 de marzo de 2006), y además debe tenerse en cuenta que la aplicación concreta de las causas de exoneración del pago de los intereses tiene un componente casuístico indudable, por lo cual esta Sala aplica el criterio según el cual dicho pago queda restringido al caso de que la aseguradora no hubiese pagado la indemnización correspondiente por causa que no esté justificada o que no le sea imputable. Se requiere que exista un motivo razonable de excusabilidad, que no se produce en este caso, porque las aseguradoras recurrentes hubieran podido evitar las consecuencias de la mora consignando el importe mínimo establecido en el artículo 18 LCS, lo que no realizaron. En consecuencia, la condena a su pago es una consecuencia de su propia conducta, de modo que conociendo el siniestro, no se preocuparon de tener una actitud diligente para evitar el pago de los intereses a los que ahora han resultado condenados.

Infracción del periodo temporal de cobertura.—Deben tenerse en cuenta los hechos siguientes: a) El accidente tuvo lugar el 29 de marzo de 1994, por lo tanto, dentro del periodo de vigencia de la póliza; b) La póliza estuvo vigente hasta el 1 de marzo de 1996, por lo que teniendo en cuenta el periodo de doce meses establecido en las condiciones de la póliza la reclamación debería haberse presentado antes del 1 de marzo de 1997; y c) la demanda se presentó el 14 de mayo de 1999. Existía una delimitación del periodo temporal de cobertura, que las partes podían pactar en virtud del artículo 73 LCS, que les afecta y que nadie ha impugnado; como afirma la STS de 4 de junio de 2008, nos hallamos ante unas cláusulas delimitadoras del riesgo, que definen de forma clara el siniestro que dará lugar a la reclamación y, determinan el periodo temporal de cobertura que se identifica en tiempo de vigencia del contrato, dentro del cual debe haberse efectuado la reclamación. Dado que no ha podido oponer dichas cláusulas la aseguradora, se ha vulnerado el artículo 76 LCS, porque es cierto que dicha aseguradora es responsable de si

su asegurado lo es, pero siempre de acuerdo con las condiciones pactadas en el contrato. (STS de 23 de abril de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Aunque no se describen las lesiones sufridas en el accidente laboral, su gravedad se infiere claramente del hecho de que se reclamaban unos 350 millones de pesetas. en concepto de indemnización, concediéndose de modo definitivo alrededor de 292 millones de pesetas. Desde la producción del accidente laboral hasta la sentencia del Tribunal Supremo transcurren quince años, aunque la demanda se interpuso transcurridos cinco años de aquél. La competencia civil era clara por estar dirigida la demanda contra un amplio espectro de posibles responsables (empresa subcontratada para la que trabajaba el accidentado, empresa contratista de las obras, personal técnico, y sus respectivas aseguradoras, además de ejercer la acción directa contra la aseguradora del Seguro Vasco de Salud promotora del edificio que se construía), garantizándose frente a eventuales absoluciones (como ha ocurrido efectivamente en casación con la última demandada). Notable el esfuerzo sistematizador y clarificador de la Magistrada Ponente, ante la variedad de recursos y argumentaciones aunque no ofrecían duda los hechos básicos. (G. G. C.)

49. Responsabilidad civil extracontractual derivada de hechos delictivos cometidos por menores de edad penal. Efecto de la inimputabilidad sobre las responsabilidades penal y civil.—Con relación al carácter penal o no de la responsabilidad declarada de un menor de edad penal, el acto cometido por el menor ha de consistir en un hecho tipificado como delito y, por tanto, serán los tribunales competentes, en este caso, la jurisdicción de menores, quienes deberán declarar los hechos probados y el juez civil queda totalmente vinculado por la resolución penal. Ahora bien, el menor no resulta imputable penalmente debido a su edad, de manera que la inimputabilidad excluye la responsabilidad penal, pero deja subsistente la civil para la reparación de los daños causados por el hecho; para que esta responsabilidad tenga el mismo tratamiento que la derivada de un delito, es necesario que el tribunal competente haya declarado la existencia del hecho y la autoría del menor de edad.

Prescripción de las acciones por la responsabilidad civil generada por los hechos delictivos cometidos por menores de edad. Interrupción por prejudicialidad penal.—El Tribunal Supremo ha asimilado al proceso penal los procesos en los que se está tratando de la responsabilidad de menores por hechos que, si fueran imputables, habrían sido considerados delitos o faltas, y ha aplicado el principio de la prejudicialidad penal a los efectos de la interrupción de la prescripción para la reclamación de los daños (así, las SSTs de 29 de diciembre de 1962, 8 de mayo de 1965, 8 de abril de 1980, 10 de julio y 13 de septiembre de 1985 y 29 de octubre de 1993). De este modo, la incoación del procedimiento en dicha jurisdicción tiene efectos prejudiciales, de modo que, al igual que ocurre con la instrucción de diligencias penales en los procedimientos ordinarios, se interrumpe el plazo de prescripción durante la incoación del procedimiento, asimilándose en este punto el procedimiento de menores a los ordinarios.

Plazo de prescripción de la acción derivada de hechos de los que son autores menores de edad inimputables.—Una línea jurisprudencial entiende que para la prescripción de la acción derivada de los hechos de los que son autores menores de edad inimputables se aplica el plazo de prescripción de un año del artículo 1968.2.º CC, que debe contarse a partir del momento de la comunicación a la parte de la decisión del tribunal competente (así, las SSTs de 8 de mayo de 1965 y 29 de octubre de 1993). Sin embargo, el propio Tribunal Supremo ha aplicado a las acciones de reclamación de la responsabilidad civil derivada de delito cometido por mayores de edad el plazo de quince años, porque el artículo 1968.2.º CC incluye exclusivamente en el plazo de prescripción de un año las obligaciones que nacen en virtud de lo dispuesto en el artículo 1902 CC, mientras que las que surgen como consecuencia de daños producidos por delitos que no sean la calumnia o la injuria no están incluidas en esta disposición, en virtud de lo que establece el artículo 1092 CC (SSTs de 7 de enero de 1982, 7 de octubre de 1983, 1 de abril de 1990, 19 de octubre de 1990, 10 de mayo de 1993, 4 de julio de 2000 y 31 de enero de 2004, entre muchas otras). Por tanto, al tratarse de un hecho delictivo de un inimputable que ha sido objeto de sanción en la jurisdicción competente de menores, debe aplicarse la doctrina sostenida en relación al plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad civil por daños derivados de hechos delictivos y, por tanto, el plazo será de quince años por aplicación del artículo 1964 CC, requiriéndose que haya habido una resolución de la jurisdicción de menores declarando que los hechos probados están tipificados como delito que han sido cometidos por un menor no imputable. **(STS de 14 de enero de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El menor J. fue agredido por I. y C., de la misma edad, con la intención de robarle unas zapatillas deportivas, produciéndosele graves daños. Por estos hechos, se siguió un procedimiento ante el Juzgado de Menores de A., que acabó con sendas resoluciones que impusieron a ambos la medida de prestación de servicios a favor de la comunidad.

Doña O., madre de J., en su nombre y representación, demandó a los padres de los autores de los hechos, don M. y doña A., y don C. y doña E., solicitando una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, moderando la indemnización pedida. La sentencia fue apelada por ambas partes y la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de doña O., aumentando la cantidad acordada como indemnización. Contra esa sentencia, don M., doña A. y doña E. recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. *(F. J. J. M.)*

50. Responsabilidad contractual y extracontractual: doctrina general: muerte de fumador adicto, víctima de adenocarcinoma de pulmón: no hay responsabilidad contractual: prescripción de la responsabilidad extracontractual.—Según la jurisprudencia de esta Sala la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción,

por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquél y cuando concurren un elemento objetivo –el daño– ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1258 CC, y otro subjetivo –la relación de obligación ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe–. Es aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado, por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo (SSTS de 22 de julio de 1927, 29 de mayo de 1928 y 29 de diciembre de 2000). Por el contrario, es aplicable el régimen contractual cuando en un determinado supuesto de hecho la norma prevé una consecuencia jurídica específica para el incumplimiento de la obligación. No cabe excluir la existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o la integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio llamado a veces doctrinal y jurisprudencialmente de unidad de la culpa civil. En el ámbito del Derecho comunitario, el TJCE, 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, 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 (SSTJCE C-189/87, C-261/90, C-51/97, C-96/00; C-334/00; C-167/00).

En el caso la recurrente imputa a la deficiente información en las cajetillas de tabaco vendidas, del riesgo de adicción que produce la nicotina, consistente en el fallecimiento de una persona. Este resultado dañoso, atribuido al consumo constante de tabaco durante muchos años, rebasa ampliamente la órbita de los distintos contratos de compraventa celebrados presumiblemente con distintos expendedores tanto desde el punto subjetivo como desde el punto de vista objetivo. Desde el punto de vista subjetivo, el incumplimiento de la obligación de información debe imputarse al fabricante y no a los vendedores. Por otra parte, el perjuicio por el que se reclama no corresponde *iure hereditatis* a los demandantes, sino que debe entenderse que responde al daño moral o *pretium doloris* padecido por el fallecimiento de un familiar. Resulta evidente que ni el sujeto activo ni el pasivo de la relación de responsabilidad civil que pretende establecerse se corresponden con los elementos subjetivos de los contratos de compraventa celebrados. Desde el punto de vista objetivo, el daño no ha sido causado por un incumplimiento producido en la estricta órbita de lo pactado con el vendedor. Se trata de daños ajenos a la naturaleza del negocio, ya que derivan de una información hipotéticamente deficiente sobre la peligrosidad del producto imputable al fabricante, importador o distribuidor mayorista.

Contrato con expendedores de tabaco.—La relación entre el comprador del tabaco y los fabricantes, importadores y mayoristas no es una relación de carácter contractual libremente establecida entre ellos, por cuanto que los distintos contratos celebrados por la víctima a lo largo de su vida se formalizan con los expendedores, los cuales actúan en establecimientos abiertos al público en nombre y por cuenta propia; los expendedores son concesionarios del Estado habilitados para la venta al por menor, en régimen de exclusividad, de las llamadas labores de tabaco adquiridas de los correspondientes

distribuidores mayoristas (Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, y RD 1129/1999), y según esta última norma las expendedorías se emplazarán necesariamente en un establecimiento mercantil en funcionamiento de la localidad de que se trate, donde la venta de los productos monopolizados constituye una actividad complementaria de la comercial que, con carácter principal, aquél desarrolle. Esta situación no resulta afectada por la existencia de un régimen de intervención por razones de interés público que se traduce en la gestión de la actividad como servicio público en régimen de monopolio estatal, pero que no transforma a los expendedores en agentes o representantes de la entidad titular del monopolio. No afecta a esta consideración el hecho de que sea la entidad titular del monopolio la que lleva a cabo la publicidad del tabaco, puesto que el fabricante puede estar interesado en fomentar la venta del producto por los expendedores, ni tampoco el hecho de que la entidad titular del monopolio deba satisfacer al Estado una cantidad por el impuesto recaudado por el expendedor respecto de cada una de las cajetillas, pues la relación tributaria tiene carácter autónomo y la intervención en ella como sustituto del contribuyente no altera la naturaleza ni los efectos civiles de los contratos celebrados. En consecuencia, los daños por los que se reclama rebasan ampliamente el ámbito subjetivo y objetivo de la relación contractual establecida entre los expendedores en los distintos contratos de compraventa y el comprador fallecido y deben ser considerados de naturaleza extracontractual, y en el momento de la presentación de la demanda había transcurrido con exceso el plazo anual de prescripción establecido en el artículo 1968 CC, desde el momento del fallecimiento del padre y esposo de los demandantes.

Información insuficiente.—El motivo se funda, en síntesis, en que a partir de 1982 avisan los paquetes de tabaco que *el tabaco perjudica seriamente la salud*, pero Tabacalera, hoy Altadis, debió ir más allá para ayudar a sus clientes con los que se lucra, avisando de que el tabaco genera adicción, padecida por la víctima, la cual nació en 1951, empezó a fumar aproximadamente hacia 1965 ó 1966, a la temprana edad de 14 ó 15 años, y llegó a ser un gran fumador (dos o tres paquetes diarios) falleciendo a los 43 años. El motivo se considera inadmisibles por denunciarse la infracción de disposiciones administrativas (RRDD 709/1982 y 2072/1983) no susceptibles de ser examinadas en un recurso de casación civil. **(STS de 4 de marzo de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La actora, en nombre propio y de sus hijos, presentó demanda el 15 de enero de 1998, ejercitando una acción de responsabilidad contractual entre su esposo, fallecido el 19 de noviembre de 1993, víctima de un adenocarcinoma de pulmón, y la entidad Altadis (antes Tabacalera, SA), en su condición de mayorista de labores de tabaco, a cuyo consumo se atribuía la causa del fallecimiento de su esposo. El Juzgado de Primera Instancia consideró que con una interpretación laxa podía admitirse la existencia de una relación contractual entre el fallecido y la demandada, a pesar de necesitar ésta del entramado de estancos o puntos de venta, pero desestimó en definitiva la demanda por falta de prueba del nexo de causalidad entre la conducta de la demandada y el fallecimiento del familiar de los demandantes. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia apelada, excepto en el pronunciamiento sobre costas, pero discrepó en sus razonamientos; no había existido vínculo con-

tractual entre el esposo de la actora y la entidad demandada, sino que la relación contractual se concertó con las expendedorías de tabaco frecuentadas por la víctima; siendo extracontractual la relación existente, había transcurrido el plazo anual de prescripción; y aunque no fuera así, no existía responsabilidad por no ser aplicable la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios a los productos peligrosos cuyo suministro está legalizado, siempre que se cumpla con el deber de información impuesto normativamente; la omisión de la advertencia de que el tabaco produce adicción no puede constituir, según las reglas de la lógica, causa eficiente del resultado dañoso producido. (G. G. C.)

51. Responsabilidad civil del Registrador por los perjuicios derivados de una anotación preventiva indebidamente practicada: nexo de causalidad.

—Esta Sala no aprecia que pueda establecerse la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta del Registrador que calificó erróneamente el mandamiento judicial, dando lugar a una anotación preventiva de demanda que realmente carecía de efecto alguno, y el daño causado. En efecto, el nexo de causalidad no puede establecerse únicamente en el plano fenomenológico atendiendo exclusivamente a la sucesión de acontecimientos en el mundo externo, sino que la causalidad física debe ser acompañada de una valoración jurídica en virtud de la cual, con criterios tomados del ordenamiento, pueda llegarse a la conclusión de que el daño causado se encuentra dentro del alcance de la conducta del agente, en virtud de lo que en nuestro ámbito jurídico suele llamarse imputación objetiva. 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 que incurrió. Así: a) aplicando el criterio de cercanía entre la actividad dañosa y sus efectos (reconocido jurisprudencial y científicamente; verbigracia, 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. b) Aplicando el criterio de interferencia de causas pertenecientes a la esfera de la víctima en la producción del daño, se advierte que contribuyó a la defectuosa anotación realizada la conducta procesal de la parte que solicitó la anotación preventiva sin especificar correctamente los extremos de trascendencia real que debían constar en la misma, así como el carácter incompleto del mandamiento expedido por el Juzgado, en el cual se presentaba la demanda simplemente como una demanda de reclamación de cantidad, pero no se hacía referencia directa ni indirecta alguna a cualquiera petición con trascendencia real o registral contenida en la misma. En relación con este defecto resulta relevante el hecho de que la defensa y representación de la parte inte-

resada no hiciera ninguna observación o reclamación al obtener este mandamiento defectuoso, sino que se limitara a solicitar su inscripción en el Registro y a insistir en su validez cuando, ciertamente de manera tardía, el Registrador advirtió el error y lo comunicó al juzgado. c) Aplicando el criterio del fin de protección de la norma infringida (reconocido también en sede jurisprudencial y científica: art. 3:201 c] de PETL) 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.

Alcance de la función calificadora cuando se ejerce erróneamente.–

Los efectos de la función calificadora no pueden extenderse hasta el extremo de justificar la existencia de un grado absoluto de confianza de los interesados en la validez y eficacia de asientos registrales practicados de conformidad con su solicitud, al menos en los casos en que sólo en virtud de un error de carácter vencible y, por consiguiente, imputable a quien lo padece la solicitud formulada puede considerarse apta para producir un asiento eficaz. 1.º) Así se infiere del principio de rogación, en consonancia con el cual, en el caso de que la calificación resulte positiva y se proceda a la inscripción, el acto del Registrador causa estado y no es susceptible de impugnación en vía gubernativa, sino sólo ante los tribunales por parte de quienes pueden resultar perjudicados por el acceso al Registro del derecho objeto del documento inscrito, pues en principio se presume que el solicitante no puede resultar perjudicado por un acto registral que él mismo solicitó si se realiza en los propios términos de la solicitud. 2.º) El Registrador carece de facultades para anular de oficio los asientos inválidos una vez practicados, si no es con el consentimiento de todas las partes o en supuestos específicamente previstos en el Reglamento Hipotecario. La inscripción registral consolida así una expectativa de protección cuya subsistencia no depende del Registrador sino de la voluntad de los interesados y del ejercicio con éxito por parte de quienes se opongan a su validez de la facultad de solicitar judicialmente la anulación o cancelación de los asientos. La persistencia de un asiento erróneo practicado a instancia del interesado en los términos de la solicitud no es suficiente por sí misma para reprochar al Registrador los daños que la confianza del propio instante en su existencia haya podido causar. El caso resuelto por la STS de 23 de octubre de 2002 no es idéntico al contemplado, pues en aquél el Registrador omitió reflejar en el asiento una cláusula de trascendencia real contenida en la escritura presentada para la inscripción (colocándose con ello en una situación causal inmediata al daño producido dimanante directamente de la omisión) mientras que en el caso examinado el mandamiento dirigido por el Registrador a solicitud de la parte fue objeto de registro en sus propios términos (con lo que tal relación de inmediatez no existe). Estos criterios, valorados conjuntamente, llevan a la conclusión de que el alcance de la responsabilidad profesional del Registrador no podía comprender los efectos dañosos que produjo en el caso examinado el error en que incurrió en la calificación jurídica de la anotación preventiva solicitada. (STS de 2 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La actora solicitó anotación preventiva de demanda para que se reconociera una deuda a su favor y que se declarase que el inmueble que se citaba, por expresa voluntad del fallecido deudor, está afecto de manera especial al cumplimiento de las obligaciones de pago que son objeto del litigio. El mandamiento judicial que ordenaba la anotación preventiva, previa la constitución de fianza de 12 millones de pesetas recogía únicamente que en juicio ordinario de menor cuantía sobre declaración de cantidad, se había acordado la anotación preventiva de la demanda sobre la siguiente finca [...]. El Registrador practicó la anotación preventiva Letra A solicitada el 17 de mayo de 1993, prorrogada hasta el 16 de septiembre de 1996. Posteriormente el 20 de enero de 1997 el Registrador remitió al Juzgado un oficio haciendo constar que la citada anotación de demanda, ordenada y anotada indebidamente conforme al artículo 42.1 LH, está produciendo una publicidad engañosa, ya que la finalidad cautelar de las anotaciones de demanda es asegurar las resultas del juicio a fin de que sea posible la ejecución del fallo y no resulte ilusoria la acción entablada. El Juzgado de Primera Instancia dictó auto por el que se dictaba la nulidad de la providencia en cuanto acordaba la práctica de la anotación de la demanda, pero fue dejado sin efecto por recurso de reposición de la parte actora, sustituyéndolo por otro de 27 de marzo de 1997 en el que se declaraba la subsistencia de la prórroga de la anotación preventiva de demanda. Mientras tanto el 2 de agosto de 1993 se practicó anotación preventiva de embargo letra B, y, como consecuencia del mismo procedimiento ejecutivo, el 19 de abril de 1996 se inscribió la adjudicación de la finca en subasta judicial a favor de la Caja de Ahorros de V. C. y A. En el procedimiento de origen de la primera anotación se dictó también sentencia estimatoria y con fecha 15 de diciembre de 1998 se otorgó escritura pública de adjudicación judicial del inmueble a favor de la actora. La inscripción de esta escritura fue denegada por el Registrador, en resolución en lo sustancial confirmada por Auto del Presidente del TSJ de 24 de noviembre de 1999, y por Resolución de 21 de noviembre de 2001 de la DGRN por adolecer del defecto consistente en la existencia de tercero a quien no vincula una anotación de demanda que carecía de trascendencia real y que nunca pudo adquirir tal trascendencia por el hecho de ser anotada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de responsabilidad civil contra el Registrador, y la Audiencia Provincial la confirmó por razones que no comparte sustancialmente la Sala 1.^a, aunque sí, mayoritariamente, su fallo desestimatorio.

NOTA.—Hay un Voto particular del Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete que propone estimar parcialmente la demanda, repartiéndola por partes iguales los daños entre el Registrador y la parte actora.

Supuesto singular y complejo. La parte beneficiada con la inicial y errónea calificación del Registrador (admitiendo, sin fundamento, la anotación preventiva al amparo del art. 42.1 LH) reclama contra éste después de haber intentado rectificar tardíamente aquélla; en último término, el resultado final es que no llegó a producir ningún efecto registral la anotación indebidamente practicada. La demanda se rechaza en ambas instancias, con distinto fundamento,

y el Tribunal Supremo, reconociendo la inicial negligencia del Registrador, llega, no obstante, a la conclusión de no existir relación de causalidad entre ésta y el daño –que acaso pueda calificarse de *putativo*– que invoca la parte actora. Aguda y minuciosa argumentación que, a mi juicio, resulta más convincente que la del Voto particular, favorable a la estimación de la demanda. No coincide en sus presupuestos fácticos con la STS de 18 de mayo de 2006 [extractada por mí en *ADC*, 2008, pág. 1707 ss.] en la que, aunque se refería también a una anotación preventiva (art. 42-2.º LH), hubo, sin embargo, condena del Registrador por cancelar indebidamente la relativa a un embargo estimándose la existencia de relación de causalidad *con meridiana claridad*. (G. G. C.)

52. Culpa extracontractual: lesiones y daños causados por animal que arrastra un carruaje en Feria organizada por Ayuntamiento: conductor menor de edad que abandona momentáneamente el carruaje siendo sustituido por otro menor: responsabilidad por riesgo.—La sentencia condenatoria del Ayuntamiento y de los padres de los menores más parece dictada desde la abstracción o, desde un aspecto meramente especulativo o, teórico, que desde una concreta situación fáctica que haya sido puesta de manifiesto por la propia sentencia para establecer un criterio seguro y razonable de imputación. Concorre, sin duda, causalidad física o material entre el daño y el atropello por el carruaje en el recinto ferial durante las fiestas organizadas por el Ayuntamiento, sin embargo no hay base de causalidad jurídica para atribuirle participación o contribución causal de ningún tipo, de acuerdo con criterios como el del riesgo o adecuación, puesto que ninguna de las omisiones que se le atribuyen tienen la característica de ser suficientemente adecuadas para imputarle causalmente el resultado. Así, 1.º) no se infringe ninguna norma por el hecho de conducir un carro por el recinto ferial siendo menores, ni el hecho de que lo fuera quien lo hacía implica por sí mismo una insuficiente pericia, no habiendo dato alguno que permita deducir que una persona de mayor edad hubiera determinado un curso causal diferente o que una mayor presencia policial hubiese aminorado las consecuencias del desbocamiento de un caballo cuya razón última se desconoce; 2.º) la jurisprudencia de esta Sala ha venido repitiendo que el riesgo, por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 CC, a no ser que se trate de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole, y es evidente que la organización por una Administración local de una feria o similar no puede convertirla sin más en responsable de todo cuanto acaezca en su interior, si esta se desarrolla en un marco adecuado y previsible en cuanto a los riesgos que el recinto genera para el conjunto de las personas que acceden al mismo junto a caballos y carros, y no se incrementan éstos de tal forma que permitiera desplazar la responsabilidad sobre quien, aun de forma lícita y permitida, ha permitido crearlos, estableciendo la existencia de una causalidad jurídica. El daño no fue debido a una dejación de competencias de la Administración que le eran propias en cumplimiento de un servicio público, ni es la feria quien lo causa, sino un caballo desbocado que participaba en ella conducido y manejado por un particular sobre el que la Administración no tenía ningún motivo ni posi-

bilidad legítima alguna para impedirle el acceso; acción esta que tiene en el orden civil unas consecuencias jurídicas diferentes para los que se sirvieron del caballo creando un riesgo y causando el daño.

Responsabilidad ex artículo 1905 CC: responsabilidad de los padres.—La jurisprudencia ha destacado el carácter objetivo de esta responsabilidad, basada en el riesgo consustancial a la tenencia o a la utilización en propio provecho de los animales, la cual exige tan solo una causalidad material, estableciendo la presunción de culpabilidad del poseedor del animal o de quien se sirve del mismo por su mera tenencia o posesión, con la única exoneración de los casos de fuerza mayor o de culpa del perjudicado (STS de 20 de diciembre de 2007, y las que se citan en ella). En el sentido de la norma no tiene la condición de poseedor del animal quien no tiene el poder de hecho ni se sirve de él, ni quien carece del dominio o el control efectivo y real del mismo que le permita desplegar alguna acción o ejercer algún mando en el momento en que ocurren los hechos. En el caso presente, el relato de hechos de la sentencia se limita a decir que el menor no acredita tener la preparación, aprendizaje ni cualificación suficiente, como se vio y quedó patentizado al no haber conseguido controlar el caballo desbocado, y que se encontraba en el carruaje cuando el animal se desbocó, y sin más hechos que los relatados la sentencia deduce la responsabilidad de sus padres en una doble sede: de los artículos 1905 y 1903, todos ellos del CC. El caballo se desbocó y ningún dato de la sentencia permite sostener que fuera dicho menor quien estuviera al mando o al frente del animal con las riendas tomadas, o el que provocó la acción determinante del daño, pues nadie le imputa, por más que se encontrara en el carruaje cuando ello se produce, una vez que se baja quien lo conducía y al que acompañaba; de lo cual se desprende que no se daban las condiciones necesarias para exigirle responsabilidad al amparo del artículo 1905 CC, pues ni poseía el animal, ni tenía interés alguno en su utilización, ni pudo haber conseguido controlarlo una vez que se desboca inopinadamente, por más que lo intentara. Al no haberse acreditado, con respecto a su hijo, la existencia de un comportamiento irregular o culposo con incidencia en la relación de causalidad, no cabe deducir responsabilidad alguna de sus padres en su vigilancia, tanto porque no encaja en el artículo 1905, como, porque en modo alguno es posible deducirla del hecho de ser un simple acompañante de otro menor sin ninguna responsabilidad en la conducción del carruaje. (STS de 4 de marzo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Supuesto complejo derivado de la pluralidad de reclamaciones presentadas por los diversos damnificados (hubo algún caso de atropello mortal), por consecuencia de haberse desbocado los caballos que arrastraban un vehículo, en horario abierto al público, en un recinto ferial organizado por el Ayuntamiento de una localidad andaluza, demandas finalmente acumuladas en un proceso único, en el que hubo rebeldías, desistimientos por abono de indemnizaciones de una aseguradora y recursos de aclaración. El propietario del animal condenado en apelación no recurrió al Tribunal Supremo, pero sí lo hicieron, con éxito, el Ayuntamiento, su aseguradora, y los padres del menor que acompañaba al conductor del carruaje, también menor.

NOTA.—Puede sorprender la absolución del Ayuntamiento organizador de la feria anual entre cuyas obligaciones, según esta

sentencia, no figura asegurar la libre circulación de peatones y carruajes por el recinto, ni imponer alguna medida de precaución a sus conductores. Al parecer, ningún reglamento nacional ni autonómico establece tampoco los requisitos para obtener lo que puede denominarse el «carnet de conducción de caballerías» dentro de los recintos feriales, por lo cual puede afirmar categóricamente la sentencia que *no hay dato alguno que permita deducir que una persona mayor de edad hubiera determinado un curso causal diferente o que una mayor presencia policial hubiese aminorado las consecuencias del desbocamiento de un caballo*. Afirmaciones que parecen conducir a una actitud, en los principales protagonistas del suceso, de resignada admisión del *casus* o de la *vis maior*, poco o nada satisfactoria en nuestros días. A mi parecer, por lo que al Ayuntamiento se refiere, no puede decirse que su condena en ambas instancias se base en una mera abstracción de los hechos alegados y probados como afirma el 2.º FD. (G. G. C.)

53. Responsabilidad extracontractual. Previsibilidad del daño.—No es posible exigir responsabilidad extracontractual por más daños que aquellos cuya causación no eran de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, por tratarse de daños que no eran previsibles en las circunstancias de personas, tiempo y lugar en que se generan según el artículo 1902 CC.

Responsabilidad extracontractual. Criterios de imputación: riesgos de la vida.—Existen pequeños riesgos que la vida obliga a soportar o riesgos no cualificados. En este sentido puede decirse que riesgos hay en todas las actividades de la vida. (STS de 30 de enero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Antonio interpone demanda por la que solicita que se condene al Ayuntamiento de Madrid y a don Gaspar a abonar una indemnización por las lesiones causadas a su hija menor, Virginia, cuando utilizaba las instalaciones existentes en un parque público. Las lesiones se producen cuando la niña entra corriendo en busca de su pelota en el recinto cerrado de un frontón enclavado en el parque, propiedad del Ayuntamiento de Madrid, en el que la puerta de acceso estaba sin su correspondiente hoja. Dentro del recinto se encontraba don Gaspar realizando una técnica habitual de preparación de los pelotaris consistente en quemar y endurecer los esparadrapos que envuelven sus manos mediante la acción de una pequeña llama de fuego. Al tropezar la niña con el jugador, se vertió el frasco de alcohol que llegó al tapón prendido, alcanzándole las llamas a la pequeña.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Apela la sentencia, la Audiencia Provincial la revoca y condena al Ayuntamiento de Madrid y a don Gaspar apreciando una concurrencia de culpas que atribuye en un 75% a la niña y a su madre, en un 15% al Ayuntamiento y en un 10% al deportista.

NOTA.—En la sentencia anotada, al igual que en la sentencia dictada en segunda instancia, la responsabilidad municipal se conecta con los hechos por la apreciación de que, de haber puerta

en el frontón, el accidente no se habría producido, mientras que la del deportista porque el elemento causante de la lesión (fuego) se encontraba dentro del recinto del parque público, sin que estuviera autorizado hacer fuego o manipularlo.

No obstante, la imputación objetiva del incumplimiento de las medidas necesarias para preservar de riesgos a los usuarios del parque aparece moderada por el reconocimiento de la mayor relevancia de la conducta de la niña y de la madre en una proporción del 75 por ciento habida cuenta el papel preponderante que, en orden a la concurrente imputación objetiva del perjuicio padecido, corresponde al proceder de una y de otra. Para ello se tuvo en cuenta que el ámbito de juegos del parque público está claramente definido y separado del lugar donde se practica frontón, y esta separación es lo que hace que no se interfieran, en condiciones normales, niños y mayores, de tal forma que el libre acceso no resulta compatible con una puerta que estaba, pero que ya no está, porque los servicios municipales no se cuidaron de reponerla y que lo impediría.

La jurisprudencia ha reiterado que existen pequeños riesgos que la vida obliga a soportar: *vid.* STSS 11 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 9883); 2 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5508); 17 de junio de 2003 (RJ 2003, 5646) y 31 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8882). (M. C. L. J.)

54. Culpa médica: intervención médica con secuelas: invalidez permanente absoluta: responsabilidad de la Administración sanitaria: jurisprudencia consolidada sobre su carácter extracontractual: prescripción de la acción.—La STS de 11 de junio de 2001 admite que algunas sentencias de esta Sala han declarado la naturaleza contractual o análoga a la contractual entre la persona afiliada a la Seguridad Social y el centro hospitalario integrado en el sistema que le presta asistencia médica a efectos de tomar como plazo de prescripción el de 15 años del artículo 1964 CC (así STS de 30 de diciembre de 1999, acompañada de un voto particular en sentido opuesto). Sin embargo, siguiendo el precedente de la STS de 12 de febrero de 2000, pone de manifiesto que la inmensa mayoría de las sentencias de esta Sala dan por supuesto que el plazo aplicable es el de un año del artículo 1968.2.º CC, y rechaza la calificación de contractual para la relación entre el paciente de la Seguridad Social y el centro hospitalario partiendo de la configuración constitucional de la Seguridad Social como un régimen que los poderes públicos tienen que mantener para garantizar a todos los ciudadanos la asistencia y prestaciones sociales suficientes (art. 1 CE) y de su consideración como una función del Estado sujeta a un régimen de configuración legal y de carácter público según la doctrina del Tribunal Constitucional (así SSTC 65/1987 y 37/1994). Finalmente la STS de 11 de julio de 2001 sienta la conclusión de que no puede decirse que la naturaleza contractual de la relación y la consiguiente aplicabilidad del plazo de prescripción quincenal constituyan jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 CC. Doctrina posteriormente seguida por SSTs de 15 de octubre y 19 de diciembre de 2008, y debe considerarse como manifestación del criterio jurisprudencial ya consolidado de esta Sala. (STS de 26 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. C. C.)

55. Responsabilidad médica. Deber de obtener el consentimiento informado.—La vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*, o lo que es lo mismo un supuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud, y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto (SSTS de 15 de noviembre de 2006, y las que en ella se citan). Como tal forma parte de toda actuación asistencial, constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente, que constituye el marco normativo actual, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. Su exigencia, tanto si existe vínculo contractual —contrato de servicio sanitario, sea arrendamiento de servicio o de obra— como si opera en la relación meramente extracontractual, 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 19 de noviembre de 2007), pues una cosa es que la actuación del médico se lleve a cabo con absoluta corrección y otra distinta que la reprochabilidad pueda basarse en la no intervención de un consentimiento del paciente o sus familiares debidamente informado por el médico.

Relevancia de la información proporcionada verbalmente.—La jurisprudencia ha declarado con reiteración que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene mero valor *ad probationem* (SSTS de 2 de octubre de 1997, 26 de enero y 10 de noviembre de 1998, 2 de noviembre de 2000, 2 de julio de 2002 y 29 de julio de 2008), garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente, especialmente en aquellos tratamientos continuados en los que se va produciendo poco a poco dentro de la normal relación existente con el médico, a través de la cual se le pone en antecedentes sobre las características de la intervención a la que va a ser sometido así como de los riesgos que la misma conlleva; habiendo afirmado la STS de 29 de mayo de 2003, que debe al menos «quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte», como exige la Ley de 24 de noviembre de 2002; doctrina, por tanto, que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previene la Ley General de Sanidad para cualquier intervención, y que exige como corolario lógico invertir la carga de la prueba para que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico,

pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios. (STS de 21 de enero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña Y., en ese momento menor de edad, fue ingresada en el Hospital R., dependiente del Instituto Nacional de la Salud, para ser tratada de una cifoescoliosis. Tras el estudio preoperatorio se decidió su intervención que se llevó a cabo en dos actos quirúrgicos. En el primero sufrió complicaciones, si bien el postoperatorio es bueno. Después del segundo acto quirúrgico, ingresa en la UVI, donde a las cuatro horas de terminada la cirugía se detecta una paraplejía, por lo que se le vuelve a ingresar en quirófano dada la existencia de déficit neurológico y pasando nuevamente a la UVI. Una vez dada de alta, ingresa en el hospital de parapléjicos en Toledo.

Doña Y. reclamó una indemnización del Instituto Nacional de la Salud, el cirujano don R. y la anestesista doña T., con base en la impericia manifestada en la intervención quirúrgica, dejándose de advertir de los riesgos que podían seguirse de la misma, y en el hecho de no haberse solicitado el consentimiento de sus padres por escrito.

Las sentencias de primera instancia y de apelación desestimaron la demanda y el recurso de apelación con base tanto en que el daño producido a la actora no trae causa de la intervención quirúrgica practicada, siendo diagnosticada la paraplejía en la UVI a las cuatro horas de terminada la cirugía, y no advirtiéndose error alguno en la técnica utilizada ni fallos en la aplicación de la anestesia, como en que, si bien no hubo consentimiento informado por escrito, el deber de información se cumplió en este caso como se deduce del historial clínico de la actora, en el que consta que los facultativos hablaron con la familia de la gravedad y necesidad de la operación, explicándoles el plan quirúrgico que iba a seguirse, siendo conscientes los padres de que la enfermedad que su hija padecía precisaba de una intervención de alto riesgo, dado el fracaso del tratamiento conservador que se había aplicado, y habiendo quedado acreditado que el consentimiento de los familiares fue verbal. Contra la sentencia de apelación, recurrió en casación doña Y. siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

56. Responsabilidad por hecho ajeno: responsabilidad de Entidad de Previsión social por supuesta mala praxis de médicos incluidos en su cuadro médico.—La Sala estima que en relación con la infracción de los artículos 1902 y 1903 CC aun admitiendo que es suficiente la inclusión del facultativo en el cuadro médico de la Mutua para inferir la existencia de responsabilidad derivada de la *culpa in eligendo* siendo no obstante imprescindible la concurrencia de culpa en la prestación del acto médico.

Responsabilidad derivada del artículo 28 de la LGDCU.—También afirma la Sala que este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc...*, resultando aplicable únicamente en relación con los

aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios ajenos a la actividad médica propiamente dicha, citando especialmente las STS de 4 de diciembre de 2007 y 20 de junio de 2008, entre otras. (STS de 23 de enero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jose Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Jon, sufrió lesiones al caerse de una escalera existente en su sede laboral (hernia discal a nivel L-5 S-1), siendo intervenido por don Humberto y tratado por don Luis descubriéndose en el curso del tratamiento una infección sobrevenida por espondilodiscitis posquirúrgica de la que fue asistido por don Narciso, todos ellos profesionales pertenecientes al cuadro médico de la entidad de previsión social FM. Como consecuencia del proceso, don Jon resultó con graves secuelas entablado acción de responsabilidad civil contra la entidad de previsión social FM demandando de la misma el pago de una indemnización de 180.303 euros en base a una supuesta culpa *in vigilando* o *in eligendo* y a la existencia de un daño desproporcionado.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda al estimar que hubo mala praxis médica y una vinculación de dependencia contractual (arrendamiento de servicios) entre los médicos que prestaron la asistencia y la entidad de previsión social demandada, condenando a ésta al pago de 102.000 euros. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia absolviendo a aquélla de todas las peticiones de la demanda, al estimar que no existía relación de dependencia entre los médicos y la entidad de previsión social y apreciar como no acreditado un actuar negligente de los facultativos. Interpuesto recurso de casación basado en cinco motivos, el Tribunal Supremo no da lugar al mismo. (C. S. R.)

57. Responsabilidad civil extracontractual. El riesgo no crea por sí solo responsabilidad.—Respecto de la «teoría del riesgo», según la cual quien obtiene los beneficios de una actividad debería asumir los perjuicios necesarios para obtener dicho beneficio (*cuius commoda eius incommoda*), la jurisprudencia ha venido repitiendo que «el riesgo, por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 CC» (STS de 2 de julio de 2008, entre muchas otras), a no ser que se trate de «riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole» (SSTS de 22 de febrero de 2007 y las allí citadas, así como las de 3 de mayo de 2007 y 2 de marzo de 2006).

Causalidad: imputación objetiva.—En relación a la causalidad, como afirma la STS de 28 de julio de 2008, existen casos en que «(...) si bien concurre la causalidad física o material, (...), sin embargo no hay base alguna, en un juicio de causalidad jurídica, para atribuir participación o contribución causal de ningún tipo». La Sala ha aceptado así la denominada «imputación objetiva» en la que no se busca si uno de los elementos de la relación es la causa del resultado, sino si la conducta que se pretende sea la causa, es suficientemente relevante para la producción del daño que se reclama, de acuerdo con el criterio de la «adecuación» (SSTS de 6 de septiembre de 2005, 10 de febrero y 12 de diciembre de 2006, así como otras posteriores).

Ley de consumidores: no hay responsabilidad del Ayuntamiento que autoriza la instalación de una atracción de feria.—La responsabilidad objetiva de la Ley 26/1984 requiere que el demandado haya prestado el servicio o el producto que ha ocasionado el daño. En este caso, el Ayuntamiento ni ha producido la atracción de feria, ni era quien estaba prestando el servicio, de manera que el recurrente puede reclamar como consumidor frente a quien le proporcionó el producto o servicio, no frente al Ayuntamiento, que resulta completamente ajeno al mismo. (STS de 16 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don G., de 17 años de edad, sufrió un accidente al caer en una atracción de feria, originándosele graves lesiones y quedándole como secuela una tetraplejía irreversible. Concurrieron una serie de factores que agravaron el riesgo, tales como que la velocidad dependía del manejo de un operario que estaba a cargo de la máquina; su uso por más de una persona a la vez, cuyo comportamiento era imprevisible y que no existía advertencia previa sobre los posibles riesgos. Don G. demandó a don E. y doña J., su esposa, propietarios de la atracción; la aseguradora E., S.A., y al Ayuntamiento de T.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por todos los codemandados, la Audiencia Provincial estimó únicamente el del Ayuntamiento y confirmó la condena a los demás codemandados. Don G. recurrió en casación contra esa sentencia absolutoria del Ayuntamiento, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

58. Consumidores y usuarios. Indemnización de daños y perjuicios. Carga de la prueba.—El nexos causal ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba. La prueba del nexos causal, requisito al que no alcanza la presunción ínsita en la doctrina denominada de la inversión de la carga de la prueba, incumbe al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado. (STS de 19 de febrero de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Carlos, que se dedicaba habitualmente con su empresa entre otras cosas a la instalación de gas, tenía una bombona de reserva en el trastero de su vivienda. Al accionar la propia bombona el sistema de seguridad ante una fuente de calor producida por don Carlos, se produce la deflagración de la mencionada bombona. Ante estos hechos, don Carlos interpone demanda en la que solicita a la empresa suministradora de butano indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta y concedió la indemnización de 124.276,28 euros. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial incrementó la indemnización a la cifra de 369.227,66 euros. La sentencia es recurrida

exclusivamente por la empresa suministradora de butano, a la que se atribuye un 60% de la cuantía indemnizatoria.

NOTA.—La sentencia anotada casa la dictada por la Audiencia Provincial porque considera que esta última después de no advertir defecto alguno en la bombona de gas que sea causa de la deflagración y de tomar en consideración la existencia de un foco de calor anterior, acude a unos criterios de responsabilidad más allá de lo estrictamente subjetivo para llegar a criterios de responsabilidad por riesgo. La Audiencia para absolver a la compañía suministradora de butano tiene en cuenta la inadecuada ubicación de la bombona y la falta de control del estado de la instalación en su conjunto, fundamentando la condena en una acción distinta de la extracontractual, como es la que resulta de la normativa de los consumidores y usuarios (arts. 26 y 28 LGDCU).

Constituye doctrina reiterada del Tribunal Supremo que para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objetivo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño: SSTS 11 febrero 1998 (RJ 1998, 707); 3 de junio de 2000; 19 octubre 2007 (RJ 2007, 8627).

Para el Tribunal Supremo, el riesgo en este caso no lo origina la posesión de bombonas autorizadas, revisadas y suministradas en las debidas condiciones de seguridad, sino el hecho de su utilización de una forma distinta para la función prevista. En ningún caso puede vincularse el daño al servicio de gas prestado a una persona que, aunque formal y jurídicamente revestido de la consideración de usuario, actúa en el ramo del producto que se le suministra porque una cosa es que carezca de los conocimientos técnicos necesarios sobre la composición o manipulación de los envases y otra distinta que desconozca precisamente aquello que la sentencia imputa a la recurrente sobre las posibles deficiencias de la instalación. (*M. C. L. J.*)

59. Accidente de circulación. Régimen legal aplicable.—El régimen legal aplicable a un accidente ocasionado con motivo de la circulación de vehículos es siempre el vigente en el momento en que el siniestro se produce, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 LRCSCVM y el punto 3.º del párrafo primero del anexo de la Ley 30/1995, que no fija la cuantía de la indemnización, porque no liga al momento del accidente el valor del punto que generará la aplicación del sistema. El daño, es decir, las consecuencias del accidente, se determina en el momento en que este se produce y este régimen jurídico afecta al número de puntos que debe atribuirse a la lesión padecida y a los criterios valorativos (edad, trabajo, circunstancias personales y familiares, incapacidad, beneficiarios en los casos de muerte, etc.), que serán los del momento del accidente. Por aplicación del principio de irretroactividad, cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado.

Sin embargo, puede ocurrir que la determinación definitiva de las lesiones o el número de días de baja del accidentado se tengan que determinar en un momento posterior. El artículo 1.2 y el número 3 del párrafo primero del anexo de la Ley 30/1995 no cambia la naturaleza de deuda de valor de la obligación de indemnizar los daños personales. En consecuencia, la cuanti-

ficación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente debe efectuarse en el momento en que las secuelas del propio accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo: SS de 8 de julio de 1987, 16 de julio de 1991, 3 de septiembre de 1996, 22 de abril de 1997, 20 de noviembre de 2000, 14 y 22 de junio de 2001, 23 de diciembre de 2004 y 3 de octubre de 2006, entre muchas otras.

Cómputo del interés de demora una vez transcurridos dos años desde la fecha del siniestro. La teoría del tramo único o de los dos tramos de interés.—La regla 4.^a del artículo 20 LCS, en su redacción dada por Ley 30/1995, de 8 de noviembre señala: «*La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 %; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.*—*No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20%*».

Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento. (STS de 25 de febrero de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El 18 de junio de 1998 colisionan una ambulancia y un ciclomotor. Don Gabriel, conductor del vehículo ciclomotor y su esposa interponen demanda contra don Esteban, conductor de la ambulancia, la propietaria de ésta «Funeraria F., S.A.», y su compañía aseguradora en la que se reclamó la condena solidaria de los demandados al abono al Sr. Gabriel de 71.841.173 pesetas, y a la Sra. Carlota de la suma de 16.474.963 pesetas con base en la responsabilidad extracontractual por los daños, lesiones e incapacidad sufridos por el actor, y por los perjuicios morales sufridos por su esposa, a consecuencia del accidente de circulación ocurrido.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a que en forma solidaria abonaran al actor la cantidad de 144.911,385 euros, más los intereses. Tal suma indemnizatoria representaba el 50% del importe de 289.823,67 euros, consecuencia de la estimación de concurrencia de culpas en tal porcentaje de sendos conductores en la causación del accidente. Mediante Auto, el Juzgado procedió a la aclaración de la sentencia y del fallo, en el que se elevó la indemnización al Sr. Gabriel a 155.337,465 euros. En cuanto a los intereses a satisfacer por la aseguradora se aclaró la sentencia en los siguientes términos: «Intereses... la cantidad por la que se estima la demanda devengará en cuanto responsabilidad de la entidad aseguradora el interés del artículo 20.4 de la Ley de Contratos de Seguro desde la fecha del accidente».

Apelada la sentencia dictada en primera instancia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora y el Sr. Esteban, con imposición de las costas de este recurso, y rechazó en lo sustancial el del Sr. Gabriel, con la única modificación de fijar en 40 en vez de 38 los puntos por la secuela de síndrome orgánico de la personalidad.

NOTA.—La aparente contradicción entre el apartado 3 del párrafo Primero del Anexo, que establece textualmente que «*a los efectos de la aplicación de las tablas la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la referida a la fecha del accidente*», y el punto 10 del mismo párrafo que establece que «*anualmente, con efectos de primero de enero de cada año y a partir del año siguiente a la entrada en vigor de la presente Ley, deberán actualizarse las cuantías indemnizatorias fijadas en el presente Anexo y, en su defecto, quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje del Índice General de Precios al Consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior. En este último caso y para facilitar su conocimiento y aplicación, por resolución de la Dirección General de Seguros se harán públicas dichas actualizaciones*» dio lugar a que las Audiencias, al interpretar como debían valorarse los daños personales, mantuvieran fundamentalmente las dos siguientes posturas: Una favorable a valorar los daños en atención al momento en que se produjo el daño, según las cuantías resultantes del Baremo vigente en la fecha en que acaeció el siniestro y otra favorable a entender que los daños deben cuantificarse según la tabla vigente en el momento de dictar sentencia: SSTS del Pleno de la misma de 17 de abril de 2007, 10 de julio de 2008 (RJ 2008, 3355), 23 de julio de 2008 (RJ 2008, 4619), y 30 de octubre de 2008 (RJ 2009, 391).

El Tribunal Supremo en la sentencia anotada declara aplicable el baremo correspondiente al año 1999, correspondiente al alta definitiva del lesionado, y no el del año 2003, relativo a la fecha de la sentencia, debiendo procederse en el periodo de ejecución de sentencia a la revisión de la indemnización acordada. (M. C. L. J.)

60. Culpa extracontractual: accidente de circulación: indemnización correspondiente al progenitor único, de estado viudo, de la víctima, fallecida sin hijos ni hermanos: criterio jurisprudencial ante una imperfección legal.—La cuestión planteada tiene su razón de ser en una imperfección del texto legal. En la Tabla I del Anexo LRCSVM 1995 se contempla únicamente la concurrencia de los dos padres de la víctima y no se prevé el supuesto de premoriencia, exclusión o no-concurrencia de uno de los dos progenitores. De manera contradictoria se introduce en la nota 5, como factor diferenciador, la convivencia o no con la víctima. En una nueva antinomia, no se hace así respecto de los hermanos en el Grupo V. Esta situación aconsejaría, en principio, prescindir de la literalidad del texto y resolver el problema planteado — como declara la relevante SAP de Sevilla de 11 de mayo de 2004, que defiende esta solución —, con arreglo a los principios propios del Derecho de daños, entendiendo que no puede existir un derecho de acrecer propio del Derecho hereditario, que repugna al principio de indemnización por cabezas

propio de los sistemas de resarcimiento. La mayoría de las Audiencias Provinciales, en contra del seguido por otras, se ha inclinado en los primeros años de vigencia del Sistema de valoración por este criterio, favorable a la asignación al progenitor único de la mitad de la indemnización fijada en la Tabla I del Anexo para los *padres*.

La explicación en que se apoya esta conclusión, sin embargo, es insuficiente, dadas las imperfecciones de carácter técnico de la Tabla I. En ella se aplican principios que, por razones ligadas al tratamiento económico de las indemnizaciones propias del sector específico de los accidentes de circulación, en parte tratan de aproximar al Derecho de daños a una regulación más propia del Derecho sucesorio o de los seguros de sumas. En efecto, se distinguen entre perjudicados principales y secundarios, aplicando una preferencia de grupos con exclusión de los posteriores. Se configura la indemnización, en muchos supuestos, no como indemnización por cabezas sino como cantidad total fijada para el conjunto de los que integran una categoría (con un aumento no directamente proporcional al mayor número de miembros, hijos o hermanos). La indemnización efectivamente percibida por cada perjudicado sufre así una reducción en el supuesto de concurrencia de varios en una misma categoría. El Tribunal Constitucional ha aceptado la constitucionalidad de esta técnica, por considerar que resulta justificada dada la especialidad del sector de accidentes de circulación y la necesidad de establecer un sistema de seguro obligatorio para garantizar la efectividad de la responsabilidad civil en este ámbito. Asimismo en la doctrina se ha sostenido que es razonable, hasta cierto punto, entender que el sufrimiento del perjudicado único por el fallecimiento de un familiar es superior al que padecen varios familiares que sufren conjuntamente la pérdida.

El principio de individualización de la indemnización, o indemnización por cabezas, apoya, sin duda, la solución favorable a la asignación de la mitad de la indemnización al progenitor único. El principio de configuración de la indemnización como única o total para los integrantes de una categoría –que tiene un inequívoco reflejo en la Tabla I–, permite interpretar, en sentido contrario, que la indemnización se asigna en su totalidad al progenitor único y que resulta reducida a la mitad cuando concurren los dos progenitores (si bien se mira, en esta hipótesis la cuantía total se mantiene inalterable y cada uno percibe el 50%). Si se admite esta interpretación no se produce un acrecimiento en el caso de subsistencia de un solo progenitor; antes bien una reducción en el caso de la concurrencia de ambos. Podrá decirse que esta reducción no se acomoda a los principios del Derecho de daños; pero no es ajena a los principios a que responde la Tabla I, que en un grado significativo no son coherentes con aquéllos. En consecuencia, el principio de indemnización total por categorías apoya la solución favorable a la asignación del total de la indemnización al progenitor único. De esta forma cobra virtualidad el argumento –manejado por la doctrina– de que el artículo 22.3 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros, aprobado por RD 1575/1989, de 22 diciembre, al establecer como beneficiarios de la indemnización a los padres del fallecido, en defecto del cónyuge y descendientes, precisa que si sólo viviera uno de los padres, percibirá la totalidad de dicha indemnización. En efecto, la diferencia de naturaleza de la función de cobertura de riesgo por parte del seguro, respecto de la función de resarcimiento del daño propio de la responsabilidad civil resulta menos relevante cuando el legislador trata un supuesto de resarcimiento por responsabilidad civil aproximándose en algu-

na medida al principio de suma única propio de los seguros de personas, como ocurre en la Tabla I.

Ante la imperfección del texto legislativo resulta difícil atenerse a una interpretación que sea acorde con principios tan contradictorios. Parece razonable, como solución más coherente, atenerse a la literalidad del texto legal, que configura la indemnización como cuantía total asignada a la categoría integrada por los *padres*, independientemente del número de los llamados a percibirla. Aboga en función de esta solución el principio *in dubio pro damnato*, corolario del principio que figura como uno de los *Criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización*, contenidos en el Anexo primero 7 (*asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados*). Es la solución que ha terminado prevaleciendo en la jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo (S. de 5 de julio de 2001) y cuyo origen se remonta a un acuerdo de unificación de criterios, que no tiene, como la Ley Orgánica establece, carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales. Y aunque la Sala 1.^a no ha tenido ocasión de abordar directamente la cuestión, la STS de 24 de noviembre de 2006 se muestra favorable a ella. (STS de 27 de abril de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—A resultas del mismo accidente de circulación fallecen dos jóvenes cuya situación familiar es la misma, pues a cada uno le sobrevive únicamente la madre viuda. En ambas instancias y con base en la Tabla I del Baremo en vigor, se concede a cada progenitora una indemnización del 50% del total fijado en aquella. La Sala 1.^a del Tribunal Supremo, con una composición de diez Magistrados, en resolución que puede calificarse de valiente y audaz, inspirada en la equidad, y que no es seguro que se reitere ni prevalezca, otorga a cada una de ellas el 100%. Solución que *prima facie* parece equitativa y razonable. Desde la entrada en vigor del nuevo Sistema de evaluación de daños en accidentes de circulación, la Sala 1.^a ha tenido ocasión de resaltar sus imperfecciones técnicas, debidas —probablemente— a la diferente óptica con la que se acometió la redacción del ya famoso Baremo (¿preparación actuarial vs. jurídico-privada, pudo ser la alternativa elegida por el legislador?) (G. G. C.)

61. Culpa extracontractual: accidente de circulación: baremo aplicable para valorar los daños sufridos.—Planteada nuevamente la cuestión de cuál ha de ser el baremo aplicable para valorar los daños sufridos como consecuencia de accidentes de circulación, si el vigente en el momento de la sentencia de primera instancia, o el vigente en el momento en que tuvo lugar el siniestro, esta cuestión debe ahora dilucidarse en línea con la doctrina establecida al respecto por el Pleno de la Sala 1.^a en sendas sentencias de 17 de abril 2007, resolviendo los recursos de casación 2908/2001 y 2598/2002, y que ha sido acogida con posterioridad en SSTS de 9, 10 y 23 de julio de 2008. La línea jurisprudencial iniciada por las referidas sentencias de Pleno, que analiza con profusión el estado de la cuestión y las razones que tradicionalmente venían siendo esgrimidas como justificación de cada alternativa, sitúa el nudo gordiano de la polémica en la confusión en que las Audiencias venían incurriendo al equiparar régimen legal aplicable para determinar las consecuencias del siniestro y valoración económica corres-

pondiente al menoscabo resultante de la aplicación de aquél, aspectos que la Sala 1.^a se esfuerza en diferenciar, con la consecuencia de que el accidente se ha de tomar en cuenta para determinar el régimen legal aplicable, al que habrá que estar para concretar el daño, es decir, las consecuencias de aquél, impidiendo el principio de irretroactividad que cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable pueda ir en contra del perjudicado; al mismo tiempo, la cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente debe efectuarse en el momento en que las secuelas del propio accidente han quedado determinadas, que es el alta definitiva. Con este criterio queda salvado el principio de irretroactividad porque el régimen jurídico se determina en el momento de producirse el daño, aunque su cuantificación pueda tener lugar en un momento posterior, y se salvan también las finalidades perseguidas por la Ley 30/1995, pues ha de valorarse el punto de acuerdo con las variaciones del IPC, evitando hacer recaer sobre los perjudicados las consecuencias de la inflación.

Legislación aplicable: irretroactividad como norma general.—El apartado 3.º del artículo 2.º CC establece taxativamente que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario. Esto es así porque la seguridad jurídica, principio inspirador del ordenamiento de plasmación constitucional (art. 9.3 CE), exige el conocimiento previo de la norma que va a aplicarse a una determinada situación jurídica, de manera que las situaciones y relaciones jurídicas se rigen por la vigente al tiempo en que aquellas acontecen o se producen. Certeza, predictibilidad y confianza en el ordenamiento jurídico son exigencias por razón de la seguridad jurídica, que, de acuerdo con el viejo axioma, *tempus regit actum*, conducen a establecer el principio general de que las normas son por regla general irretroactivas salvo que excepcionalmente en ellas se diga lo contrario. Así lo ha proclamado una jurisprudencia reiterada de la Sala 1.^a (SSTS de 16 de enero de 1963, 22 de diciembre de 1978, 19 de octubre de 1982 y 25 de mayo de 1995), de manera que, con independencia del grado de retroactividad que se atribuya a la ley posterior, incluso para admitir un grado débil o mínimo, es preciso que ésta así lo disponga, sin perjuicio de que ello no deba entenderse en el sentido estricto de que lo haga expresamente, pues, a falta de previsión expresa, jurisprudencia y doctrina admiten también la retroactividad que resulta tácitamente de la norma posterior (SSTS de 26 de mayo de 1969 y 7 de julio de 1987), retroactividad tácita que ha venido atribuyéndose tradicionalmente a las normas interpretativas, a las complementarias, de desarrollo o ejecutivas, a las que suplan lagunas, a las procesales y, en general, a las que pretenden eliminar situaciones pasadas incompatibles con los fines jurídicos que persiguen las nuevas disposiciones, pues de otro modo no cumplirían su objetivo (SSTS de 26 de noviembre de 1934, 17 de diciembre de 1941, 5 de julio de 1986 y 9 de abril de 1992). Llegados a este punto, deben hacerse dos precisiones: la primera, que no puede colegirse que existe retroactividad tácita del mero hecho de que la nueva ley, como es lógico, se haya inspirado en la experiencia pretérita (STS de 5 de noviembre de 1986); la segunda, que la aplicación retroactiva de la norma no puede suponer, en ningún caso, que resulten obviados o menoscabados derechos adquiridos, o situaciones beneficiosas o favorables nacidos al amparo de la normativa anterior vigente cuando se produjo el hecho, pues tal cosa iría en contra del artículo 9.3 CE que proscribía de modo absoluto la aplicación retroactiva de una norma posterior restrictiva de derechos individuales. De aquí el carácter irretroactivo de la Ley 34/2003, de 4 noviembre, de Modificación y

adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados. Una doctrina reiterada ha sentado que el régimen legal aplicable a un accidente ocasionado con motivo de la circulación de vehículos es siempre el vigente en el momento en que se produjo, de acuerdo con el artículo 1.2 de la LCVM y el punto 3.º del párrafo 1.º del Anexo de la Ley 30/1995, con la consecuencia, por aplicación del principio de irretroactividad, de que cualquier modificación posterior del mismo aplicable al daño producido por el accidente, resulta indiferente para el perjudicado.

Intereses de demora artículo 20 LCS: cálculo: doctrina jurisprudencial.—Después de la sentencia del Pleno de 1 de marzo de 2007, es doctrina pacífica (plasmada, entre otras, en SSTS de 11 de diciembre de 2007 y 1 de julio de 2008) que para calcular los intereses de demora han de diferenciarse dos tramos, el primero durante los dos años siguientes al siniestro, en que la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%, y un segundo tramo, que comenzará a partir de concluir la segunda anualidad, en el que el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, pero con un tipo mínimo del 20% si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento. (STS de 20 de abril de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.] (G. G. C.)

62. Culpa extracontractual: accidente de circulación: indemnización de los daños causados: doctrina jurisprudencial sobre la valoración económica.—Se declara aplicable a este caso la doctrina jurisprudencial de que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de las indemnizaciones procedentes, en el momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado (SSTS de 8 de julio de 1987, 6 de julio de 1991, 3 de septiembre de 1996, 22 de abril de 1997, 20 de noviembre de 2000, 14 y 22 de julio de 2001, 23 de diciembre de 2004, 3 de octubre de 2006, 9, 10 y 23 de julio, y 30 de octubre 2008). (STS de 12 de marzo de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Con mayor amplitud ver STS de 20 de abril de 2009 en este mismo fascículo de ADC. (G. G. C.)

63. Culpa extracontractual: accidente de circulación: indemnización por perjuicios estéticos: valoración: dudas interpretativas ante incoherencias legislativas.—En el Anexo introducido por la Ley 30/1995, la referencia al límite de los 100 puntos está en relación con la fórmula aritmética de concurrencia de secuelas, respecto de la cual tiene un carácter descriptivo y explicativo de la finalidad que se persigue mediante ella (a saber, evitar que por la acumulación de secuelas pueda rebasarse el importe máximo fijado y que la puntuación final sea producto de una suma aritmética y no de un cálculo proporcional a la suma fijada como máxima). Sin embargo, la referencia al límite de 100 puntos figura antes que la regla especial establecida para los perjuicios estéticos, a los que se ordena no aplicar la fórmula

reductora, y, por lo tanto, no afecta a la puntuación fijada para ellos. Un sector de la doctrina ha defendido que el importe máximo responde al máximo valor que puede concederse, según los principios en que se inspira el Sistema de valoración, de tal suerte que, en ningún caso, podría fijarse un perjuicio de más de 100 puntos sin atentar contra ellos. Sin embargo, la aplicación de esta limitación al conjunto de la puntuación derivada de las secuelas permanentes y de los perjuicios estéticos, lejos de introducir coherencia en la aplicación del Sistema, conduciría a consecuencias notablemente absurdas, pues resultaría que los perjuicios estéticos, que la ley ordena sumar aritméticamente a las secuelas permanentes sin aplicar la fórmula reductora, podrían resultar reducidos e incluso eliminados cuando la puntuación asignada a las secuelas fuera muy alta, como ocurre en el caso examinado, y así se incurriría en una incoherencia más grave en perjuicio de la víctima, en contra del principio de reparación íntegra del daño, que constituye uno de los principios capitales del sistema, y al que debe concederse prevalencia en la interpretación de los casos dudosos haciendo efectivo el principio *in dubio pro damnato*. La ponderación entre el principio de reparación íntegra del daño frente al de proporcionalidad de las indemnizaciones impide que pueda aceptarse la limitación propuesta por la parte recurrente como adecuada para una interpretación correctora. El criterio introducido en el año 2003, que se funda en la distinción entre daño fisiológico y el perjuicio estético de la persona como susceptibles de valoración separada, con un máximo total de 100 y de 50 puntos respectivamente, ambos computables independientemente, no puede ser aplicado con carácter retroactivo. De esta suerte, carece de sentido, dentro del sistema originario del Sistema de valoración introducido por la Ley 30/1995, aplicar un máximo de 100 puntos a la suma aritmética de los puntos por perjuicio estético a los resultantes de las secuelas permanentes, pues es tanto como tratar de corregir la conmixti3n en que incurre la Ley mediante una fórmula, perjudicial para la víctima, que sigue desconociendo la diferente naturaleza de unos y otros perjuicios.

La fecha del alta como momento de determinar el valor: doctrina jurisprudencial.—Las SSTs de 17 de abril de 2007, del Pleno de esta Sala (SS núms. 429 y 430 de 2007) han sentado como doctrina jurisprudencial que los daños sufridos en un accidente de circulaci3n quedan fijados de acuerdo con el r3gimen legal vigente en el momento de la producci3n del hecho que ocasiona el da1o, y deben ser econ3micamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnizaci3n procedente, en el momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado. La circunstancia de que la obligaci3n de indemnizar los da1os personales constituya una deuda de valor no altera dicha doctrina que ha sido reiteradamente aplicada por esta Sala, y tambi3n lo ha sido por la sentencia recurrida que se ajusta b3sicamente a ella, y obliga a rechazar el recurso.

Intereses moratorios.—La aseguradora contaba desde el primer momento con elementos suficientes para poner de manifiesto con relativa certeza la existencia de la obligaci3n civil de indemnizar de su asegurado, dada la existencia y conocimiento de circunstancias que demostraban la coincidencia de una conducta negligente en que hab3a incurrido; ni la absoluci3n en el proceso penal, que dej3 libre la v3a civil, ni la concurrencia de una conducta negligente por parte de la v3ctima —que no constituy3 causa exclusiva del accidente—, son suficientes para justificar el hecho de que no consignase o entregase al perjudicado cantidad alguna; y a estos efectos carecen de relevancia las cantidades entregadas para hacer efectiva la pensi3n provisional que el Juz-

gado reconoció a la víctima para su sustento, pues se trata de una medida cautelar de carácter anticipatorio y de naturaleza distinta a la consignación de la indemnización o del importe mínimo que debe satisfacerse. (STS de 23 de abril de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

64. Responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Función del informe de los auditores de cuentas respecto del balance de las sociedades. Incumplimiento de sus obligaciones como fuente de responsabilidad profesional.—Dentro de las cuentas anuales, el balance es el documento contable del que debe resultar, con claridad y precisión, la situación patrimonial de la sociedad al final de cada ejercicio. Pone de manifiesto el estado patrimonial de la sociedad y supone la declaración de conocimiento de los administradores ante los accionistas, pero al mismo tiempo esta declaración no sólo es relevante para los socios, ya que les permite conocer el valor actualizado de sus acciones, sino también para los acreedores sociales, que así podrán conocer la consistencia patrimonial de la sociedad, e incluso para otros terceros que puedan entrar en relación con la sociedad. Por ello las sociedades de capital tienen obligación de depositar y dar publicidad a sus cuentas anuales a través del Registro Mercantil (arts. 218 y ss. TRLSA y 365 y ss. RRM). Como garantía de veracidad y ajuste a las normas de contabilidad, se exige el informe de auditoría que ha de acompañar a las cuentas anuales y que tiene por objeto la verificación y dictamen sobre si dichas cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio social (art. 1.2 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, LAC). Es la propia Ley la que determina la forma en que los auditores han de ejercer su función para cumplir dicha finalidad de garantía, de modo que el incumplimiento de sus obligaciones se erige por sí en fuente de responsabilidad profesional (art. 11.1 LAC) pues supone la falta de diligencia, que les resulta exigible más allá de la normal que se requiere del deudor común según el artículo 1104 CC, de modo que en el caso la diligencia en el cumplimiento de la obligación no puede establecerse por remisión a este precepto de carácter genérico, que está en relación con un modelo de diligencia no especializado o profesionalizado. La propia obligación contraída puede expresar «la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento» salvando el carácter supletorio de la norma (art. 1104, párrafo segundo) y aquí ello viene concretamente determinado por la legislación específica que contempla las obligaciones profesionales de los auditores de cuentas.

Naturaleza no meramente contractual de la responsabilidad profesional de los auditores. Incluye la reparación del daño causado a los acreedores de la empresa auditada.—La responsabilidad profesional que nace para los auditores del artículo 11.1 LAC se produce frente a las empresas o entidades auditadas y frente a terceros, lo que determina que no se circunscribe a una responsabilidad meramente contractual ya que ninguna relación de tal clase aparece entablada con dichos terceros, como son los acreedores de la sociedad auditada. De ahí que no pueda excluirse la finalidad de reparación del daño causado a los acreedores de la empresa auditada.

El artículo 1 LAC establece en tal sentido que «se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que aquélla tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros», y la STS de 14 de octubre de 2008,

tras referirse a la propia Exposición de Motivos de la Ley, según la que «la auditoría de cuentas es, por tanto, un servicio que se presta a la empresa revisada y que afecta e interesa no sólo a la propia empresa, sino también a terceros que mantengan relaciones con la misma, habida cuenta que todos ellos, empresa y terceros, pueden conocer la calidad de la información económico contable sobre la cual versa la opinión emitida por el auditor de cuentas», dice que «por ello –como señala el considerando 19.º de la Directiva 2006/43/CE– los auditores, obligados a llevar a cabo su trabajo con la diligencia debida, son responsables de los perjuicios financieros que hayan causado por negligencia. Y, hay que añadir, no sólo frente a quienes a ellos estén vinculados por la relación contractual en cuyo funcionamiento se produjo el deficiente cumplimiento de la prestación, sino también frente a los terceros que se relacionen con la sociedad auditada –como expresamente establecía el art. 11.1 de la Ley 19/1988, en la redacción vigente cuando la demanda fue interpuesta–, claro está, siempre que concurren los requisitos precisos para afirmar una responsabilidad extracontractual conforme a las normas generales del Código Civil –a las que se remite el art. 11.1 citado, en la redacción dada al mismo por la Ley 44/2002, de 24 de noviembre–»; y añade que «la declarada infracción de las reglas de la *lex artis* por parte de los auditores demandados, aunque no hubiera sido la causa principal de la crisis económica de la sociedad auditada y, por ello, del incumplimiento por la misma de sus compromisos frente a los actores, contribuyó a ese resultado, pues privó a estos, como socios, de la necesaria información sobre la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de aquélla».

Relación de causalidad entre los informes de auditoría erróneos y los daños producidos.–Precisamente la actuación errónea basada en la confianza en la corrección de los informes de auditoría es la que se trata de prevenir desde la fijación de un régimen de responsabilidad derivada de la función de auditoría. Situados en el terreno de la causalidad no puede desconocerse la relación entre el contenido de la auditoría que omitió la necesaria formulación de un juicio desfavorable sobre el contenido de las cuentas auditadas y el resultado del perjuicio patrimonial producido; relación que cabe establecer tanto si se parte de la teoría de la «equivalencia o de la condición *sine qua non*», como si se atiende a la «causalidad adecuada» o a la «causa eficiente». Ahora bien, es cierto que habrá de atenderse a criterios de imputación objetiva respecto de la actuación que se ha considerado relevante para la producción del daño o perjuicio:

a) Criterio del fin de protección de la norma. La responsabilidad de los auditores aparece configurada en la propia Ley de Auditoría de Cuentas para proteger a los terceros, ya sean accionistas o acreedores de la sociedad, por lo que tal criterio de imputación se cumple en el caso.

b) Criterio de la conducta alternativa correcta. El criterio de imputación señalado se encuentra presente en el caso porque la puesta de manifiesto en el informe de la concurrencia de causa de disolución de la sociedad habría forzado a los administradores a iniciar el procedimiento de disolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 262 TRLSA y habría posibilitado que cualquier accionista pudiera requerir a aquellos para que convocaran la junta general con tal finalidad, además de generar la responsabilidad solidaria de los administradores en cuanto al cumplimiento de las obligaciones sociales en caso de no proceder según lo indicado en la referida norma. Por otro lado, se habría advertido a los terceros de la situación de la sociedad con

los efectos que ello conllevaría en cuanto a sus relaciones económicas con la misma.

c) Criterio de aumento del riesgo. Según lo anteriormente razonado cabe afirmar que también tal criterio de imputación se da en el caso presente.

d) Criterio de la prohibición de regreso. Se alude a la interrupción del curso causal cuando media la conducta dolosa o gravemente imprudente de tercero (en este caso, los administradores) de modo que no se puede «regresar» desde el que dolosa o culposamente interviene causando el daño hasta el que lo desencadenó por más que hubiera podido ser condición *sine qua non*. No puede aceptarse la negación de la responsabilidad de los auditores desde esta perspectiva, pues dicha tesis, acorde con la afirmación de que el informe por sí mismo no es susceptible de causar daño alguno, conduciría en definitiva a la exclusión de responsabilidad derivada del ejercicio de la función de auditoría pues siempre serían otras actuaciones las directamente causantes del daño, viniéndose a desconocer la propia existencia de la responsabilidad proclamada por el artículo 11.1 LAC para el caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de los auditores, derivada de la posición de «garante» que la ley les atribuye en relación con el reflejo fiel de la situación patrimonial de la sociedad expresada en las cuentas auditadas, con claros efectos para la propia sociedad y para los terceros. (STS de 5 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de E.A., S.A., presentó demanda contra la auditora P.A., S.L., solicitando que se declarara su responsabilidad como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones contractuales con E.A., S.A., concretamente en relación con la auditoría y posterior emisión del informe de auditoría de la cuentas anuales de E.A., S.A., y se le condenara a abonar a la actora la correspondiente indemnización, integrándose en la masa activa de la quiebra.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando que la demandada había incurrido en responsabilidad con ocasión de la emisión del referido informe, y le condenó a abonar a la masa activa de la quiebra de E.A., S.A. los daños y perjuicios ocasionados, consistentes en la diferencia entre el valor patrimonial, calculado con criterios de empresa en liquidación, de la masa de la quiebra en la fecha de su declaración y el que hubiera tenido en el caso de disolución en la fecha de emisión del informe. Interpuesto recurso de apelación por P.A., S.L., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, P.A., S.L. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

65. Acción de división de varios propietarios sobre fincas comunes.—

De los párrafos primero y segundo del artículo 400 CC se desprenden los dos caracteres esenciales de la comunidad de bienes: su naturaleza incidental o transitoria y la inexistencia de vínculo, a falta de pacto entre los particulares, por el cual los comuneros se encuentren obligados a permanecer en la comu-

nidad. El Código, inspirado en el carácter no definitivo, poco rentable y desfavorable con el que configura la situación de comunidad, otorga al comunero una acción para exigir que se divida la cosa común. La acción de división es indiscutible para los demás partícipes, de carácter incondicional e imprescriptible, porque la facultad de pedir la división de la cosa no es un derecho que pueda extinguirse por su falta de ejercicio en determinado plazo, sino una facultad de carácter permanente que acompaña siempre a la comunidad y que ha de entenderse subsistente mientras dura aquella. Con el ejercicio de la acción de división se persigue la cesación del estado de indivisión para que se adjudique al comunero la propiedad plena y separada de una parte o porción de la cosa común o, en el supuesto de que tal división no sea posible desde el punto de vista físico o jurídico, se le atribuya la parte proporcional del precio obtenido mediante su venta.

Por consiguiente, la facultad concedida se dirige al cese de la situación de comunidad mediante el reconocimiento y asignación de titularidades individuales a cada uno de los partícipes, que se han de materializar sobre todos y cada uno de los bienes en los que son titulares de una cuota indivisa, y no contempla la creación de nuevas situaciones de comunidad sobre las porciones resultantes de la división, que sólo resultaría posible si hay acuerdo de todos los interesados (art. 402 CC). (**STS de 1 de abril de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don Clemente y once demandantes más interponen demanda sobre división de varias fincas comunes contra doña Tár-sila y dieciocho demandados más, declarando que todos ellos, en la proporción que se afirma, son propietarios de tres fincas, solicitando que se decrete la división de las referidas fincas mediante lotes integrados por otras fincas que se segregarán de las primeras y que se adjudicarán a cada uno de los grupos familiares que proceden de los ocho hermanos, que eran los primitivos propietarios de las fincas litigiosas. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Los actores recurren en apelación y la Audiencia Provincial estima la demanda, condenando a los demandados a proceder a la división de las fincas objeto del litigio en la forma solicitada. Los demandados formulan contra dicha sentencia recursos por infracción procesal y de casación. (*Alma R. G.*)

66. División de cosa común. Carácter indivisible de conjunto monumental (bien de interés cultural).—Tratándose de un bien de interés cultural, por aplicación de lo establecido en el artículo 19 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, no podrá realizarse obra interior o exterior que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias, sin autorización expresa de los organismos competentes. De igual forma, la autorización administrativa resultará necesaria para realizar obras en el entorno afectado por la declaración. En consecuencia, el ordenamiento jurídico parte del carácter indivisible de los bienes de interés cultural dada su integración en un conjunto administrativamente calificado y protegido como tal, siendo así que cualquier obra de división material afectaría indudablemente al conjunto de modo negativo. (**STS de 30 de abril de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Dos copropietarios de una finca interponen demanda de juicio ordinario sobre división de cosa común frente a los otros cinco copropietarios de la misma. La finca litigiosa constituye un conjunto monumental histórico-artístico en el que se integra un Museo Convento declarado por el Ministerio de Cultura bien de interés cultural con categoría de monumento. De la totalidad, le corresponde a uno de los actores la propiedad de una tercera parte por título de herencia, al otro copropietario otra tercera parte por compraventa y a los demandados, la tercera parte restante igualmente por título de herencia. Los actores solicitan que se dicte sentencia en la que se declare, en atención a las circunstancias del caso, la indivisibilidad de la mencionada finca y que se proceda a su venta en pública subasta, repartiéndose entre los comuneros el precio obtenido en proporción a su respectiva cuota.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Sin embargo, la Audiencia Provincial dictó sentencia revocatoria de la anterior. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes. (*M. C. C. M.*)

67. División de cosa común.—Según la más adecuada interpretación la división, para el Código civil, no significa sólo división material, sino que comprende también la división en sentido jurídico, de manera que la indivisibilidad puede resultar de que el bien, en caso de división, quede inservible para el uso al que se le destina, o bien porque produzca un anormal desmerecimiento, o bien porque ocasione un gasto considerable. Como es doctrina jurisprudencial (en este sentido se pronuncian las SSTS de 19 de junio de 2000 y 22 de julio de 2002), a falta de convenio, el juzgador ha de examinar si la cosa es divisible o indivisible, entendiéndose que se da esta última hipótesis no sólo cuando no sea divisible desde la perspectiva material, según criterios económicos y sociales, sino también cuando desmerezca mucho por la división, en cuyo supuesto se comprende también la inservibilidad (arts. 404, 406 y 1062 CC). (**STS de 27 de marzo de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Gestora Inmoroyal, S.L. interpone una demanda de juicio declarativo ordinario contra BANESTO por el que solicita la extinción del condominio existente sobre varias fincas. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial están conformes en declarar extinguido el condominio existente entre demandante y demandado sobre las fincas registrales, mediante la división material de las mismas, al declarar su naturaleza de fincas urbanas, asignando a cada parte la superficie proporcional al porcentaje de coparticipación que ostentan sobre la propiedad de las mismas. La parte demandante interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, en cuanto mantiene que una de las fincas posee naturaleza rústica y que su división material quebrantaría la normativa sobre las unidades mínimas de cultivo, por lo que es preciso acudir a la división económica mediante la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños. (*Alma R. G.*)

68. División de la cosa común.—La posibilidad de que la división de dos fincas registralmente independientes tenga lugar como una unidad, mediante la formación de lotes proporcionales a la cuota de cada condómino es cuestión nada pacífica. Es un procedimiento admitido en alguna ocasión (así, la S. de 27 de julio de 1994, que cita la de 31 de octubre de 1989, acepta la formación de lotes en la división de varias fincas o inmuebles indivisibles, «pero que estimados en su conjunto no lo son en cuanto pueden atribuirse de aquella manera a cada uno de los partícipes»). Esta solución encuentra su razón de ser en que el Tribunal Supremo no impone la aplicación mecánica del artículo 404 CC, a pesar de que el conjunto no sea objeto único de copropiedad sino cada uno de los inmuebles, facilitando a la hora de materializar la división «una solución armónica con la realidad económica, evitando la subasta pública para salir de la indivisión, que se halla en la formación de lotes, siempre que no haya mucho desmerecimiento.

En otras ocasiones se ha seguido el criterio contrario, siendo ejemplo de esta última postura la S. de 30 de julio de 1999, que señala que «las únicas formas de proceder al cese de la situación de indivisión en caso de que las cosas en proindivisión sean indivisibles son las previstas en los artículos 404 y 1062 CC, sin que proceda, en caso de ser varios los bienes poseídos en común, la formación de lotes como dispone el artículo 1061 de citado Cuerpo legal, precepto aplicable únicamente en los supuestos en que exista una comunidad universal de bienes en que los comuneros ostentan una participación indivisa sobre la totalidad del patrimonio en común y no sobre cada uno de los bienes concretos que lo integran».

Partición. Nulidad. Rendición de cuentas.—En materia de nulidad, rescisión y hasta modificación de las particiones, predomina, en general, el llamado «principio de conservación» para evitar en cuanto ello sea posible, que las particiones se anulen o rescindan. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala, sostenida, entre otras, en las SS de 2 de julio de 1904, 5 de mayo de 1920, 17 de abril de 1933, 17 de abril de 1943, 6 de marzo de 1945, 17 de marzo y 5 de noviembre de 1955, 30 de abril de 1958 y 13 de octubre de 1960, todas ellas mencionadas por la de 25 de febrero de 1969. Consecuencia de ello es la interpretación restrictiva de la nulidad y la rescisión de la partición. Y dado que, según la S. de 14 de mayo de 2003 «la nulidad de la partición no está regulada orgánicamente en el Código civil sino que se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico», sólo se produce «cuando falta un elemento esencial, cuando se contravenga una norma imperativa o prohibitiva o cuando concorra con vicio del consentimiento o un defecto de capacidad».

De ello se deduce que la omisión de bienes (frutos, rentas e intereses) no es motivo de nulidad. (STS de 12 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Interpuesta demanda de partición de herencia y división de cosa común, por los herederos de uno de los sujetos integrantes de una comunidad de bienes integrada por dos edificios divididos en pisos y locales arrendados, se solicita, igualmente, rendición de cuentas y liquidación posesoria.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, en lo referente a la rendición de cuentas y liquidación.

La Audiencia confirmó esta sentencia, desestimando los recursos de apelación.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar, confirmando las sentencias de la Audiencia Provincial y de primera instancia. (*M. R. D. R.*)

69. Venta de cosa común realizada por uno de los comuneros sin el concurso de los otros.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la enajenación de la cosa común como propia por parte de uno de los comuneros supone una alteración de la misma prevista en el artículo 397 CC. Tal alteración no sólo se refiere a actos materiales, sino también a aquellos que tienen repercusión jurídica, pues el citado artículo 397 no distingue, y es precisamente este precepto el que se ocupa de los actos sobre el bien común que poseen una mayor entidad y que, por tanto, exigen régimen de unanimidad. Frente a ello, el artículo 398 CC se circunscribe a los actos de mera administración en la cosa común, para la adopción de los cuales basta la simple mayoría. (**STS de 3 de febrero de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Doña Begoña interpone demanda de juicio ordinario contra Fincas Altimira, S.L. con el fin de que se declare nulo el contrato de compraventa de una finca, celebrado en documento privado de fecha 27 de agosto de 1997, entre su padre fallecido —como vendedor— y la entidad demandada —como compradora—, por falta de consentimiento del resto de los partícipes en la propiedad. En dicho contrato se señala que el vendedor es titular de una participación indivisa de noventa y ocho enteros y setenta y dos milésimas, mientras que el resto de las participaciones corresponden a otras dos entidades mercantiles (de setecientas cincuenta y ocho milésimas y un entero y setenta y siete milésimas, respectivamente). El vendedor se compromete a adquirir estas participaciones de sus titulares inscribiendo a su favor la titularidad de ellas, momento en que se otorgaría la correspondiente escritura pública y se pagaría por la compradora la parte de precio pendiente que quedaba aplazada.

La demandada se opone a la demanda pidiendo su desestimación y formula reconvencción solicitando que se declare la plena validez del contrato y se obligue a la parte vendedora a su cumplimiento según lo pactado. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimando la demanda y acogiendo la reconvencción formulada por la demandada. Dicha sentencia es recurrida en apelación por la demandante y la Audiencia Provincial desestima el recurso. Doña Begoña interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo. (*Alma R. G.*)

70. Propiedad horizontal. Utilización privativa de los patios.—Con frecuencia se permite tácitamente por la Comunidad la utilización privativa de los patios, aunque son comunes según el artículo 396 CC, a los dueños de pisos bajos o locales que, de ordinario, son los únicos que tienen acceso a los mismos; inclusive, en determinadas ocasiones, algunos de sus titulares se aprovechan de su posición y realizan obras para ampliar el propio piso, sin el permiso de la Junta de Propietarios, las que, singularmente si fueran de fábrica, están prohibidas y la Comunidad tiene facultades para solicitar su derribo

y el retorno a su primitivo estado (entre otras, SSTS de 3 de abril de 1990 y 24 de mayo de 1991).

Propiedad horizontal. Constitución de servidumbres para la creación de servicios comunes.—La regla del artículo 9.1 c) permite la constitución de servidumbres mediante acuerdo de la Junta de Propietarios con la mayoría del 3/5 del total de los mismos, que se determina en el artículo 17.1 de la Ley, de modo que se puede establecer para «la creación de servicios comunes de interés general», sin concreción alguna sobre cuáles son éstos, por lo que el precepto tiene una aplicación e interpretación amplia.

Propiedad horizontal. Calificación como elementos comunes.—Según destacada doctrina científica, el artículo 5 LPH, con el artículo 396 CC, constituyen los fundamentos de la propiedad horizontal, y el precepto primeramente citado se refiere al Título, los Estatutos y la cuota de participación, esto es, determina los presupuestos principales para conocer los detalles del inmueble y las normas de funcionamiento, de modo que concreta el espacio jurídico para el funcionamiento de las Comunidades de Propietarios, sin perjuicio de los acuerdos de la Junta adoptados posteriormente con el *quórum* exigido en el artículo 17.1 de la Ley. Por consiguiente, serán parte del inmueble todos los servicios y elementos comunes con que cuente realmente el edificio, no designados como privativos, se mencionen o no específicamente en el artículo 396 CC; no cabe negar su existencia, pues bastará con probar que los mismos aparecen desde el principio, o posteriormente por acuerdo válido de la Junta de Propietarios. (STS de 11 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—E., en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios actora demandó a A. y A. A. La cuestión litigiosa se centra principalmente en la determinación de si es procedente o no la instalación de un ascensor en un patio de luces de un edificio regido por la Ley de Propiedad Horizontal, lugar considerado como un elemento común y utilizado, con autorización tácita de la Comunidad, por los titulares de un piso de la planta baja.

El Juzgado rechazó la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, que acogió en parte la demanda con las declaraciones siguientes: (1) el patio de luces existente es propiedad de la Comunidad de Propietarios, dado su carácter de elemento común, y se autoriza a dicha Comunidad a ejecutar las obras de instalación de un ascensor; (2) la condena a A. y A. A. a retranquear la pared divisoria de la habitación construida en dicho patio de luces, para dejar el espacio necesario para la instalación del ascensor, siendo el coste de tal obra a cargo de la Comunidad demandante.

A y A.A. interponen recurso de casación por interés casacional. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (B. F. G.)

71. Propiedad horizontal. Aplicación analógica del régimen de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960 a las urbanizaciones.—Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 26 de junio de 1995 y 5 de julio de 1996) admite la coexistencia de dos tipos de comunidades entrelazadas para la administración de supracomunidades, comunidades planas o urbanizaciones: la propia y exclusiva de cada edificio ya construido

–integrado por una pluralidad de viviendas– y la comunidad sobre la propia urbanización. De esta última son parte integrante todos los propietarios de los elementos susceptibles de un aprovechamiento individual. De acuerdo con la RDGRN de 5 de abril de 2002, para que a la urbanización le resulten aplicables las normas de la propiedad horizontal no es imprescindible que se hayan edificado los terrenos, sino que basta con la acreditación de la coexistencia de diferentes unidades inmobiliarias, que existan propietarios distintos y que la propiedad singular y exclusiva sobre cada uno de esos elementos lleve aparejada la participación, con arreglo a una cuota, sobre elementos comunes o, al menos, sobre servicios generales destinados al mejor uso y disfrute o aprovechamiento de los privativos. Dándose esta situación fáctica, con independencia de la existencia de título de constitución, a la misma le será aplicable el régimen jurídico de la Ley de Propiedad Horizontal cuyos preceptos, al tener carácter imperativo, no pueden ser eludidos en virtud de pacto estatutario. Con anterioridad a la reforma de 1999 –que dispone expresamente la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal a los complejos inmobiliarios–, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 28 de mayo de 1985, 7 de abril de 2003 y 27 de octubre de 2008) había admitido reiteradamente la posibilidad de aplicar analógicamente la Ley de Propiedad Horizontal a los complejos inmobiliarios privados. **(STS de 1 de abril de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.–La comunidad de propietarios de una urbanización solicita a un grupo inmobiliario el pago de cierta cantidad que le adeudaba en concepto de contribución a los gastos comunes correspondientes a los ejercicios 1998, 1999 y 2000, en relación con diversas fincas titularidad de esta última entidad, sobre las que había construido un conjunto de varios bloques que se integró en la mancomunidad. La entidad demandada alega, respecto a los gastos de 1998, que en esa época aún no era dueña de las fincas; en cuanto a la reclamación por los gastos de los dos ejercicios siguientes, argumenta la imposibilidad de aplicar la Ley de Propiedad Horizontal, pues los bloques no habían sido construidos a la fecha de devengo de los gastos comunes. La entidad demandada alega, igualmente, una cláusula estatutaria que la exime de contribuir a los gastos generales.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a la entidad demandada de los pedimentos promovidos en su contra. Por el contrario, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante y condenó a la entidad demandada a abonar a la actora la suma que solicitaba. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el grupo inmobiliario. (*M. C. C. M.*)

72. Propiedad intelectual: actos de comunicación pública; receptores de televisión situados en las habitaciones de hotel: existencia.–La cuestión jurídica ha sido resuelta recientemente por la Sentencia de Pleno de esta Sala, de fecha 16 de abril de 2007. Dicha sentencia se adecuó a la necesaria armonización y unificación de la interpretación jurisprudencial del artículo 20.1 TRLPI 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, en la cuestión prejudicial C-306/05. En igual sentido se pronunciaron las sentencias de Pleno de 15 de enero de 2008 y de 10 de julio de 2008. La sentencia de 16 de abril de 2007 ha supuesto un cambio de doctrina jurisprudencial respecto a fallos anteriores del Tribunal Supremo, y, siguiendo al TJCE, establece que hay retransmisión porque el Hotel recepciona o capta la señal televisiva original o primaria y la transmite –retransmite (radiodifusión secundaria)– a los televisores instalados en las habitaciones. En el supuesto que se examina concurren los requisitos positivos consistentes en a) una actividad o actuación del hotel; b) por medio del cual una pluralidad de personas; y c) pueden tener acceso a una obra audiovisual; y no concurren los requisitos negativos de «sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas», «celebración dentro de un ámbito estrictamente doméstico» y «no estar integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo», procediendo advertir respecto de estos dos últimos que la exclusión de la «comunicación pública» exige la concurrencia de ambos, sin que baste la de uno solo. Esta comunicación es a un público nuevo, integrado por la pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable, que constituyen la clientela, cuya pluralidad se contempla en las perspectivas acumulativas espacial (conjunto de huéspedes de las diversas habitaciones del hotel) y temporal (los huéspedes sucesivos que ocupan y pueden acceder a la señal), que tienen la accesibilidad –potencialidad– de recepcionar la señal difundida. La retransmisión puede tener lugar por cualquier medio técnico alámbrico o inalámbrico, y, además, las habitaciones de los hoteles no tienen carácter «estrictamente doméstico» a los efectos del artículo 20.1 LPI. Por consiguiente en el supuesto enjuiciado hay acto de comunicación pública de conformidad con el artículo 20, apartados 1 y 2 e) y f) LPI 22/1987. **(STS de 22 de enero de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.–EGEDA, AISGE y AIE demandan a un establecimiento hotelero por las comunicaciones públicas de obras y grabaciones audiovisuales que se efectuaban en las habitaciones de dicho hotel a través de los receptores de televisión instalados, sin la pertinente autorización de las demandantes. El Juzgado estimó la demanda. La sentencia fue recurrida por la demandada y confirmada por la Audiencia Provincial. Se interpone recurso de casación por el establecimiento hotelero. (S. M. S.)

73. Propiedad intelectual: actos de comunicación pública; receptores de televisión situados en las habitaciones de hotel: existencia.–La cuestión jurídica ha sido resuelta recientemente por la Sentencia de Pleno de esta Sala, de fecha 16 de abril de 2007. Dicha sentencia se adecuó a la necesaria armonización y unificación de la interpretación jurisprudencial del artículo 20.1 TRLPI 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, en la cuestión prejudicial C-306/05. En igual sentido se pronunciaron las sentencias de Pleno de 15 de enero de 2008 y de 10 de julio de 2008. La sentencia de 16 de abril de 2007 ha supuesto un cambio de doctrina jurisprudencial respecto a fallos anteriores del Tribunal Supremo, y, siguiendo al TJCE, establece que hay retrans-

misión porque el Hotel receptiona o capta la señal televisiva original o primaria y la transmite –retransmite (radiodifusión secundaria)– a los televisores instalados en las habitaciones. En el supuesto que se examina concurren los requisitos positivos consistentes en a) una actividad o actuación del hotel; b) por medio del cual una pluralidad de personas; y c) pueden tener acceso a una obra audiovisual; y no concurren los requisitos negativos de «sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas», «celebración dentro de un ámbito estrictamente doméstico» y «no estar integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo», procediendo advertir respecto de estos dos últimos que la exclusión de la «comunicación pública» exige la concurrencia de ambos, sin que baste la de uno solo. Esta comunicación es a un público nuevo, integrado por la pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable, que constituyen la clientela, cuya pluralidad se contempla en las perspectivas acumulativas espacial (conjunto de huéspedes de las diversas habitaciones del hotel) y temporal (los huéspedes sucesivos que ocupan y pueden acceder a la señal), que tienen la accesibilidad –potencialidad– de receptionar la señal difundida. La retransmisión puede tener lugar por cualquier medio técnico alámbrico o inalámbrico, y, además, las habitaciones de los hoteles no tienen carácter «estrictamente doméstico» a los efectos del artículo 20.1 LPI. Por consiguiente en el supuesto enjuiciado hay acto de comunicación pública de conformidad con el artículo 20, apartados 1 y 2 e) y f) LPI 22/1987.

Carácter abusivo de las tarifas generales: se aprecia.–Siguiendo las sentencias de Pleno de 15 de enero de 2008 (recursos 3623/2000 y 681/2001) procede declarar que las tarifas generales se ajustan a los criterios equitativos para la fijación de tarifas por comunicación pública por referirse a habitaciones y apartamentos «ocupados». Pero también debe tenerse en cuenta la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de julio de 2000 que declaraba que EGEDA, AISGE y AIE habían explotado abusivamente su posición de dominio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual, en concreto, en relación con la fijación de sus tarifas generales, por lo que afecta al período entre 1994 y 1997.

Prescripción de la acción: interrupción al considerar que los documentos no habían sido recibidos por la parte demandada (art. 1973 CC); inexistencia.–Constando en autos los acuses de recibo, es razonable que, al no existir ningún otro tipo de relación entre las partes, el contenido de estos acuses no puede ser otro que la reclamación por la difusión de contenidos sujetos a propiedad intelectual. (STS de 26 de enero de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.–EGEDA demanda a la sociedad propietaria de varios hoteles por las comunicaciones públicas de obras audiovisuales realizadas a través de los aparatos de televisión situados en las habitaciones de dichos hoteles, sin la pertinente autorización de la demandante. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demanda, considerando que la distribución de señales de televisión en habitaciones de hotel no era un acto de comunicación pública. EGEDA interpone recurso de casación. (S. M. S.)

74. Propiedad intelectual. Comunicación pública: transmisión a través de los televisores de las habitaciones de entidad hotelera: existencia.—La cuestión ha sido recientemente resuelta por la Sentencia del Pleno de esta Sala de fecha 16 de abril de 2007, reiterada por la Sentencia de Pleno de 15 de enero de 2008 y la de 10 de julio de 2008. A consecuencia de la Sentencia del TJCE, Sala Tercera, de 7 de diciembre de 2006, asunto prejudicial C-306/05, se ha producido un cambio jurisprudencial en la doctrina del Tribunal Supremo, plasmado en la referida sentencia de Pleno de 16 de abril de 2007, estableciéndose concurren los requisitos positivos consistentes en a) una actividad o actuación del hotel; b) por medio del cual una pluralidad de personas; y c) pueden tener acceso a una obra audiovisual; y no concurren los requisitos negativos de «sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas», «celebración dentro de un ámbito estrictamente doméstico» y «no estar integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo», procediendo advertir respecto de estos dos últimos que la exclusión de la «comunicación pública» exige la concurrencia de ambos, sin que baste la de uno sólo.

Hay retransmisión porque el hotel recepciona o capta la señal televisiva original o primaria y la transmite —retransmite (radiodifusión secundaria)— a los televisores instalados en las habitaciones. Esta comunicación es a un público nuevo, integrado por la pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable, que constituyen la clientela, cuya pluralidad se contempla en las perspectivas acumulativas espacial (conjunto de huéspedes de las diversas habitaciones del hotel) y temporal (los huéspedes sucesivos que ocupan y pueden acceder a la señal), que tienen la accesibilidad —potencialidad— de recepcionar la señal difundida. La retransmisión puede tener lugar por cualquier medio técnico alámbrico o inalámbrico, y, además, las habitaciones de los hoteles no tienen carácter «estrictamente doméstico» a los efectos del artículo 20.1 y 2 e) y f).

Derecho de remuneración: carácter abusivo de las tarifas aplicadas por las entidades de gestión: criterios.—Para determinararlo, hay que tener en cuenta la declaración de la Sentencia del Pleno de 15 de enero de 2008 sobre la aplicación, en principio, de las tarifas fijadas por la entidad demandante, a falta de acuerdo con el establecimiento demandado; y la conducta abusiva que aprecia el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su Resolución de 27 de julio de 2000, respecto a las tarifas aplicadas por EGEDA, AISGE y AIE para los años 1994, 1995 y 1997. (STS de 25 de marzo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—EGEDA, AISGE y AIE demandan a una entidad hotelera por las comunicaciones públicas de obras y grabaciones audiovisuales que se efectuaban en las habitaciones de dicho hotel sin la pertinente autorización de las demandantes. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, al entender que no existía acto de comunicación pública. (S. M. S.)

75. Propiedad intelectual: derecho de remuneración de los artistas, artículo 108.3.2 LPI; exceso *ultra vires* en la refundición del Texto Refundido de Propiedad Intelectual; inexistencia.—Comparando el artículo 108.3 LPI con el artículo 7.3 de la Ley 43/1994 se observa que se han alterado los perceptores la remuneración equitativa y única, ya que no se incluye a los productores, y que se ha alterado el sistema de reparto, pues en la Ley de

Propiedad Intelectual toda la remuneración la reciben únicamente los artistas sin acuerdo con los productores. Pero la falta de mención de los productores en el artículo 108.3.II LPI (en la redacción anterior a la Ley 23/2006), cuando se trata de actos de comunicación distintos de los comprendidos en el artículo 20.2.f) y g) LPI, se explica razonablemente por el hecho de que al productor le corresponde el derecho a autorizar la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales (art. 122.1 LPI) por lo que no parece justificado que perciba una remuneración equitativa por el acto de comunicación pública que tiene la facultad de autorizar. Mientras que en los actos de comunicación pública comprendidos en el artículo 20.2 f) y g) LPI, a los que se refiere el artículo 108.3.I LPI, resulta imposible prever el alcance que pueden tener para establecer de antemano las condiciones económicas que compensen proporcionalmente la explotación de la obra en función de su éxito. De tal suerte que es en este supuesto donde sí se justifica la percepción de una remuneración equitativa por parte de los productores.

Concepto de usuario en el artículo 108.3.2.º LPI: se puede aplicar a la entidad de radiodifusión aunque ésta haya contratado individualmente con los productores.—El reconocimiento del derecho a la remuneración equitativa no se funda en la imposibilidad de establecer pactos de manera individual y concreta sobre los derechos económicos derivados de la autorización de la comunicación pública, sino en la necesidad de garantizar de manera efectiva la participación de los titulares de derechos de autor en la explotación de la obra. El legislador reconoce este derecho a los artistas, intérpretes o ejecutantes no sólo en los casos de comunicación derivada, sino también en los de comunicación originaria, habida cuenta de que, mientras los productores se hallan en la situación adecuada para negociar sus derechos económicos respecto de dichos actos, los artistas, intérpretes o ejecutantes se presumen en una situación de inferioridad frente a la productora en el momento de la contratación.

Carácter equitativo de la remuneración: aplicación de las tarifas comunicadas por las sociedades de gestión al Ministerio de Cultura a falta de acuerdo entre las partes; no están favorecidas por una presunción de equidad.—El requisito de la equidad en la fijación de la remuneración equitativa, partiendo de las tarifas fijadas por las sociedades de gestión debe estar sometido al control de los tribunales. Aunque el Ministerio no haya puesto objeciones, puesto que la Ley de Propiedad Intelectual no le atribuye facultades de aprobación de las tarifas, sino una mera facultad para la recepción de la comunicación (art. 159.3 LPI) y con carácter general, una facultad genérica de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones establecidos en la Ley, su grado de tutela es muy leve y no es suficiente para considerar trasladada en exclusividad a la Administración y a la jurisdicción contencioso administrativa el examen de la equidad de las tarifas. Por otra parte, la existencia de un proceso negociador previo no justifica que la aplicación de las tarifas generales se ajuste al requisito de la equidad. Las tarifas generales están fijadas atendiendo exclusivamente a los rendimientos de explotación de la sociedad demandante. Es evidente, en principio, que resulta más equitativo el criterio de la efectividad del uso del repertorio en la medida en que sea aplicable su aplicación. Igualmente debe tenerse en cuenta la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión con otras productoras. Igualmente deben tenerse en consideración los criterios relacionados con la amplitud del repertorio de cada una de estas sociedades en relación con las demás y con los sujetos activos de la remuneración equitativa, que no

son sólo los que han celebrado contratos de gestión, pues existen otros que pueden estar al margen de los mecanismos efectivos de distribución del producto obtenido a través de una o de todas las entidades de gestión. La STJCE de 6 de febrero de 2003, as. C-245/00, expresa en este punto la necesidad de establecer diversos criterios o «factores variables y fijos» relacionados con el principio de efectividad de uso y de comparación con situaciones análogas, como la cantidad de horas de difusión, los índices de audiencia, las tarifas fijadas por contrato con otros titulares, las tarifas practicadas por organismos de radiodifusión del mismo tipo en otros Estados miembros vecinos y las cantidades pagadas por las emisoras de distinto tipo. (STS de 7 de abril de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Estimando parcialmente la demanda interpuesta por AISGE y AIE contra una entidad de radiodifusión, el Juzgado de Primera Instancia declaró el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a obtener una remuneración equitativa y única por los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales realizados por la entidad de radiodifusión. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por las demandantes y declaró que la determinación de la remuneración equitativa y justa, que corresponde recibir a los artistas deberá hacerse en función de las tarifas generales aprobadas por las sociedades de gestión y notificadas al Ministerio de Cultura y Ciencia. Desestimó el recurso de apelación interpuesto por la radiodifusora. La entidad de radiodifusión interpone recurso de casación. (S. M. S.)

76. Propiedad intelectual; comunicación pública. Derecho de artistas a una remuneración equitativa por la comunicación pública de sus interpretaciones, grabadas por la productora de la propia emisora de radiodifusión: existencia; carácter irrenunciable e indisponible.—El artículo 108.3 LPI (hoy art. 108.5 LPI) ha eliminado la expresión «irrenunciable» que se recogía en el artículo 7.3 de la Ley 43/1994, expresamente derogada. Sin embargo, la Ley de Propiedad Intelectual se aprueba como texto refundido por un Real Decreto Legislativo del Gobierno, el cual únicamente tiene facultades para aclarar, regular y armonizar los textos legales anteriores que se refunden y derogan mediante su entrada en vigor, pero no para modificar los derechos reconocidos en ellos sin incurrir en *ultra vires*, circunstancia que acarrea la nulidad del texto contrario a la Ley. En consecuencia, la eliminación del término «irrenunciable», no puede comportar que este hecho se haya transformado en intransmisible. Además, el hecho de que en otras ocasiones, la Ley atribuya carácter irrenunciable al derecho a la remuneración equitativa (art. 90 LPI, art. 109 LPI) no comporta, *a sensu contrario* que deba considerarse transmisible o susceptible de renuncia cualquier otro derecho reconocido en la ley respecto del cual no se haga idéntica calificación. Apoyándose en criterios sistemáticos y teleológicos de interpretación, antes al contrario, hay que convenir que el derecho a la remuneración equitativa, como institución, difícilmente puede tener una naturaleza sustancialmente diferente por el hecho de que opere en relación con derechos de autor de diferente carácter, ya que la finalidad que persigue y, especialmente, su forma de gestión, responden a idénticos principios.

El productor como legitimado pasivo: el usuario del artículo 108.5 LPI.—La productora puede actuar con un doble carácter, como productora de la obra y como usuaria de la comunicación pública de la misma, en el caso de que la comunicación pública se realice por la propia productora y no mediante la autorización a un tercero. Y aunque entre artistas y productoras exista un contrato de cesión de derechos, el carácter irrenunciable del derecho a la remuneración equitativa se mantiene frente a este convenio. Es así porque el carácter irrenunciable se funda en la necesidad de garantizar su efectividad. Por tanto, es incompatible con la posibilidad de que aquellos artistas que se hallen en una situación de inferioridad frente a la productora en el momento de la contratación puedan renunciar a los expresados derechos. También se relaciona con la falta de previsibilidad de tales derechos, que se desenvuelven en gran medida en relación con acontecimientos inciertos en el futuro y dependientes del éxito de la explotación de la obra.

El carácter colectivo de la gestión: lesión de la vertiente negativa del derecho constitucional de asociación: inexistencia.—No existe tal vulneración ya que, en todo caso, los titulares de estos derechos tienen la posibilidad de no asociarse. Con independencia de ello, las entidades, una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión, lo que se refiere a aquellos derechos cuya gestión *in genere* constituye el objeto de actuación de la gestión, no a los concretos derechos individuales que mediante contratos con los titulares les hayan sido encomendados para su gestión.

Necesidad de que la remuneración equitativa se fije con criterios de equidad: no es aceptable que resulte obligado estar a las tarifas generales comunicadas por las sociedades de gestión al Ministerio de Cultura. Criterios de equidad.—El artículo 159.3 LPI sólo le atribuye una mera facultad de recepción de la comunicación de las tarifas, y, con carácter general, una facultad genérica de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y requisitos establecidos en la Ley, la cual implica un grado de tutela muy leve y no es suficiente para considerar trasladada en exclusividad a la Administración y a la jurisdicción contencioso-administrativa, el examen de la equidad de las tarifas. La existencia de un proceso negociador previo no justifica que la aplicación de las tarifas generales se ajuste al requisito de la equidad. Si no fuera así, la imposibilidad de llegar a un acuerdo comportaría la posibilidad de que las sociedades de gestión impusieran unilateralmente sus tarifas, aun cuando no tuvieran carácter equitativo. Las tarifas generales están fijadas atendiendo exclusivamente a los rendimientos de explotación de la sociedad demandante. Este criterio no puede ser aceptado. Resulta más equitativo el criterio de efectividad de uso del repertorio. Otro de los criterios que deben ser tenidos en cuenta es el de la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión con otras productoras. Y el hecho de no llegar a un acuerdo en un proceso negociador no puede convertirse en un criterio justificativo para la imposición de unas tarifas más gravosas. La STJCE de 6 de febrero de 2003, en el asunto C-245/00, expresa, en este punto, la necesidad de establecer criterios análogos a los propuestos por el Tribunal Supremo, citando diversos criterios o «factores variables y fijos», relacionados con el principio de efectividad de uso y de comparación con situaciones análogas. (STS de 18 de febrero de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Estimando parcialmente la demanda interpuesta por AISGE y AIE contra GT, S. A., el Juzgado declaró: a) el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a obtener una remuneración equitativa y única por cada acto de comunicación al público de las grabaciones audiovisuales en las que se fijen sus actuaciones; b) el derecho de las entidades demandante a establecer tarifas generales por el uso de los repertorios objeto de su gestión y a percibir de la demandada la remuneración equitativa devengada por los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales realizados desde el 1 de enero de 1995 hasta la fecha de presentación de la demanda. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia. (S. M. S.)

77. Hipotecante por deuda ajena: derecho de subrogación (art. 1210.3.º CC) y aplicabilidad del artículo 1852 CC.—La doctrina mayoritaria considera que al hipotecante por deuda ajena que paga le es de aplicación el derecho a la subrogación previsto en el artículo 1210.3.º CC, pues es un interesado en el cumplimiento. Se entiende que hay interés y que es en el cumplimiento, cuando de un acto o de una omisión se deriva un beneficio o ventaja o se evita un perjuicio o desventaja. En la presente sentencia, el Tribunal Supremo considera que el interés aludido en la norma es el cumplimiento de la obligación y no el interés en la «relación obligatoria», como sostiene parte de la doctrina, puesto que esto último excluiría al hipotecante por deuda ajena y al adquirente de la cosa hipotecada. Igualmente, entiende que es necesario comprender dentro de los casos de subrogación tanto el caso del pago voluntario, como el que se produce en virtud de la realización forzosa, porque aún cuándo en este último caso ha desaparecido el interés de liberación de la finca, resultaría carente de sentido e injusto establecer una solución diferente, agravando de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con su pérdida.

Respecto a la posible acción de regreso del hipotecante no deudor contra los cofiadores solidarios de la deuda y el ámbito de la misma, la doctrina se encuentra dividida. A favor de la aplicabilidad del artículo 1852 CC se señala que si el fiador tiene derecho de liberación respecto del hipotecante no deudor, éste debe tener la misma facultad respecto de la liberación del fiador y, sobre todo, se aduce la común finalidad de garantía. En contra de la aplicación del mencionado artículo, se mencionan las diferencias estructurales entre hipoteca y fianza y se argumenta que el hipotecante no deudor paga como tercer interesado y no como garante; el hecho de que dicho hipotecante no está obligado y el acreedor no tiene acción contra el mismo para reclamar el crédito impagado por el deudor; que la responsabilidad del fiador se extiende a todo el patrimonio y la del hipotecante a lo dado en garantía y, finalmente, que el artículo 1852 CC es un medio específico de tutela de la subrogación procedente del artículo 1839 CC que no puede ser aplicado por analogía al hipotecante no deudor. El Tribunal Supremo concluye al respecto que, si bien no cabe excluir la aplicación de ciertas reglas de la fianza al hipotecante por deuda ajena (por ejemplo, art. 1857 CC), sin embargo esta aplicación no es posible respecto de la citada regla contenida en el artículo 1852 CC, ya que: a) supone la creación de una causa de extinción de la hipoteca no prevista en el ordenamiento, lo que afecta sustancialmente a su régimen jurídico; b) la norma del mencionado artículo presenta unas características propias y singulares que le añaden la nota de excepcionalidad que impide su extensión a

otras figuras por analogía y, finalmente; c) la función común de la garantía no supone una identidad de razón suficiente que justifique la analogía en este caso. (STS de 3 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La entidad mercantil J.F., S.A. formula demanda contra E.S., S.A, B.C.H., S.A., H., S.A. y R.R.H.B., A.G. y solicita que se les condene al pago de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la ejecución hipotecaria, durante cuyo transcurso concurrió causa de extinción de la garantía por liberación de los avalistas del deudor principal. Con carácter subsidiario, solicita que se condene a E.S, S.A., H., S.A. y a B.C.H., S.A. al pago de la cantidad que la demandante entregó a los citados avalistas en su condición de hipotecante ajeno.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda tanto respecto de la petición principal como de la subsidiaria. La actora interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial, lo desestima, pero estima la adhesión interpuesta por H., S.A., dejando sin efecto la condena solidaria al pago de las costas procesales de la primera instancia. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución recurrida. (S. E. M.)

78. Constancia de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito en la demanda del procedimiento de ejecución hipotecaria.—En cuanto al requisito de que en la demanda del procedimiento de ejecución hipotecaria conste la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta que por todos los conceptos sea objeto de la reclamación, es doctrina jurisprudencial que, respecto a los intereses, no es preciso la determinación exacta de los devengados, sino que basta con que se hayan fijado unas bases de cálculo, y ello nunca producirá indefensión en el deudor. Lo mismo puede afirmarse respecto de los pagos parciales que, al igual que los intereses, se fijarán al tiempo de la liquidación final de la deuda. En general, cabe señalar que una posible indeterminación de las cantidades reclamadas no conduce a una situación de indefensión ni, por tanto, a la nulidad del procedimiento.

Sujetos de la cesión de remate.—A pesar de que la cesión de remate sólo se contempla de modo expreso respecto de los rematantes, es decir, respecto de aquellos que han presentado la mejor de las posturas admisibles, es doctrina del Tribunal Supremo que también puede hacer uso del derecho de cesión el acreedor que solicite la adjudicación en pago de la finca por el tipo de subasta, por haber quedado desierta. Por tanto, ha de rechazarse la petición de los acreedores posteriores de declarar la nulidad de las actuaciones por el hecho de que el acreedor que se adjudicó la finca en pago de su crédito haya cedido a tercero, ya que no hay diferencia práctica de relieve entre el acreedor que licita y cede el remate y aquel que se adjudica la finca y después la cede a tercero, caso en el que ningún perjuicio se origina a los acreedores que piden la nulidad.

Momento temporal hasta el cual puede enervarse la acción hipotecaria.—En cuanto a la fijación del tiempo en que el deudor o la persona hipotecante pueden liberar los bienes enervando la acción hipotecaria y dando por terminado el procedimiento de ejecución hipotecaria, la Ley Hipotecaria no se pronuncia al respecto. Sí lo hace la Ley de Enjuiciamiento Civil

de 2000 en su artículo 693.3, estableciendo que hasta el día señalado para la celebración de la subasta podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta. La Ley Hipotecaria sí contempla una aprobación provisional del remate (regla 15.^a del art. 131), tras la que el adquirente debe consignar en breve plazo el resto del precio, por lo que posee carácter provisional. Transcurrido el plazo, cumplidos los requisitos de consignación de diferencia y, en su caso, la cesión de remate, se procede a la aprobación definitiva de la adjudicación a favor del adjudicatario o cesionario (regla 17.^a). Cuando se ha practicado la subasta, la consignación del precio total e incluso la cesión a tercero, la hipoteca ha sido totalmente ejecutada, la acción se ha consumado, es decir, no puede ser enervada. Se ha producido la perfección del acto transmisor a la espera de la actividad judicial consistente en dictar el auto que será título bastante para la inscripción, como dice la regla 17.^a; pero la acción hipotecaria está consumada y la hipoteca ejecutada. Por consiguiente, se concluye que el momento final para la enervación de la acción hipotecaria es el anterior a su consumación, esto es, el anterior a la consignación del precio, tras la aprobación del remate. (STS de 5 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El deudor hipotecario y la entidad constituyente de la hipoteca, propietaria de las fincas objeto de la misma, formulan demanda de nulidad del procedimiento hipotecario y de indemnización de daños y perjuicios, por una serie de defectos (domicilio equivocado del deudor donde se practican los requerimientos y notificaciones; certeza y exigibilidad del crédito que no constan en la demanda inicial del procedimiento hipotecario; falta de notificación del procedimiento al titular registral; inadecuación de la cesión del remate por quien no es rematante sino adjudicatario; enervación de la acción hipotecaria por el hipotecante no deudor, que fue rechazada por el juzgador por extemporánea...). La demanda fue desestimada tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial. Contra la sentencia de la Audiencia se interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación.

NOTA.—En relación con el procedimiento de ejecución hipotecaria puede consultarse la obra de Máximo Juan Pérez García, *El valor de los bienes en la ejecución*, Madrid, 2007. (Alma R. G.)

79. Concepto y efectos de la prenda de créditos.—Conforme a la STS de 26 de septiembre de 2002, la prenda de créditos es un derecho real que no recae sobre una cosa, sino sobre un derecho. En este caso, al acreedor pignoraticio se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder en que el derecho consiste, que le permite realizarlo. Así, el acreedor pignoraticio, podrá ejercitar en su día y percibir directamente el crédito objeto de la prenda; concretamente, si se trata de un derecho de crédito dinerario, el acreedor podrá cobrarse directamente, sin que ello signifique un pacto comisorio (proscrito por el art. 1859 CC). La notificación al deudor y la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el importe del crédito que ha sido objeto de la prenda producen los mismos efectos que la posesión.

Prenda de derechos. Transmisibilidad del derecho dado en prenda.—El Tribunal Supremo señala que el artículo 1858 CC no exige la transmisibilidad del derecho dado en prenda en el momento de la constitución

de la misma, sino en el momento en que ésta deba ejecutarse, lo que se producirá sólo en el caso en que la obligación principal garantizada venza y se incumpla.

Posesión de la cosa pignorada en el caso de la prenda de derechos.—Si bien el concepto de derecho de prenda implica la posesión de la cosa pignorada por el acreedor pignoraticio, en la prenda de créditos, donde no cabe tal posesión, ésta se sustituye por la notificación al deudor. Por tanto, no se exige una inscripción constitutiva para la eficacia del derecho de prenda, pues no hay norma que así lo imponga expresamente de forma general. Concretamente, esta inscripción no se exige para la deuda especial del Estado, por lo que es suficiente con la notificación al Banco de España —como deudor— de la constitución del derecho de prenda, que produce los mismos efectos del desplazamiento de la posesión. (STS de 3 de febrero de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La entidad mercantil WS, S.A. suscribe una anotación de deuda especial del Estado —cuyas anotaciones son nominativas y sólo transmisibles *mortis causa*— por un importe de setenta y siete millones de pesetas con fecha de canje de 10 de enero de 1992 (canje de activos financieros por la nueva deuda pública especial), y con vencimiento previsto para el 28 de junio de 1997. Años después, el 24 de octubre de 1995, se celebra ante Corredor de comercio un contrato que se denomina de «póliza de pignoración», por el que la mencionada entidad afecta a favor de la empresa P los activos de la citada deuda pública especial, en garantía de una deuda que WS, S.A. tenía con P. Como consecuencia, WS, S.A. cede expresamente a la entidad P. su derecho al reembolso del importe representado por el expresado activo, una vez llegada su amortización, e incluso le da poder irrevocable para que solicite en su nombre la amortización y cobro del importe para saldo del débito garantizado. El fedatario interviniente remite sendas cartas al Banco de España y a la entidad gestora (la Caja de ahorros C), comunicando la constitución de la garantía y el apoderamiento.

El 16 de octubre de 1996, el Banco de España dirige una comunicación a la Confederación Española de Cajas de ahorro, solicitando el embargo de la anotación de la deuda especial del Estado referida y comunicando que se ha procedido a inmovilizar su importe a favor de la Agencia Tributaria, por deudas que tiene WS, S.A. frente a ella. Apenas un mes después, el 12 de noviembre de ese mismo año, la empresa P formula demanda de tercería de mejor derecho en vía administrativa respecto al mencionado embargo, demanda que es desestimada por silencio administrativo. Posteriormente, el 14 de febrero de 1997, la empresa P presenta ante la jurisdicción civil demanda de tercería de dominio y, subsidiariamente, de mejor derecho, contra la entidad WS, S.A. y la Agencia Tributaria.

La demanda es desestimada en primera instancia, sobre la base de dos argumentos: la intransmisibilidad de la anotación de la deuda pública especial y la falta de inscripción de la prenda, que se considera como requisito constitutivo. Estos mismos argumentos son empleados por la Audiencia Provincial para desestimar el recurso interpuesto por la demandante. Contra esta sentencia interpone entonces la empresa P recurso de casación, referido exclusivamente

ya a la tercería de mejor derecho, alegando que se trata de una prenda de derecho, y no de una transmisión de la deuda especial del Estado y que la exigencia de inscripción constitutiva no se aplica a este tipo de deudas, pues no son valores negociables.

NOTA.—El concepto de las «deudas especiales del Estado», conforme a la Ley 18/1991 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de 6 de junio, deriva de la necesidad de establecer la posibilidad de regularizar voluntariamente las situaciones tributarias que, hasta entonces, permanecían al margen de la legalidad fiscal. A tal fin, en la DA 14.^a se previó la regularización mediante las declaraciones complementarias; de otro lado, en la DA 13.^a, se estableció el canje de activos financieros, mecanismo con el que se pretendió dar respuesta al problema que representaba para ciertos sectores de la sociedad la titularidad de Pagarés del Tesoro con opacidad fiscal. Este problema quiso solucionarse con la adquisición por canje de una Deuda Pública Especial, de rentabilidad prácticamente nula, y con permanencia obligada de seis años, lo que, en última instancia, provocaba el pago indirecto de las cuotas tributarias pendientes, pero con la posibilidad de aplicar su importe a la reducción de las rentas ocultadas en su día, haciendo así más benigno el coste de la afloración. La mencionada DA 13.^a estableció como característica financiera de esta deuda pública especial, que estaría representada mediante anotaciones en cuenta y que tendría carácter nominativo y no transmisible salvo por título *mortis causa*. (A. M. M.)

80. Retracto de comuneros. Naturaleza jurídica.—El retracto legal, como derecho que tiene una persona para subrogarse en el lugar del que adquiere y en sus mismas condiciones, constituye un auténtico límite que el ordenamiento jurídico impone al derecho de propiedad, construyendo el poder de disposición que, de ordinario, corresponde al dueño de la cosa, estableciendo una preferencia a favor de determinadas personas para adquirir aquella en caso de que tenga lugar su enajenación. De lo dicho se desprende que tal derecho de adquisición preferente no entra en juego sino después de que la cosa haya sido enajenada, esto es, transmitida a un tercero.

Retracto de comuneros. Requisitos.—El derecho de retracto como derecho de adquisición preferente no entra en juego sino después de que la cosa haya sido enajenada, esto es, transmitida a un tercero, siendo los conceptos de enajenación (o transmisión) y de correlativa adquisición de la cosa determinantes tanto para el ejercicio del derecho de retracto como para la fijación del inicio del plazo de caducidad contemplado específicamente en el artículo 1524 CC respecto del retracto legal de comuneros —S. de 14 de diciembre de 2007, con cita de la de 9 de marzo de 1999, admitiéndose el retracto respecto de enajenaciones hechas en pública subasta judicial, pues, precisamente en un supuesto de retracto legal de comuneros, recuerda la S. de 25 de mayo de 2007, haciéndose eco de lo dicho en la de 8 de junio de 1995, que no existen razones para limitar el retracto a las adquisiciones derivadas de compraventa, con rechazo de las efectuadas en el curso de una subasta judicial, «no sólo porque estas segundas ofrezcan respecto a las primeras notoria semejanza, sino debido, principalmente, a la correlación substancial que existe entre los efectos y consecuencias de las adquisiciones verificadas por uno u otro mecanismo».

Retracto de comuneros. Inicio del plazo de caducidad.—El hecho determinante del nacimiento del derecho y del comienzo del plazo para ejercitar la acción es la venta entendida como acto de enajenación o traslativo de dominio, esto es, entendida como venta consumada y no meramente perfeccionada. Así, dice la S. de 17 de junio de 1997 que el retracto exige una venta o dación en pago no proyectada, sino consumada, siendo aún más explícita la S. de 14 de noviembre de 2002, que señala que la acción de retracto nace a partir de la consumación del contrato transmisivo del dominio, no de su perfección, estando por tanto el ejercicio de la acción de retracto supeditada al conocimiento que de la venta haya tenido el retrayente, venta que ha de entenderse como compraventa ya consumada y no meramente perfeccionada, requiriéndose al efecto un conocimiento completo, cumplido y cabal, que abarque 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. De este modo, en las transmisiones de bienes a través de contrato de compraventa, aunque el contrato se perfeccione al concurrir el consentimiento de las partes sobre la cosa objeto del mismo y el precio según el artículo 1450 CC, lo relevante a efectos de determinar cuándo nace el derecho de retracto y cuándo puede ejercitarse la acción por el retrayente es que la adquisición de lo comprado no tiene lugar sino cuando a ese título se le une el modo o tradición consistente en la entrega de la cosa del vendedor al comprador (en nuestro sistema, hasta el momento en que se produce la entrega de la cosa, el contrato sólo produce efectos de índole obligacional entre las partes), incluso de forma simbólica —*traditio ficta*— con otorgamiento de escritura pública según el artículo 1462.2.º CC. Y de igual forma, en los casos de venta judicial en pública subasta, aunque la perfección se produzca con el acto de la subasta y aprobación del remate, lo relevante será la consumación de la venta pues sólo entonces se producen los efectos traslativos de dominio que dicha consumación lleva aparejada, lo cual acontece cuando se adjudica al adquirente el bien subastado, esto es, en el momento en que se dicta auto de adjudicación, siendo la fecha de este auto el instante a tomar en cuenta para el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción, fijado en 9 días, salvo que se desconozca, en cuyo caso habrá de estarse a la fecha en que se libra testimonio y se notifica al retrayente. En tal sentido se ha pronunciado esta Sala de forma concluyente en sus dos últimas sentencias sobre la cuestión, de 14 de diciembre de 2007 y 14 de julio de 2008, confirmando esta última la doctrina, que ahora se reitera, de que en casos de transmisiones en subasta judicial, el *dies a quo* es el día en que el retrayente ha tenido conocimiento pleno de la venta y sus condiciones, lo que no tiene lugar con la subasta sino con el auto de adjudicación, siendo la fecha de este la que debe tomarse en cuenta como día inicial del cómputo a no ser que el retrayente desconozca su existencia, en cuyo caso el plazo comenzará a partir del día siguiente a su notificación. **(STS de 18 de marzo de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—Interpuesta demanda de retracto legal de comuneros por la actora, condueña de la finca enajenada, la parte demandada opone la caducidad de la acción de retracto.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó en su integridad la demanda, acogiendo la excepción de caducidad de la acción ejercitada.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia dictada en primera instancia y declaró haber lugar al retracto.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial. (M. R. D. R.)

81. Retracto de comuneros. Requisitos.—La acción de retracto de comuneros, que se recoge en la legislación actual procedente del Derecho romano para facilitar la extinción de situaciones de comunidad, tiene que respetar la previsión del artículo 1522 CC (el copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos).

Retracto de comuneros. Inicio del plazo de caducidad.—Para el ejercicio de la acción de retracto hay que tener en cuenta el breve plazo de caducidad que establece el artículo 1524 (no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta), cuyo problema es el *dies a quo* en el caso en que procede de una subasta judicial.

El mandato legal es claro: el *dies a quo* es la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad partiendo del principio de publicidad registral y sólo se altera si se acredita (no es el caso presente) que el retrayente había tenido conocimiento anterior de la compraventa o, en su caso, de la subasta, con todos los datos del negocio jurídico transmisivo.

El conocimiento de la transmisión no se presume por la publicidad de la subasta y de los actos transmisivos posteriores. El artículo 1524 parece claro respecto al *dies a quo* del retracto legal: la inscripción en el Registro de la Propiedad o, sólo en su defecto, si no se produce la inscripción, es desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. La jurisprudencia ha matizado que si antes de la inscripción el retrayente hubiera tenido conocimiento completo de la transmisión, la fecha de tal conocimiento sería el *dies a quo*. En caso de subasta administrativa, se entendió que el *dies a quo* fue la notificación de la adquisición y compraventa en escritura pública, en la S. de 14 de diciembre de 2007. En caso de subasta judicial, sólo si consta el conocimiento de la transmisión —aprobación judicial del remate y adjudicación al rematante— será éste el *dies a quo*; en otro caso, la inscripción en el Registro de la Propiedad: lo cual lo dice también la citada sentencia de 14 de diciembre de 2007. (STS de 26 de febrero de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Interpuesta demanda de retracto legal de comuneros por la actora, condueña de la finca enajenada, la parte demandada opone la caducidad de la acción de retracto.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en su integridad la demanda, declarando existente el derecho de retracto alegado.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y, revocando la sentencia dictada en primera instancia, declaró no haber lugar al retracto.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, casando y anulando la sentencia de la Audiencia Provincial. (M. R. D. R.)

82. Fe pública registral: adquisición por tercero hipotecario del artículo 34 LH y el alcance de la norma del artículo 33 LH.—Según doctrina reiterada, el artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino* porque salva el defecto de titularidad o poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca. A su vez, el mencionado 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 del artículo goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiriera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el título de su propio transmitente (SSTS de 22 de junio de 2001 y 5 de marzo de 2007).

Igualmente, la jurisprudencia ha destacado que el artículo 33 LH puede impedir la aplicación del artículo 34 LH si lo nulo es el acto o contrato adquisitivo de quien inscribe, por ejemplo, por falta de consentimiento, pero no si el problema consiste en haber adquirido de quien ya había vendido y entregado anteriormente la finca a otro que no inscribió su adquisición (SSTS de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007). En definitiva, la nulidad a la que se refiere el artículo 33 LH no tiene que ver con el poder de disposición del transmitente ni con el pago más o menos íntegro del precio de la primera compraventa, sino con los requisitos propios del título o del procedimiento de apremio que hubiera culminado con la adquisición inscrita (SSTS de 11 de octubre de 2006 y 20 de marzo de 2007). (STS de 6 de marzo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En 2001, don L. F. adquirió de don M. —que era el titular registral— unas fincas a título oneroso y las inscribió en el Registro de la Propiedad. Don M. había adquirido las citadas fincas en marzo de 1999, mediante un auto de adjudicación por subasta. Posteriormente, se pretende la declaración de nulidad de la mencionada subasta y del auto de adjudicación, y que se reconozca que dichas fincas pertenecían a la herencia yacente de don J. A.. Para ello, don F. en su nombre y en el de la herencia yacente de don J.A. ejercita acción reivindicatoria y solicita la declaración de nulidad.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la acción reivindicatoria y la declarativa de nulidad interpuestas y absuelve a don M. y don L. F. de la totalidad de pretensiones de la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y declara la nulidad de la subasta y del auto de adjudicación de bienes dictado a favor de don M., así como de la transmisión de las fincas registrales a don L. F.. Se interpone recurso de casación por este último y el Tribunal Supremo lo estima, anula la resolución recurrida y confirma la sentencia dictada en primera instancia respecto a don L. F., si bien mantiene el fallo respecto al codemandado don M. (S. E. M.)

DERECHO DE FAMILIA

83. Matrimonio: régimen de separación de bienes previamente pactado: pensión compensatoria: doctrina jurisprudencial.—Constituye doctrina de esta Sala, contenida en STS de 10 de febrero de 2005, reiterada por STS de 28 de abril de 2005, que *la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora y responde al presupuesto básico del efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o divorcio —pero no en la declaración de nulidad—, en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio*. Desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad —así el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo—, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios.

Caracteres.—Al introducirse por la Ley de 1981, la reguló con características propias o *sui generis*, pues está notoriamente alejada de la prestación alimenticia, que atiende al concepto de necesidad, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los artículos 100 y 101 CC, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la *perpetuatio* de un *modus vivendi*, o a un derecho de nivelación de patrimonios.

Factores a tener en cuenta.—Son numerosos y de imposible enumeración, destacándose en el propio artículo 97 y sin ánimo de ser exhaustivo, los siguientes: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos cuando éstos precisan atención futura; estado de salud y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor, facilidad de acceder a un trabajo remunerado —perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral—; posibilidades de reciclaje o volver —reinserción— al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc.

Concepto de la pensión compensatoria.—La pensión compensatoria resulta ser así una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontece la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones porque el art. 97 no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y

de la compensatoria (STS de 2 de diciembre de 1987). Se trata de un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de la justicia rogada y del principio dispositivo formal, pues la ley no autoriza al juez a señalar tal pensión de oficio, siendo claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer, con la consecuencia de que la renuncia a la pensión hecha por ambos cónyuges de común acuerdo en convenio regulador o la ausencia de petición expresa por la parte interesada en su demanda de separación o divorcio, impiden su estimación por el tribunal.

Sustitución del régimen de gananciales por el de separación de bienes un año antes de la separación judicial: interpretación de sus cláusulas: no hay renuncia tácita a la pensión compensatoria: actos propios.— En la redacción del pacto IV de las capitulaciones se desprende con absoluta claridad que la voluntad de los esposos de correr con sus gastos *de cualquier tipo y en cualquier circunstancia*, era tan sólo una de las consecuencias del régimen de separación por el que habían optado en sustitución del legal de gananciales que hasta entonces regía la economía del matrimonio, faltando razones para entender que además existía en los cónyuges el ánimo de renunciar a la pensión por desequilibrio del artículo 97 CC, y con menor motivo si se tiene en cuenta que en ese instante la pensión era una mera expectativa de un derecho futuro, el cual estaba pendiente para su devengo de que se diera la ruptura conyugal (la cual no se produciría sino más de un año después de la fecha de otorgamiento de las capitulaciones). La invocación por el marido recurrente de los artículos 1091 y 1258 CC resulta ajena a la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida y, por ende, casacionalmente irrelevante, ya que en modo alguno la Audiencia Provincial pone en duda la fuerza vinculante de lo pactado; cosa distinta es que el negocio capitular suscrito no comprendiera en su objeto lo relativo a la disposición del derecho a la pensión compensatoria que se pudiera reconocer a cualquiera de ellos en caso de separación o divorcio. La doctrina sobre los actos propios también es inocua en este caso, pues siendo cierto que los cónyuges pactaron un régimen de separación y disolvieron y liquidaron la sociedad de gananciales, de sus actos y, sobre todo, de los actos de la esposa no cabe extraer la conclusión de que la asumienda independencia económica alcanzaba hasta el punto de renunciar a la pensión que por desequilibrio pudiera corresponder a cualquiera de ellos en el momento de eventual ruptura conyugal, debiéndose tener, además, en cuenta que la pareja seguía conviviendo y lo siguió haciendo hasta el verano del año siguiente, momento en que se sitúa la ruptura determinante del nacimiento del derecho, por lo que es del todo punto imposible que los actos previos a ese momento puedan considerarse actos de renuncia a la pensión, que vinculen a la recurrida, dado que fueron realizados sin tener conciencia de ese ulterior y eventual derecho; en este sentido la STS de 5 de julio de 2007 declara que es insoslayable el carácter concluyente e indubitado entre la conducta anterior y la pretensión actual, de modo que exista una incompatibilidad o contradicción en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior; no pudiendo aplicarse la doctrina de los actos propios cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo o inconcreto, o carecen de la trascendencia que se pretende para el cambio jurídico.

Factores o presupuestos del artículo 97 CC.—La Audiencia Provincial se ajusta a la doctrina sobre la pensión compensatoria y a los presupuestos legales que han de concurrir para su concesión: el matrimonio ha durado 29

años, durante este tiempo la esposa se ha dedicado constantemente al cuidado de la familia, coadyuvando al éxito de su esposo; la edad de la esposa (48 años) y su falta de formación y experiencia profesional, es determinante de graves dificultades para acceder al mercado laboral. Ese desequilibrio conlleva un empeoramiento de la situación de la esposa respecto de la que tenía durante el matrimonio, porque es evidente que mientras el esposo era el único que ha trabajado constante matrimonio y sigue al frente del que fue el negocio familiar, la esposa, al verse privada de su formación y experiencia laboral por el cuidado de la familia, coadyuvando al éxito profesional del esposo, se encuentra en desventaja respecto el mismo a la hora de obtener un empleo que le permita mantener el patrimonio que le fue adjudicado en la liquidación o incluso incrementarlo con los rendimientos de su trabajo, lo que por el contrario puede hacer el recurrente, al constar unos ingresos de unos 22 millones de pesetas anuales sólo por ese concepto. A la hora de apreciar los presupuestos de la pensión, no resulta relevante que en el último año el matrimonio se rigiera por la separación de bienes pues este régimen no es incompatible con la pensión compensatoria, ni la disolución y liquidación del de gananciales que venía rigiendo es incompatible con la generación de desequilibrio que le produjo la ruptura, en tanto siguió subsistiendo el matrimonio y la convivencia, aunque cada uno de ellos recibió aproximadamente un patrimonio de 180 millones de pesetas (se afirma que en bienes improductivos la esposa), dado que concurrían los presupuestos del desequilibrio, por todo lo cual es ajustada a derecho la concesión de una pensión de 2.100 euros mensuales a la esposa, actualizada anualmente según las variaciones del IPC. **(STS de 10 de marzo de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

NOTA.—La primera lectura de esta sentencia evoca un posible *spanish case de premarital agreements*, que los sucesivos argumentos del Tribunal Supremo van sistemáticamente difuminando, al diferenciar con toda claridad la facultad de todo matrimonio de alterar, mientras subsiste, su régimen de bienes (art. 1317), y la de pactar un convenio regulador conforme al artículo 90 previamente a cualquier proceso que resuelva una crisis matrimonial. Ocurre que las circunstancias concurrentes en los cónyuges no son nada típicas ni habituales en nuestros tribunales, dado el elevado nivel de vida que mantenía el matrimonio: así en una liquidación del régimen de gananciales anterior en un año a la separación judicial cada cónyuge recibe un patrimonio valorado en unos 180 millones de pesetas (aunque el de la esposa se califica de poco o nada productivo), y los ingresos anuales del marido después de la separación giran en torno a 22 millones de pesetas. El único punto discutido es la procedencia de la pensión compensatoria en favor de la mujer (dedicado a la familia durante 29 años, con un hijo que había cumplido 16 años al iniciarse el pleito), la cual había solicitado una pensión de aproximadamente millón y medio de pesetas mensuales, cuantía que el Juzgado de Primera Instancia redujo a un tercio y se mantuvo a lo largo del proceso matrimonial. Convencen, desde luego, los argumentos de la sentencia para fundamentar en este caso la existencia del desequilibrio patrimonial, si bien convencen menos los utilizados para disociar de modo absoluto el pacto de separación de la crisis matrimonial que se formaliza judicialmente un año después, aunque, por otro lado, la redacción

textual del Pacto IV en la escritura de separación, no parece fácil identificar con una renuncia tácita a la pensión. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

84. Testamento abierto: interpretación: criterios de literalidad y totalidad.—Si bien es cierto que esta Sala ha sido siempre contraria a reexaminar las conclusiones interpretativas efectuadas por los Tribunales de instancia, ya que a ellos está atribuida la facultad de interpretar el testamento (SSTS de 21 de enero de 2003, 18 de julio y 20 de diciembre de 2005, 29 de septiembre de 2006 y 20 de noviembre de 2007, entre muchas otras), sin embargo, también es cierto que cuando las soluciones a las que llega la Sala sentenciadora llevan a resultados absurdos o francamente contradictorios con la voluntad expresada en el testamento, debe revisarse dicha interpretación. Y ello es lo que ocurre en el presente recurso. La regla de la interpretación del testamento se centra en la necesidad de buscar la verdadera voluntad del causante, en un supuesto muy especial dado que dicha declaración no es recepticia, en la que lo que debe buscarse es si la voluntad testamentaria expresa la voluntad real del testador (como señala la STS de 9 de marzo de 1984). Para ello se utilizan diversos métodos hermenéuticos, entre los que se encuentra el criterio de la *literalidad*, que es la primera regla interpretativa (SSTS de 10 de abril de 1986 y 19 de diciembre de 2006), y lo que el artículo 675 CC denomina *el tenor del mismo testamento*, es decir, el conjunto de las cláusulas testamentarias en lo que puede denominarse el *canon de la totalidad*, de modo que no se trata sólo de interpretar una cláusula aisladamente de su contexto, sino de examinarla y darle sentido en el entero documento, teniendo en cuenta, además, que no existe una jerarquía en los medios interpretativos, sino que los diferentes cánones de interpretación deben ponerse en juego dentro de un proceso interpretativo unitario, por lo que el artículo 675 CC no impone, ni podía hacerlo, un orden sucesivo de prelación en que deban utilizarse dichos criterios (SSTS de 5 de marzo de 1944, 3 de febrero de 1961, 9 de marzo de 1984, 10 de febrero de 1986, 2 de septiembre de 1987, 31 de diciembre de 1992, y las antes citadas).

Sustitución fideicomisaria a favor del primogénito.—Aplicando estas reglas debe concluirse que la voluntad del testador don Ángel Daniel se contiene no sólo en la cláusula 4.^a de su testamento, única examinada en la sentencia recurrida, sino en todas las transcritas en el FD 1.^o de esta sentencia, de modo que de su conjunto se deduce lo siguiente: 1.^o) La voluntad testamentaria fue la de favorecer primero a su esposa, con el legado sobre la titularidad de los bienes que se describen en el testamento, sin que ello obstara a la finalidad de favorecer a su hijo, como se observa en las cláusulas posteriores. Ello se deduce de las cláusulas 4.^a y 6.^a 2.^o) Era voluntad del testador la que de su hijo don Benedicto recibiera los bienes inmuebles que en primer lugar había legado a su esposa. Ello se deduce de la propia cláusula 6.^a, y, además, de la facultad que atribuía al hijo de pagar las legítimas a sus hermanas en dinero. 3.^o) Esta misma voluntad se deduce de lo establecido para los albaceas, a quienes se faculta para entregar los bienes inmuebles a una sólo persona, tal como se estableció en la cláusula 8.^a En consecuencia, de la interpretación efectuada utilizando el canon de la totalidad debe considerarse correcta la conclusión a que llega la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que entendió que se había establecido una sustitución fideicomisaria; es

decir, que don Benedicto fue nombrado para después de su madre, la primera legataria. Y ello con independencia de que se tratara, o no, de un fideicomiso de residuo que sólo afectaría al supuesto concreto de constar que se habían efectuado determinadas enajenaciones por la primera legataria, cuyo poder de disposición se hubiera discutido, lo que no ha sucedido en este pleito. (STS de 3 de marzo de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

85. Contrato de concesión: diferencia con el contrato de agencia.—El concesionario compra y revende las mercancías del fabricante por cuenta y en nombre propio, con la ganancia que representa el llamado margen o beneficio comercial, el agente promueve y, en su caso, concluye, la venta de los productos del empresario, por cuenta y en nombre del mismo, a cambio de una comisión.

Contrato de concesión. Indemnización por clientela: diferencia con daños y perjuicios.—La indemnización por daños y perjuicios, 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 la mala fe de la facultad de disenso unilateral.

Contrato de concesión. Indemnización por clientela: no es automática.—La diferencia entre concesión y agencia conlleva la improcedencia de aplicar, de un modo automático, el artículo 28 de la Ley 12/1992 a la liquidación de la relación contractual de distribución, cual si fuera cierta una igualdad jurídica esencial que, como regla, no existe.

Contrato de concesión. Indemnización por clientela: prueba del aumento.—La indemnización por clientela, en el contrato de distribución, a la hora de plantearse una indemnización por clientela a favor del distribuidor, no debe olvidarse, en beneficio del concedente, el renombre o reputación de los productos de éste y el coste de las campañas publicitarias de los mismos, dadas las ventajas que reportan al distribuidor en forma de mayores ganancias, y en los supuestos de fidelidad a la marca distribuida, esta clientela difícilmente puede ser imputada al distribuidor, siendo así que la creación o aumento de clientela ha de ser probada.

Contrato de concesión. Resolución unilateral: daños y perjuicios.—La jurisprudencia admite la posibilidad indemnizatoria de daños y perjuicios en el caso de resolución unilateral del contrato de distribución de duración indefinida, pero exige que haya habido deslealtad constitutiva de mala fe o ejercicio abusivo del derecho.

Contrato de concesión. Resolución unilateral: cláusulas excluyentes de responsabilidad.—En lo que se refiere a la validez y eficacia de la cláusula contractual que excluye cualquier derecho a indemnización en caso de extinción del vínculo contractual por ejercicio de la facultad de rescisión ordinaria, es cierto que el disenso unilateral en los contratos de duración indefinida puede dar lugar a indemnización de daños y perjuicios si no se cumple el preaviso o cuando se efectúe con abuso de derecho o con mala fe, y también, aún con preaviso, y sin abuso ni mala fe, puede dar lugar a la posibilidad de exigir compensación por clientela. Pero, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de agencia, cuya normativa imperativa, veda la renun-

cia anticipada de la denominada *indemnización por clientela*, en el contrato de concesión o distribución nada obsta al pacto por el cual las partes excluyen toda indemnización para el supuesto de resolución unilateral mediante el preaviso, y así lo viene reconociendo la doctrina jurisprudencial, porque no vulnera la ley, la moral, ni el orden público. (STS de 21 de enero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—La mercantil D., S.A. interpuso demanda contra F., S.A. y frente a R., S.A., solicitando con base en la resolución unilateral del contrato por la concedente la condena solidaria de las entidades codemandadas al abono de diversas cantidades, en concepto de indemnización por clientela y por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Almería estimó que la relación que unía a las partes era la propia de un contrato de agencia, y estimó parcialmente la demanda. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería revocó parcialmente la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

86. Contrato de franquicia. Definición jurisprudencial.—En el contrato de franquicia o «franchising», una de las partes, que es titular de una determinada marca, rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial, otorga a la otra, el derecho a utilizar, por un tiempo determinado y en una zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de control, aquello sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una prestación económica, que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje.

Contrato de franquicia. Naturaleza jurídica.—La franquicia es un contrato nominado porque está previsto en el ordenamiento, pero atípico porque no goza de regulación legal.

Contrato de franquicia. Régimen aplicable.—Dado el carácter de contrato atípico se regirá, en primer lugar, por la voluntad de las partes plasmada en cláusulas y requisitos concretos que, fundados en relaciones de buena fe y mutua confianza, deben producir todos sus efectos, y para el caso de que hubiera lagunas, para interpretar su contenido, será preciso recurrir a figuras de contratos típicos afines a dicha relación consensual atípica.

Contrato de franquicia. Derecho comunitario: reconocimiento y concepto.—En el Derecho comunitario se inicia el tratamiento de la franquicia, en relación con la exclusión del artículo 85.1 del Tratado CE (actualmente 81.1 T), por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1986 (TJCE 1986, 34) (en el caso de «Pronuptia de París GmbH contra Pronuptia de París Irmgard Schillgalis»), cuya doctrina, recogida en diversas Decisiones de la Comisión, servirá de fundamento al Reglamento 4087/1988, de 30 de noviembre, sobre cláusulas restrictivas exentas de la prohibición -art. 85, apartados 1 y 3, del Tratado CE-. En este Reglamento se entiende por acuerdo de franquicia «aquel contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios, y que comprende por lo menos: el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato y la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un *know-how*, así como la prestación continua por

el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del contrato» (art. 1, apartado 3 b). El Reglamento anterior ha sido sustituido, e incorporado junto con otros del año 1993, por el Reglamento 2790/99, de la Comisión, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (antes 3 del art. 85 TCE) a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Contrato de franquicia. Diferencia de los contratos de suministro o de distribución de mercancías.—La jurisprudencia, siguiendo la Sentencia del TJCE de 28 de enero de 1996 (caso «Pronuptia»), los diferencia: a) el franquiciador debe transmitir su *know-how*, o asistencia o metodología de trabajo, aplicando sus métodos comerciales; y, b) que dicho franquiciador queda obligado a diseñar, dirigir y sufragar las campañas publicitarias, realizadas para difundir el rótulo y la marca del franquiciador. **(STS de 9 de marzo de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La entidad mercantil PR, S.L. interpuso demanda contra A, S.L., solicitando, entre otras peticiones, que se le abonaran las facturadas giradas a cargo de la demandada. La demandada formuló demanda reconventional solicitando se declare la existencia de contrato de franquicia y que ha sido interrumpido unilateralmente por la demandada, y se le indemnizará por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Lleida estimó la demanda y desestimó la reconvenición. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

87. Las cartas de patrocinio. Reconocimiento jurisprudencial en base a la autonomía de la voluntad.—Las «cartas de patrocinio», también denominadas «cartas de confort», «cartas de apoyo», «cartas de conformidad», «cartas de responsabilidad» o «cartas de garantía» constituyen una nueva figura del tráfico bancario y que ya gozan de naturaleza en nuestra jurisprudencia, cuya génesis ha de buscarse en el principio de libertad de contratación establecido en el artículo 1255 CC.

Las cartas de patrocinio. Modalidades: débiles y fuertes.—La jurisprudencia distingue entre las denominadas *débiles* y las *fuertes*. Las *débiles* suelen ser emitidas generalmente para declarar la confianza en la capacidad de gestión de los administradores de la sociedad que aspiran al crédito, de la viabilidad económica de la misma y que pueden estimarse como simples recomendaciones que no sirven de fundamento para que la entidad crediticia pueda exigir el pago del crédito a la entidad patrocinadora. Las *fuertes* se consideran como contrato atípico de garantía personal con un encuadramiento específico en alguna de las formas negociales o categorías contractuales tipificadas en el ordenamiento jurídico como contrato de garantía, o como contrato a favor de terceros, o como promesa de crédito. La jurisprudencia lo ha referido al contrato de fianza, que puede constituirse por carta del fiador al banco.

Moderación de responsabilidad del artículo 1103 CC. Alcance.—La doctrina jurisprudencial no excluye absolutamente la aplicación de la moderación del artículo 1103, cuando no se trata tanto de la fijación cuantitativa de la indemnización, como de discernir el grado y naturaleza del respectivo aporte de culpabilidad o ni siquiera se plantee en la decisión judicial la posibilidad de hacer uso de dicha facultad, si la misma viene forzosa y lógica-

mente impuesta por las especiales circunstancias concurrentes en el supuesto concreto que se enjuicia. (STS de 18 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—La entidad financiera B., S.A. presentó demanda contra la también mercantil E., S.A. reclamando el resarcimiento de cierta cantidad de dinero al entender la entidad actora que la demandada había asumido la obligación de prestar recursos a S., S.L. para que ésta asumiera sus obligaciones de pago frente a la entidad financiera actora. El Juzgado de Primera núm. 22 de Sevilla estimó la demanda. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

88. Quiebra. Alcance del principio de fe publica registral: tercero hipotecario.—La protección del tercero hipotecario debe referirse a aquél a quien efectivamente convendría tal calificación subjetiva teniendo en cuenta el contenido del derecho del otorgante que se anula o resuelve con posterioridad a su adquisición, amparada en el contenido de los folios registrales. En tal sentido, en cuanto al grado de ineficacia de los actos del deudor dentro del período de retroacción, la jurisprudencia es decididamente rigorista al decantarse por una nulidad radical o de pleno en la que el adquirente directo del quebrado no resulta protegido por el artículo 34 LH porque la inscripción no convalidaría el acto nulo según el artículo 33 de la misma Ley. En consecuencia, no se puede amparar al adquirente directo del quebrado, así como que una aplicación indiscriminada del artículo 34 LH acabaría con la eficacia del artículo 878.11 CCO, pues posibilitaría transmisiones rápidas por parte del quebrado que serían ya inatacables, y que los términos en que se protegen los derechos del tercero de buena fe por el artículo 34 LH son de muy difícil incidencia en el riguroso régimen del artículo 878 CCO, pues el derecho de quien transmite al tercero no se anula o resuelve por una causa que pudiera constar en el Registro de la Propiedad, sino precisamente por la sola circunstancia de haberse adquirido ese derecho en un tiempo anterior que se fija retroactivamente por el Auto judicial de declaración de la quiebra, de suerte que en rigor no cabría hablar de inexactitud del Registro.

Quiebra. Retroacción: justificación.—La oposición al interés general de los acreedores es lo que justifica la sanción de nulidad de los actos efectuados dentro del período de retroacción, que aun cuando se entienda que no opera *ipse legis potestate et auctoritate* como se derivaría de la aplicación del criterio de interpretación más riguroso de la norma, no exige la concurrencia de mala fe o *consilium fraudis* por parte de quien contrató con el quebrado. Así tal nulidad actúa incluso con independencia de que los terceros que han contratado con el quebrado pudieran haber intervenido de buena fe en las operaciones cuestionadas, ignorando la situación en cuyo contexto se celebraban. (STS de 11 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de la entidad mercantil A., S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra C en ejercicio de acción de nulidad de la hipoteca constituida a su favor por la quebrada. Igualmente la parte actora interesó que se declarara la

nulidad del proceso de ejecución hipotecaria iniciado y la cancelación de los correspondientes asientos e inscripciones registrales. La demandada se opone a las pretensiones y solicitó la desestimación de la demanda. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Murcia estimó la demanda en su integridad. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia desestimó la apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

DERECHO PROCESAL

89. Competencia de los tribunales del orden civil en relación con el cumplimiento por los particulares de obligaciones contraídas respecto de corporaciones públicas de base privada, cuando el legislador ha excluido la competencia de la Administración para ejecutarlas. Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos (CORES).—

Los artículos 11 y 12 de la Ley 34/1992 de 22 de diciembre, de Ordenación del Sector Petrolero, establecen un sistema centralizado y único de gestión y mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, apoyado en la creación de una entidad dirigida a estos fines. El artículo 19.1 y 2 RD 2111/1994, de 28 de octubre, por el que se regula la obligación de los operadores de mantener existencias mínimas de seguridad de productos petrolíferos, establece que las existencias estratégicas serán financiadas por los sujetos obligados mediante el pago de una cuota unitaria por tonelada métrica vendida o consumida (o alternativamente por tonelada del producto adquirido para su consumo o comercialización), que será distinta para cada grupo de productos y que dicha cuota se determinará en función de todos los costes previstos por la CORES, entidad especialmente creada con este fin. Dicha cuota unitaria se fija por Orden del Ministerio de Industria y Energía, a propuesta de la Corporación (art. 5 RD 2111/1994). La STS (Sala 3.ª) de 22 de febrero de 2005 ha estimado que, aunque la entidad CORES es calificada legalmente como corporación de Derecho Público que actuará en régimen de Derecho privado (art. 12.2 Ley 34/1992), se le conceden poderes de intervención propios de un ente instrumental del Estado (recabar la información y realizar las inspecciones que sean precisas y promover la iniciación de expedientes sancionadores) para el ejercicio de una importante función pública y, en definitiva, por ser una manifestación de la competencia del Estado sobre la ordenación de la economía, la obligación de financiar los costes previstos por CORES, tanto los que generen la constitución, almacenamiento y conservación de las existencias estratégicas de cada grupo de productos, como el coste de las demás actividades debe considerarse como una prestación patrimonial que se impone al sector petrolero, encuadrada en el artículo 31.3 CE, como ingreso público, ya que la obligación nace directamente de la ley y no en virtud de un contrato entre las partes.

Sin embargo, ello no es suficiente para considerar que la competencia jurisdiccional corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, pues la calificación de las cuotas como ingresos de Derecho público no es suficiente para considerar sometido al Derecho administrativo el régimen de ejecución de las cuotas en su integridad, según se infiere de los siguientes razonamientos:

a) El reconocimiento de competencia a la Administración, en la sentencia del Tribunal Supremo expresada, se refiere a las cuestiones relacionadas

con el Derecho administrativo sobre la validez de la autoliquidación en relación con la procedencia o improcedencia de las cuotas y con su sujeción al IVA o IGIC, materia estrictamente tributaria, pero la sentencia no extiende este pronunciamiento a la ejecución de las cuotas, pues «la norma no contempla el acceso a la vía de apremio para el cobro de las cuotas discutidas», admitiendo que este hecho no puede ser decisivo para su consideración como ingreso de Derecho privado, ya que lo esencial es la naturaleza pública de la relación que da origen al ingreso. La vía de apremio constituye un elemento natural del procedimiento de ejecución de las prestaciones públicas, pero no tiene carácter esencial a las mismas, pues el artículo 95 LRJ y PAC exceptúa de la ejecución forzosa de los actos administrativos los supuestos en que la Constitución Española o la ley exijan la intervención de los tribunales. En consecuencia, es forzoso admitir situaciones en que ingresos de Derecho público pueden carecer de mecanismos de ejecución forzosa en el ámbito del Derecho administrativo.

b) En este supuesto, si la entidad ejecutada es otra entidad de Derecho público o la entidad ejecutante carece de puntos de conexión con el Derecho privado, como cuando se ventilan relaciones entre entes públicos territoriales, la inexistencia de estos mecanismos de ejecución responde a las particularidades que derivan de las relaciones entre los entes públicos en el marco del equilibrio mutuo de competencias impuesto por la estructura administrativa o por el sistema constitucional, y no puede aceptarse la competencia de la jurisdicción civil. Sin embargo, cuando, la entidad de Derecho público tiene una base privada (como ocurre con CORES, pues las operadoras actúan como miembros de una corporación de esta naturaleza aunque se trate de una situación distinta de la que se refiere a los colegios profesionales), la inexistencia de mecanismos de ejecución forzosa en el ámbito administrativo por disposición del legislador podría determinar una vulneración del Derecho a la tutela judicial efectiva de los organismos y las personas afectadas y, en consecuencia, la necesidad de evitar la vulneración de este derecho comporta la aplicación del artículo 9.2 LOPJ, con arreglo al cual «los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional», en el bien entendido de que la cuestión principal planteada debe referirse al cumplimiento de la obligación y no a los aspectos relativos a su procedencia regulados por el Derecho administrativo.

Una interpretación del artículo 9.2 LOPJ conforme a la efectividad del derecho a la tutela judicial conduce a admitir que la jurisdicción civil es también competente cuando, en relación con el cumplimiento por los particulares de obligaciones contraídas respecto de corporaciones públicas de base privada, cualquiera que sea su régimen, el legislador ha excluido la competencia de la Administración para ejecutarlas, dado que a los tribunales del orden jurisdiccional civil se les atribuye una jurisdicción de carácter residual «además de las materias que le son propias». La jurisprudencia civil tiene reiteradamente declarado que corresponde al orden jurisdiccional civil, según el artículo 9.1 LOPJ, el conocimiento de los conflictos *inter privatos*, puesto que se le atribuyen las materias que le son propias, además de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional; pero el hecho de que la controversia deba resolverse aplicando normas de Derecho administrativo no comporta necesariamente que estemos en presencia de una cuestión de la que deba conocer la Administración Pública y, por derivación, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (art. 9.4 LOPJ), toda vez que el artículo 10.1

LOPJ autoriza a cada orden jurisdiccional a conocer de los asuntos que no le estén atribuidos privativamente a los solos efectos prejudiciales.

Asimismo la Sala civil del Tribunal Supremo ha puesto de relieve la relación existente entre el artículo 9.2 LOPJ, que establece la *vis attractiva* y el carácter residual de la jurisdicción civil con los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a no padecer dilaciones indebidas (SSTS, entre las más recientes, de 5 de diciembre, 18 de septiembre y 24 de junio de 2008, y 6 de marzo de 2007). En consonancia con este principio, en sentido inverso, ha admitido excepciones al principio de la *vis attractiva* del orden jurisdiccional civil, aunque la reclamación se dirija conjuntamente contra una Administración pública y contra particulares, si mediante la petición de condena solidaria se pretende eludir el origen del daño en un acto administrativo, en un contrato regido por el Derecho administrativo o en una actuación de la Administración en el ejercicio de sus competencias y no constitutiva de vías de hecho (SSTS de 31 de octubre de 1995, 24 de septiembre de 1996, 18 de noviembre de 1997, 27 de enero de 1998, 20 de marzo y 15 de junio de 1999, 14 de junio de 2000, 7 de febrero de 2001 y 28 de febrero de 2007). **(STS de 2 de abril de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos (CORES) interpuso demanda civil reclamando de D., S.A., en su condición de miembro de aquella el pago de cuotas correspondientes a las doce mensualidades del año 1996 e intereses de demora devengados.

El Juzgado de Primera Instancia, desestimando la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil, estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia. Contra esa sentencia, D., S.A. interpuso recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación, siendo desestimados ambos por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia impugnada. (*F. J. J. M.*)