

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 Agencia Estatal 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

Librería de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: (91) 111 42 60

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXIV, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 2011

MINISTERIO DE JUSTICIA
Centro de Publicaciones



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2011

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

NIPO (AEBOE): 007-11-077-8
NIPO (M. de Justicia): 051-11-020-5
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid.

Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos (*)

FERNANDO PANTALEÓN
Catedrático de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Este trabajo contiene propuestas de regulación, para un proyectado Código Latinoamericano de Contratos, de los diferentes grupos de casos que tradicionalmente se engloban en la categoría de la «responsabilidad precontractual» o «culpa in contrahendo». Se contrastan los distintos puntos de partida que adoptan al respecto los ordenamientos del civil law y del common law; y dentro de los primeros, los que caracterizan al Derecho alemán frente a los Derechos latinos. Los grupos de casos de la responsabilidad precontractual se clasifican con una sistemática innovadora. Los criterios de solución que se consideran acertados para las cuestiones más importantes que suscita cada uno de dichos grupos de casos se analizan y proponen a la luz de las reglas contenidas al respecto en los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, los Principios del Derecho Europeo de Contratos, el Draft Common Frame of Reference y la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos publicada en 2009 por el Ministerio de Justicia español. Especial interés tienen las páginas dedicadas a la concurrencia de remedios y la medida de la indemnización procedente en los casos de infracción de los deberes precontractuales de información.

ABSTRACT

This paper contains proposals to regulate, for a planned Latin American Code on Contracts, the various groups of cases that traditionally fall under

(*) El presente trabajo ha sido escrito para formar parte de un Libro Homenaje al Profesor Ricardo Lorenzetti, bajo el título «*Bases para un Código Latinoamericano de Contratos*». El Profesor Pablo Salvador Coderch y las Profesoras Clara Asua y María Paz García Rubio leyeron el original y me hicieron valiosas sugerencias. Los errores que pueden haber permanecido son, naturalmente, de mi exclusiva responsabilidad.

the category of «pre-contractual liability» or «culpa in contrahendo». The paper contrasts the different starting points adopted on the matter by the civil law and common law systems; and, within the first group, those that characterize German law as opposed to Latin legal systems. Groups of cases of pre-contractual liability are classified in an innovative systematic way. The criteria for the solutions considered appropriate for the most significant questions arising in each of the above groups of cases are analyzed and proposed in light of the rules respectively set forth in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, the Principles of European Contract Law, the Draft Common Frame of Reference and the Proposal for the Modernization of Obligations and Contract Law published in 2009 by the Spanish Ministry of Justice. Of particular interest are the pages on the concurrence of remedies and the adequate measures of damages in cases of infringement of pre-contractual information duties.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad precontractual; Culpa in contrahendo; Buena fe; Deber de lealtad; Deber de información; Indemnización; Interés en el cumplimiento; Expectation interest; Interés de confianza; Reliance interest; Interés contractual positivo; Interés contractual negativo; Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales; Principios del Derecho Europeo de Contratos; Draft Common Frame of Reference; Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos.

I. IDEAS VERTEBRALES

1. EXISTENCIA DE DEBERES PRECONTRACTUALES DE LEALTAD Y DE INFORMACIÓN. LA POSICIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS DEL *COMMON LAW*

La premisa de partida debe sin duda ser que, entre quienes entablan negociaciones para la celebración de un contrato, nace un conjunto característico de deberes precontractuales de conducta –básicamente, deberes de lealtad y deberes de información–, concreciones de las exigencias de la buena fe objetiva –la denominada «buena fe y lealtad en los negocios (*good faith and fair dealing*)», por ejemplo, en el artículo 1.7 de los *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004* [en lo que sigue, PU]; en los artículos 1:102(1) y 1:201 de los *Principios del Derecho Europeo de Contratos* [PECL]; y en el artículo I.- 1:103 de los *Principios, Definiciones y Reglas Modelo del Derecho Privado*

Europeo, *Draft Common Frame of Reference* [DCFR]¹–; deberes, esos, cuya infracción, imputable a una de las partes en las negociaciones y dañosa para la otra, genera la obligación de indemnizar los daños y perjuicios –típicamente «daños puramente patrimoniales (*pure economic losses*)»: no consecuencias perjudiciales de daños a las personas o a las cosas– que la otra parte no habría sufrido, si el deber de conducta de que se trate se hubiera cumplido fielmente.

Suele afirmarse que los ordenamientos del *common law*, y en especial el Derecho inglés, no reconocen la referida premisa. Y, en efecto, sigue siendo cierto que dichos ordenamientos no admiten la existencia de deberes generales de buena fe o lealtad en las negociaciones². Y que adoptan el principio general de que corresponde a

¹ Artículo 1.7 PU (Buena fe y lealtad negocial)

(1) *Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.*

(2) *Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.*

Artículo 1:102 PECL: Libertad contractual

(1) *Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido, con sujeción a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios, y a las reglas imperativas establecidas por estos Principios.*

Artículo 1:201 PECL: Buena fe y lealtad en los negocios

(1) *Cada parte debe actuar de conformidad con las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios.*

(2) *Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.*

Artículo I.-1:103 DCFR: Buena fe y lealtad en los negocios

(1) *La expresión «buena fe y lealtad en los negocios» hace referencia a un modelo de conducta caracterizado por la honradez, transparencia y consideración hacia los intereses de la otra parte de la transacción o relación en cuestión.*

(2) *Es, en particular, contrario a la buena fe y la lealtad en los negocios que una parte actúe de modo inconsistente con sus previas declaraciones o conducta, cuando la otra parte ha confiado razonablemente en ellas en su perjuicio.*

Aquí, y en lo que sigue, se utiliza la versión española oficial de los PU. En lo demás, las traducciones son propias.

² Suele citarse el muy radical *dictum* con el que Lord Ackner negó fuerza jurídica incluso a los acuerdos expresos de negociar de buena fe, en *Walford v. Miles* [1992] AC 128, 138:

«The reason why an agreement to negotiate, like an agreement to agree, is unenforceable is simply because it lacks the necessary certainty. [...] How can a court be expected to decide whether, subjectively, a proper reason existed for the termination of negotiations? The answer suggested depends upon whether the negotiations have been determined 'in good faith'. However, the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms. Mr Naughton [el abogado que sostenía que debía imponerse responsabilidad por la ruptura de las negociaciones], of course, accepts that the agreement upon which he relies does not contain a duty to complete the negotiations. But that still leaves the vital question: how is a vendor ever to know that he is entitled to withdraw from further negotiations? How is the court to police such an 'agreement'? A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgment, while negotiations are in existence either

cada parte la carga de obtener los datos fácticos y jurídicos que considera relevantes para tomar la decisión de contratar o no, o de contratar con ciertos términos y condiciones, y no con otros: como regla, el mero «no revelar» en el marco de la negociación para celebrar un contrato no constituye ni (*statutory*) *misrepresentation*, ni un (*common law*) *tort* de *deceit* o de *negligent misstatement*. Por más que resulte también cierto que, mediante remedios generales distintos de los del *law of torts* (como los del *promissory estoppel*, la *law of restitution* o la *equity*), alcanzan, aunque sólo de modo fragmentario, soluciones equivalentes a las que llegan los ordenamientos del *civil law* en las constelaciones de casos conocidas como «ruptura de tratos o tratativas» e «infracción del deber de confidencialidad». Y que sea patente que la incorporación al Derecho inglés de las Directivas de la Unión Europea en materia de protección de los consumidores ha hecho ya imposible reconocer, en el ámbito de la contratación entre empresarios y consumidores, la regla de que incumbe a estos últimos la carga de procurarse los datos necesarios para tomar una decisión informada sobre si celebrar o no un contrato. Y lo mismo cabe predicar sobre la contratación entre las entidades financieras y los inversores no cualificados.

Tratándose aquí de propuestas para un futuro Código Latinoamericano de Contratos, ha de partirse de la premisa que es propia de los ordenamientos del *civil law*. Pero sin poner en duda la primacía, cuando menos para las negociaciones contractuales entre empresarios, de los principios generales de libertad de (no) contratar y de autorresponsabilidad; frente a eslóganes como «el modelo del Derecho contractual clásico y liberal, de antagonismo entre las partes, debe sustituirse por un modelo de cooperación», que tan mistificador resulta si no se diferencian tipos de contratos (por ejemplo, el contrato de compraventa frente al contrato de sociedad) y no se distingue entre la fase de negociación y la fase de cumplimiento de las obligaciones contractuales.³

party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a 'proper reason' to withdraw. Accordingly, a bare agreement to negotiate has no legal content».

Conviene dejar constancia de que, respecto a la fuerza jurídica de los «*agreements to negotiate*», el *dictum* citado ya no refleja la posición dominante en los ordenamientos del *common law*. La clave de la evolución en esta materia de los ordenamientos del *common law* será, sin duda, en qué medida y con qué consecuencias estarán los Tribunales dispuestos a deducir una obligación de negociar (continuar negociando) de buena fe de los *preliminary agreements* o *memoranda of understanding* que se vayan intercalando durante las negociaciones del contrato.

³ Acierta el artículo III.-1:104 DCFR cuando ciñe con claridad la «obligación de cooperar» entre deudor y acreedor a la finalidad del cumplimiento de la obligación del primero, frente al más impreciso «deber de cooperar en orden a dar pleno efecto al contrato», al que se refiere el artículo 1:202 PECL. Véase también el artículo 5.1.3 PU.

2. NATURALEZA EXTRA CONTRACTUAL (NO OBLIGACIONAL) DE LA RESPONSABILIDAD PRE CONTRACTUAL. LA CONSTRUCCIÓN ALEMANA DE LA *CULPA IN CONTRAHENDO*

Característica del Derecho alemán es la construcción, incorporada a los apartados (2) y (3) del § 311 BGB en la profunda reforma del año 2002, de que los deberes precontractuales de conducta integran una relación obligatoria preexistente, nacida *ex lege* entre quienes inician negociaciones contractuales, preparan un contrato o entablan un contacto negocial análogo; y nacida, incluso, para con cierta categoría de personas que no van a ser parte del contrato de que se trata. A tenor de las referidas normas:

(2) *Una relación obligatoria con deberes según el § 241, apartado 2⁴, nace también de:*

1. *la iniciación de negociaciones contractuales.*
2. *la preparación de un contrato mediante el que una parte concede a la otra, en contemplación de una eventual relación negocial, la posibilidad de actuar sobre sus derechos, bienes jurídicos e intereses, o se los confía; o*
3. *contactos negociales análogos.*

(3) *Una relación obligatoria con deberes según el § 241, apartado 2, puede también nacer para con personas que no van a ser parte contractual. Tal relación obligatoria nace, en particular, cuando el tercero reclama para sí un grado especial de confianza y, de ese modo, influye considerablemente en las negociaciones contractuales o en la celebración del contrato.*

Como es bien sabido, la necesidad de construir ese tipo de relación obligatoria preexistente responde a una característica propia del sistema de la responsabilidad civil extracontractual en el BGB, que carece de una cláusula general de indemnización de los daños y perjuicios causados por culpa o negligencia: como regla –salvo que, en palabras del § 823(2) BGB, se deriven de la infracción de una norma legal cuya finalidad sea la protección de otro («*ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz*»)—, no son resarcibles los «daños puramente patrimoniales» –no consecuencias de la lesión de uno de los derechos absolutos que lista el § 823 (1) BGB–, que no hayan sido causados dolosamente (en cuyo caso, § 826 BGB), sino por mera negligencia. Y en consecuencia, sólo habilitando la aplicación de las normas de la responsabilidad contractual (*rectius*: obli-

⁴ Que dispone: «*La relación obligatoria puede, según su contenido, obligar a cada parte a tener en consideración los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte*».

gacional) podían resultar indemnizables los daños y perjuicios que normalmente producen los casos de *culpa in contrahendo*.

La generalidad de los sistemas de responsabilidad extracontractual de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos son «sistemas de cláusula general» o de *numerus apertus* de los daños potencialmente indemnizables: no, «sistemas de tipificación» o *numerus clausus* como el alemán. Y por esa razón, no ha habido necesidad de construir en aquellos ordenamientos una tal relación obligatoria preexistente para encontrar soluciones adecuadas a los casos de responsabilidad precontractual; cuyo carácter extracontractual declaran las jurisprudencias y defienden las opiniones doctrinales hoy absolutamente dominantes en la generalidad de los países latinoamericanos.

No hay, por tanto, motivo para importar la construcción alemana de la *culpa in contrahendo*; y sin duda no lo es, «mejorar» de manera encubierta, para la responsabilidad precontractual, las normas generales de la responsabilidad extracontractual, sustituyéndolas por las normas de la contractual que se consideran preferibles⁵. Cuestión diferente es la clara conveniencia de contar con normas legales que positivicen los deberes precontractuales de conducta más relevantes, y especifiquen al mismo tiempo el contenido de las indemnizaciones debidas por sus respectivas infracciones; en lugar de dejar, sin más, la determinación de la disciplina de la responsabilidad precontractual a la (inevitablemente tan discrecional) aplicación por los Tribunales de las cláusulas generales de la responsabilidad extracontractual. Normas, esas, que demostrarán que la responsabilidad precontractual es, ciertamente, un «sector especial» de la responsabilidad extracontractual; pero habrá de ser el régimen general de ésta, y no el de la responsabilidad contractual, el que cubra las lagunas de regulación de aquélla.

3. LOS ARTIFICIOS DE LA CONSTRUCCIÓN ALEMANA DE LA *CULPA IN CONTRAHENDO*

Por otra parte, la incardinación, dentro la categoría de la responsabilidad precontractual, de las constelaciones de casos que se con-

⁵ Si se está convencido de que la norma que, en el ámbito de la responsabilidad contractual, regula, por ejemplo, la responsabilidad por hecho ajeno o la prescripción extintiva, es más adecuada para la responsabilidad precontractual que la que regula una de aquellas materias en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, deberá preconizarse la intervención del legislador, bien para que sustituya esta norma por aquélla con carácter general para la responsabilidad extracontractual, o bien –de existir una buena razón para ello que no se me alcanza– para que introduzca la norma relativa a la responsabilidad contractual como norma especial sólo de la responsabilidad precontractual.

templán en los párrafos 2 y 3 del apartado (2) y en el apartado (3) del arriba transcrito § 311 BGB, no merece ser imitada. En efecto:

a) Considerar, por ejemplo, casos de *culpa in contrahendo*, por infracción de los llamados «deberes de protección», los supuestos de daños personales causados por accidentes que clientes potenciales (aun sin intención concreta de celebrar un contrato) sufren en el interior de establecimientos comerciales –como así los consideró la jurisprudencia alemana desde la Sentencia del *Reichsgericht* en el famoso «*Linoleumrollenfall*», y se contemplan ahora en los párrafos 2 y 3 del apartado (2) del § 311 BGB–, resulta patentemente artificioso, ya que tales casos pertenecen al «núcleo duro» del ámbito propio de la responsabilidad extracontractual: los accidentes con daños a las personas o a las cosas. Ésta es la opinión dominante incluso en la propia doctrina alemana⁶. Y con buen criterio, el Reglamento (CE) núm. 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de junio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), ha excluido dicho grupo de casos del ámbito de la regulación del Derecho aplicable a la *culpa in contrahendo*, contenida en su artículo 12⁷. En efecto, el Considerando núm. 30 del referido Reglamento dice:

*«La culpa in contrahendo a efectos del presente Reglamento es un concepto autónomo y no debe interpretarse necesariamente dentro del sentido de la legislación nacional. Debe incluir la violación del deber de información y la ruptura de los tratos contractuales. El artículo 12 cubre únicamente las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato. Esto quiere decir que si durante las negociaciones de un contrato una persona sufriera una lesión personal, se aplicaría el artículo 4 [que establece la norma general de conflicto para los casos de responsabilidad extracontractual] o cualquier otra disposición pertinente del Reglamento».*⁸

⁶ Que explica que la consideración del «*Linoleumrollenfall*» como caso de *culpa in contrahendo* obedeció al deseo del *Reichsgericht* de impedir, con la aplicación de la norma del § 278 BGB, que el empresario demandado se exonerase de responder por la conducta negligente del dependiente que atendía a la clienta demandante, que resultó lesionada por la caída de los rollos de linóleo, mediante la prueba de descargo que permite la norma del § 831 BGB.

⁷ A cuyo tenor, «la ley aplicable a una obligación extracontractual que derive de los tratos previos a la celebración de un contrato, con independencia de que el contrato llegue o no a celebrarse, será la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si éste se hubiera celebrado».

⁸ Respecto de los denominados deberes precontractuales de conservación o custodia de cosas –por ejemplo, en los casos en que un concesionario de automóviles deja probar uno a un eventual comprador, o en que el propietario de un yate lo deja en el taller de quien va a presupuestarle una determinada obra de mejora–, considero que relaciones del tipo de las descritas deben considerarse ya propiamente contractuales, análogas a las típicas de los contratos de comodato o de depósito; y que, en consecuencia, sería propiamente contractual la eventual responsabilidad por los daños causados a las cosas en cuestión por dolo o culpa del eventual comprador o contratista de obra, o de sus dependientes.

b) Inapropiado parece también incardinar en el ámbito de la responsabilidad precontractual los casos de responsabilidad de los asesores y expertos que, de muy diferentes maneras, pueden influir en las negociaciones contractuales o en la celebración del contrato, pero que no participan en aquéllas como eventuales partes del contrato de cuya negociación se trata; constelación de casos usualmente analizada bajo el título «*Sachwalterhaftung*» por la doctrina alemana, y que expresamente contempla ahora el apartado (3) del § 311 BGB.

En los ordenamientos jurídicos que cuentan con «sistemas de cláusula general» en materia de responsabilidad extracontractual, ese grupo de casos plantea la específica necesidad de evitar un insoportable (inasegurable) «desbordamiento» de la responsabilidad de los asesores o expertos por mera negligencia –por errores contenidos en sus informes o dictámenes–, si llegara a admitirse a favor de cualquier tercero que haya tenido acceso a ellos y confiado en su corrección para tomar la decisión de celebrar, o no, un contrato. Los intereses que han de ponderarse para determinar el ámbito razonable de «terceros protegidos» en tales casos son claramente diferentes de los que deben ponderarse para decidir el alcance de los deberes de información entre quienes entablan negociaciones para la celebración de un contrato⁹.

4. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN LOS CASOS EN QUE SE CELEBRA UN CONTRATO VÁLIDO

Pese a existir autorizadas opiniones en tal sentido, no hay razón para excluir del ámbito de la responsabilidad precontractual los casos de infracción de deberes de información en los que llega a celebrarse un contrato válido (o anulable por error o por dolo, pero no anulado por la parte que padeció el vicio de consentimiento)¹⁰. Cuestión distinta, sobre la que volveremos más adelante, es la de si, en caso de que las expectativas sobre el contenido de las futuras obligaciones contractuales del infractor generadas en la otra parte por la falta de información o la información incorrecta deban considerarse «términos» del contrato, la concurrencia de los remedios

⁹ Los terceros a que se refiere el citado apartado (3) del § 311 BGB no son, claro ésta, los terceros que participan en las infracciones, por quienes están negociando contratos, de sus deberes precontractuales de conducta. La cuestión de la eventual responsabilidad de dichos terceros, contemplada en una conocida Sentencia de la *Cour de Cassation (Chambre Commerciale)* francesa de 26 de noviembre de 2003 –y que ciertamente tampoco debe encuadrarse en el ámbito de la responsabilidad precontractual– ha de resolverse utilizando los criterios generales aplicables en materia de responsabilidad extracontractual de un tercero por la lesión de un derecho de crédito.

¹⁰ Recuérdese el tenor del artículo 12 del Reglamento «Roma II», citado *supra*, en la nota 7.

propios del incumplimiento contractual –de la falta de conformidad de la prestación con los términos del contrato– deberá excluir, o no, la aplicación del remedio indemnizatorio que es propio de la responsabilidad precontractual. Y avanzamos ya que en modo alguno es evidente que la respuesta tenga que ser afirmativa.

5. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y AUTONOMÍA PRIVADA

No debe ponerse en modo alguno en cuestión que quienes se proponen iniciar o mantienen negociaciones para la celebración de un contrato puedan celebrar acuerdos, jurídicamente vinculantes, en los que pacten expresamente o de los que quepa deducir el contenido de sus deberes de conducta en las futuras negociaciones¹¹, e incluso determinen las consecuencias de su eventual incumplimiento. La consiguiente responsabilidad por daños será, cuando así suceda, de naturaleza obviamente contractual. Y debe reconocerse también la posibilidad de limitar por pacto el *an* y el *quantum* legales de la responsabilidad precontractual no dolosa; bien que respetando, en su caso, las prohibiciones de excluir o limitar la responsabilidad del predisponente, propias de la legislación sobre condiciones generales de la contratación. No hay razón para considerar el régimen legal de la responsabilidad precontractual un mínimo estrictamente imperativo.

II. GRUPOS DE CASOS MÁS RELEVANTES

1. INFRACCIÓN DE LOS DEBERES DE LEALTAD EN LAS NEGOCIACIONES CONTRACTUALES

Categoría de casos, que subdividiremos en tres grupos: (i) infracción de un deber de lealtad que provoca que el contrato no llegue a celebrarse: son los casos usualmente incluidos bajo la expresión «ruptura de los tratos, tratativas o negociaciones contrac-

¹¹ Es frecuente que las negociaciones para la compraventa de empresas vengan precedidas de acuerdos en los que se estipulan deberes recíprocos de exclusividad y de confidencialidad, y se prevé y regula un procedimiento de «*due diligence*». Y de la suscripción, por los que están negociando un contrato, de un *Memorandum of Understanding* en el que dejan constancia de los términos de aquél sobre los que ya existe acuerdo, y pactan continuar negociando de buena fe para alcanzarlo también sobre los demás, deberá seguramente deducirse un deber recíproco de no (ser el primero en) poner en cuestión, en las negociaciones futuras, los términos que constan en el *MoU* como acordados.

tuales»; (ii) infracción de un deber de lealtad que provoca que se celebre un contrato nulo: infracción del deber de no dejar a la otra parte confiar erróneamente, en su propio perjuicio, en que el contrato de cuya negociación se trata resultará válido; y (iii) infracción de un deber de confidencialidad.

1.1 Ruptura de las negociaciones contractuales

Las ideas clave para regular este grupo de casos pueden condensarse así:

a) Reglas generales: (i) libertad de entablar negociaciones contractuales y de romperlas *ad libitum* en cualquier momento, salvo que se haya pactado lo contrario, o se haya emitido una oferta que deba considerarse irrevocable; y (ii) libertad de mantener negociaciones paralelas con distintos interesados en la celebración del contrato, salvo que se haya pactado un deber de exclusividad. Libertades, esas, moderadas por los deberes de lealtad siguientes:

b) Deber de no iniciar ni continuar negociaciones contractuales sin intención real de llegar a un acuerdo con la otra parte.

c) Deber de no hacer creer a la otra parte que se negocia exclusivamente con ella, cuando se está negociando simultáneamente con otros interesados en el contrato.

d) Deber de hacer honor a la legítima confianza generada en la otra parte, por el estadio ya alcanzado por las negociaciones contractuales y otras circunstancias concurrentes, en que el contrato llegaría con seguridad a celebrarse (y en cuya confianza realizó la otra parte gastos o inversiones), salvo que sobrevenga una razón plausible para romper las negociaciones. No se trata –nótese bien– de un «deber de no romper las negociaciones» que hayan alcanzado un determinado estadio¹². La razón plausible que eximirá de responsabilidad puede consistir en que la otra parte venga a modificar su posición negociadora con exigencias sobrevenidas, o inclu-

¹² Por eso, no procede realizar, en orden a determinar la indemnización a pagar por su infracción, un juicio hipotético acerca de lo que habría sucedido si las negociaciones hubiesen continuado. Volveremos después sobre la cuestión; pero dejemos ya constancia de que la famosa Sentencia de 18 de junio de 1982 del *Hoge Raad* holandés en el caso *Plas/Valburg* (NJ 1983, 723) afirmó la posible existencia de un deber de buena fe de «no romper las negociaciones», cuando hubiesen alcanzado el «tercer estadio» que describe el párrafo siguiente de dicha Sentencia:

«No es imposible que las negociaciones relativas a un contrato puedan alcanzar un estadio tan avanzado que el acto de romperlas, como tal, pueda ser considerado, dadas las circunstancias concurrentes, como infracción de la buena fe, sobre la base de que quepa asumir que las partes han confiado mutuamente en la expectativa de que algún tipo de contrato habría resultado en cualquier caso de las negociaciones. En una tal situación puede ser legítimo concluir que existe una obligación de indemnizar el lucro cesante.»

so en el hecho de que aparezca una oferta mejor de otro interesado en el contrato. No procede ser riguroso a este respecto, sino, por el contrario, en los requisitos para calificar de «legítima» la confianza en que era ya seguro que el contrato llegaría a celebrarse. Y el que desee una protección mayor para sus gastos e inversiones precontractuales, que trate de acordarla de antemano con aquél con quien va a iniciar o mantiene las negociaciones. Si no lo hace así, o no lo consigue, gastará e invertirá a su propio riesgo.

En principio, que una de las partes se niegue a cumplimentar la forma legal necesaria para la validez de un contrato acordado ya en todos sus términos es una conducta adecuada a la finalidad de protección frente a la precipitación al contratar, que es típica de las normas que imponen formalidades *ad solemnitatem*. Como regla, por lo tanto, aquella parte no incurrirá en responsabilidad, si (no sólo ella sino) también la otra parte conocía la exigencia de forma para la validez del contrato que negociaba¹³. Pero, excepcionalmente, la solución habrá de ser la contraria cuando concurren circunstancias que justifiquen una «confianza cualificada» de la otra parte en que el contrato finalmente se formalizaría: por ejemplo, se ha asegurado a la otra parte, para que se avenga a posponer la formalización, que ésta se realizará con seguridad en otra fecha; o se ha dado ya comienzo a la ejecución del contrato, o inducido a la otra parte a que vaya anticipando su propia prestación. La mera confianza en que la otra parte cumplirá lo pactado sin la forma legalmente exigida no basta: el que libremente confía en una «palabra de caballero», en vez de confiar en el Derecho, tendrá que conformarse si, a la postre, el «caballero» no cumple su palabra no formalizada conforme a Derecho.

e) La indemnización procedente, en el grupo de casos que venimos analizando, será la que procure dejar al perjudicado por la infracción del deber en la situación en la que se habría encontrado si las negociaciones desleales no se hubiesen iniciado, o si no hubiese llegado a confiar legítimamente en la segura celebración del contrato: una indemnización en la medida del denominado «interés de confianza» o «interés contractual negativo» del perjudicado. Poner a cargo del infractor del deber una indemnización en la medida del denominado «interés en el cumplimiento» o «interés contractual positivo» del perjudicado, que es la dirigida a dejarle en la situación en la que se habría encontrado si el contrato se hubiera celebrado y cumplido –y la medida indemnizatoria que se compadecería con la errónea tesis de que la lealtad en las negociaciones puede llegar a imponer el deber de no romperlas cuando han

¹³ Los casos en que la otra parte ignora que la ley exige una forma *ad solemnitatem* serán analizados más adelante, en el apartado II.1.2 del presente trabajo.

alcanzado cierto estadio—, comportaría una injustificable limitación de la libertad de (no) contratar del infractor del deber de lealtad: una injustificable compulsión a contratar¹⁴.

La indemnización en la medida del interés de confianza puede incluir, además del concepto «gastos, inversiones o desinversiones que han devenido inútiles o perjudiciales», el concepto «oportunidades perdidas de haber celebrado contratos alternativos con terceros». En cuanto a las exigencias de prueba de la causalidad a este respecto (y a la posibilidad de pretender una indemnización porcentual por la «pérdida de oportunidad» en sí misma considerada), los criterios de decisión no tienen por qué ser diferentes a los aplicables para la responsabilidad extracontractual en general: de ningún modo cabe predicar para el grupo de casos de que se trata exigencias menos rigurosas. Y no se olvide que, salvo que exista pacto de exclusividad, el hecho de mantener negociaciones contractuales con una persona no impide celebrar con otra un contrato alternativo; ni que la preparación de un tal contrato podría haber comportado también gastos, inversiones o desinversiones semejantes.

La muy discutida cuestión de si la medida del interés en el cumplimiento o interés contractual positivo del perjudicado debe constituir el límite máximo de la indemnización en la medida de su interés contractual negativo, ha de resolverse, en mi opinión, en sentido afirmativo; pues, en efecto, resulta irrazonable que la indemnización termine dejando al perjudicado por haber confiado en la celebración de un contrato en una situación patrimonial mejor que aquella en la que se habría encontrado si el mismo contrato hubiese llegado a celebrarse y cumplirse. Y aunque es cierto que en este grupo de casos el perjudicado no puede alegar a su favor, para obtener una indemnización en el importe de su interés positivo, «lo que habría ocurrido si las negociaciones contractuales hubieran concluido con éxito», no cabe deducir sin más de ello que resultaría injusto permitir que el infractor del deber lo alegara, a fin de limitar hasta aquel importe la normal indemnización en la medida del interés negativo del perjudicado; pues es difícil negar que el ofrecer, al cabo, a la otra parte la celebración del contrato en los términos en que confiaba legítimamente en celebrarlo, constituiría una «conducta alternativa conforme

¹⁴ No puede, por ello, acogerse la tesis de la Sentencia del *Hoge Raad* citada *supra*, en la nota 12. Cuestión distinta es que, en uno de los acuerdos que hemos dejado contemplados en la nota 11, se haya pactado expresamente una indemnización en la medida del interés positivo para el incumplimiento del deber de seguir negociando de buena fe; o que, excepcionalmente, proceda una indemnización en esa medida por el incumplimiento del deber implícito de no provocar, poniendo en cuestión lo que se hizo constar como ya acordado, la ruptura de las últimas negociaciones de detalle que, de otro modo, hubieran conducido con seguridad a la celebración del contrato.

a Derecho» del infractor, que impediría la imputación objetiva de los daños que excedieran el interés contractual positivo de aquél. Ciertamente, la sin duda estricta carga de la prueba al respecto corresponderá al infractor: deberá indemnizar al perjudicado en la plena medida de su interés contractual negativo, siempre que reste cualquier duda razonable sobre el importe del (hipotético) interés contractual positivo de aquél. Pero si, por ejemplo, el infractor llegara a demostrar, con una seguridad rayana en la certeza, que la ruptura de las negociaciones ha librado a la otra parte de una operación que le habría reportado pérdidas, no resultaría justo imponer al repetido infractor, aun si doloso, responsabilidad precontractual alguna.

Conviene examinar, en fin, los modelos de regulación contenidos en el artículo 2.1.15 PU; el artículo 2:301 PECL; el artículo II.- 3:301 DCFR; y los apartados 1, 2, 4 y 5 del artículo 1245 de la *Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* [PMDOC], publicada en el año 2009 por el Ministerio de Justicia de España.

Artículo 2.1.15 PU (Negociaciones de mala fe)

(1) *Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.*

(2) *Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños causados a la otra parte.*

(3) *En particular, se considera de mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.*

Artículo 2:301 PECL: Negociaciones contrarias a la buena fe

(1) *Las partes son libres de negociar y no son responsables por el hecho de que no se alcance un acuerdo.*

(2) *Sin embargo, la parte que haya negociado o roto las negociaciones de forma contraria a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios será responsable de los perjuicios causados a la otra parte.*

(3) *Es contrario a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios, en particular, que una parte entable o mantenga negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra parte.*

Artículo II.-3:301 DCFR: Negociaciones contrarias a la buena fe y la lealtad en los negocios

(1) *Una persona es libre de negociar y no es responsable por el hecho de que no se alcance un acuerdo.*

(2) *Una persona que esté en negociaciones tiene un deber de negociar de conformidad con las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios y de no romper las negociaciones de forma con-*

traria a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios. Este deber no puede ser excluido o limitado mediante contrato.

(3) La persona que haya infringido el deber será responsable de cualquier perjuicio causado a la otra parte por la infracción.

(4) Es contrario a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios, en particular, que una parte entable o mantenga negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra parte.¹⁵

Artículo 1245 PMDOC

1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento.

2. En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe.

3. [Relativo al deber de confidencialidad, del que nos ocuparemos más adelante]

4. La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra.

En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo.

5. La infracción de los deberes de que tratan los artículos anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto de apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones.

Mi discrepancia esencial con dichos modelos de regulación, en general aceptables, reside en las palabras con las que termina el apartado (2) del artículo II.-3:301 DCFR: «*Este deber no puede ser excluido ni limitado mediante contrato*». Puesto que la infracción del deber puede sin duda ser meramente culposa, no veo ninguna razón para tal prohibición, fuera del marco de la contratación con consumidores o mediante condiciones generales. No se me alcanza razón alguna por la que haya que prohibir, por ejemplo, a dos empresarios que se proponen entablar negociaciones contractuales, que pacten que, de romperse aquéllas, ninguno podrá pedir al otro indemnización por las oportunidades perdidas de celebrar contra-

¹⁵ Tanto para las infracciones de los deberes de lealtad en las negociaciones que ahora nos ocupan, como para las de los demás deberes precontractuales tanto de lealtad como de información, dispone el artículo II.-3:501 DCFR:

(1) Cuando cualquier regla en este Capítulo haga a una persona responsable del perjuicio causado a otra persona por una infracción de un deber, la otra persona tiene derecho a la indemnización de ese perjuicio.

(2) Se aplicarán las reglas III.-3:704 (Perjuicio imputable al acreedor) y III.-3:705 (Mitigación del perjuicio), con la adaptación de que la referencia al incumplimiento de la obligación se entenderá hecha a la infracción del deber.

La función del apartado (1) no parece otra que la de aclarar que la responsabilidad que contempla es de naturaleza indemnizatoria.

tos alternativos con terceros; o por gastos en asesores legales superiores a una determinada cantidad.

Como propuesta de regulación de este grupo de casos en un futuro Código Latinoamericano de Contratos, considero, además, que sería conveniente precisar que la indemnización debe dirigirse a dejar al perjudicado por la infracción del deber en la situación en la que se habría encontrado si las negociaciones desleales no se hubiesen iniciado, o si no hubiese llegado a confiar legítimamente en la segura celebración del contrato¹⁶. Una precisión que, de haberse incluido en el apartado (3) del artículo II.- 3:301 DCFR, habría evitado cualquier posibilidad de entender que la referencia a un «*deber de no romper las negociaciones*» contenida en su apartado (2) permitiría incluir, en la expresión «*cualquier perjuicio causado a la otra parte por la infracción*» del referido deber, la posibilidad de una indemnización en la medida del interés contractual positivo del perjudicado¹⁷. Inequívoco a tal respecto es el apartado 5 del artículo 1245 PMDOC, cuyo apartado 1 remacha, además, que las partes son libres para abandonar o romper las negociaciones «*en cualquier momento*».

Y para terminar: la expresión «*de forma contraria a las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios*» de los citados artículos de los PECL y el DCFR es preferible a la expresión «*de mala fe*» de los PU y la PMDOC, que ciertamente acentúa la indudable excepcionalidad de la responsabilidad en este grupo de casos, pero parece teñida de un ingrediente subjetivo de dolo o malicia, que no resulta imprescindible para que la responsabilidad proceda¹⁸.

¹⁶ Una precisión adicional del tipo «*con el límite de no dejarle en una situación mejor que aquella en la que se habría encontrado si el contrato hubiera llegado a concluirse en los términos en que confiaba legítimamente en celebrarlo*», se podría muy bien omitir, encomendando esa discutible cuestión a la doctrina y la jurisprudencia de cada país.

¹⁷ Ciertamente, en el Comentario oficial al referido Artículo se dice que «*the aggrieved party cannot claim to be put in the position in which that party would have been if the contract had been duly concluded and if the obligations under it had been duly performed*» [Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition, Munich 2009, pág. 248]. Pero, en mi opinión, no ha sido afortunado referirse a un «*deber de no romper las negociaciones*». La menos comprometida referencia de los otros Artículos citados al hecho de que las negociaciones se hayan roto, como supuesto generador de la obligación de indemnizar, puede aceptarse por razones de sencillez o economía de lenguaje.

¹⁸ Completamente diferentes a los casos examinados hasta aquí son aquellos en los que no llega a celebrarse cierto contrato que una persona pretendía celebrar con otra porque lo impide una conducta imputable a esa otra persona, y puede afirmarse de ésta que tenía un deber legal, o una previa obligación contractual, de posibilitar a la primera la celebración del contrato en cuestión. Por ejemplo, una conducta imputable a la Administración que ha convocado un concurso público para la elección de un contratista impide que participe en el concurso una persona que, atendida la oferta que habría presentado, sin duda lo habría ganado; o una conducta imputable al organizador privado de cierto concurso para elegir con quien celebra cierto contrato, comporta que aquél incumpla su previa obligación contractual de posibilitar que participase en dicho concurso una persona que con seguridad lo habría

1.2 **Infracción del deber de no dejar a la otra parte confiar erróneamente, en su propio perjuicio, en que el contrato de cuya negociación se trata resultará válido**

El análisis de este grupo de casos, objeto esencial del famosísimo trabajo pionero de Ihering sobre la *culpa in contrahendo*, requiere en la actualidad dos delimitaciones previas:

a) Si se acoge la regla –contenida en los artículos 3.3.(1) PU, 4:102 PEDC, II.-7:102 DCFR y 1303 PMDOC, y que indudablemente debería incorporar un futuro Código Latinoamericano de Contratos– de que la imposibilidad originaria de cualquiera de las prestaciones pactadas, por sí sola, no afecta a la validez del contrato, resultará obviamente excluida la posibilidad de encontrar un caso de responsabilidad precontractual, del grupo ahora analizado, en el hecho de que, al tiempo de negociar el contrato, una de las partes conociera o debiera conocer, y la otra no, la imposibilidad originaria de su prestación conforme al contrato.

b) La segunda delimitación se refiere a aquellos contratos para cuya validez la ley exige una determinada forma. Existe general consenso doctrinal y jurisprudencial acerca de que una de las manifestaciones típicas del juego de la buena fe como límite al ejercicio de los derechos, facultades, acciones y excepciones es el llamado «*abuso de la nulidad por motivos formales*». Si una de las partes omite cumplimentar la forma que sabe exigida por la ley para la validez del contrato, exigencia legal que sabe también que la otra parte ignora, con el fin de dejarse abierta una «puerta trasera» para «librarse del contrato» si después no le interesara cumplirlo, no podrá ampararse frente a la otra parte en la nulidad del contrato por falta de forma: la otra parte podrá tener el contrato por válido frente a la primera, si conviene a su interés, siempre que concurren los demás requisitos necesarios para su validez; pretendiendo, incluso, de la primera el cumplimiento en forma específica de sus obligaciones contractuales.

Resulta obvio que, en casos como el descrito, de provocación dolosa de la nulidad por falta de forma, la parte que ignoraba que la ley la exigía *ad solemnitatem* no tiene necesidad del remedio de la responsabilidad precontractual. Que procederá, en cambio, cuando una de las partes, por mera negligencia, haya dejado a la otra confiar erróneamente, en su perjuicio, en que no se requería forma para la validez del contrato.

ganado. En este tipo de casos, sí procederá una indemnización en la medida del interés contractual positivo: la que deje al perjudicado en la situación en la que se habría encontrado si el contrato que pretendía celebrar se hubiese efectivamente celebrado.

Para la medida de la indemnización en ese grupo de casos, vale lo que dejamos escrito en el precedente apartado II.1.1. Admitir la posibilidad de indemnizar al perjudicado en la medida de su interés contractual positivo bajo la hipótesis de que, si el infractor no hubiera ignorado por su culpa que la ley exigía la forma para la validez del contrato, se hubiese formalizado en su momento, desconocería la finalidad típica de la exigencia legal de forma *ad solemnitatem*. El perjudicado no tenía derecho a que el infractor culposo del deber formalizase el contrato, sino sólo a que hubiera empleado la diligencia exigible para no dejarle creer erróneamente, en su perjuicio, que había concluido un contrato válido. En fin, la eventual culpa concurrente del perjudicado dará lugar a una reducción de la cuantía indemnizatoria.

Analizaremos ahora, a la luz de lo anterior, el modelo de regulación contenido en el apartado (2) del artículo II.-1:106 DCFR.

Artículo II.-1:106 DCFR: Forma

(1) [Establece la regla general de libertad de forma de los contratos y actos jurídicos]

(2) *Cuando un contrato u otro acto jurídico sea inválido por la sola razón de no haberse cumplimentado un específico requisito de forma, una parte (la primera parte) responderá de cualquier perjuicio sufrido por la otra (la segunda parte), por actuar en la creencia razonable, pero errónea, de que era válido, si la primera parte:*

(a) *sabía que era inválido,*

(b) *sabía o podía razonablemente esperarse que supiera que la segunda parte estaba actuando en potencial perjuicio de sí misma, en la errónea creencia de que era válido; y*

(c) *contra las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios, dejó a la segunda parte seguir actuando de ese modo.*

La crítica que nos merece el citado apartado no podrá sorprender. La consecuencia jurídica adecuada para los casos que contempla no es la indemnización de perjuicios que prevé (por cierto, sin mayor precisión sobre la medida de indemnización). Puesto que la conducta de «*la primera parte*» que describe amerita el calificativo de «dolosa», la consecuencia adecuada ha de ser que «*la primera parte*» no pueda ampararse frente a «*la segunda parte*» en la invalidez por falta de forma del contrato o acto jurídico en cuestión¹⁹.

¹⁹ Si se establece una determinada forma legal para la celebración del contrato de seguro, no debería considerarse requisito de validez del contrato, al menos en perjuicio del asegurado. Esta es, a mi juicio, la vía más adecuada para evitar resultados injustos en los casos en que, por causa imputable a (un dependiente de) la compañía aseguradora, no llega a formalizarse el contrato de seguro con quien seguidamente sufre un siniestro que realiza el riesgo objeto del contrato. Sin duda mejor que el recurso a la responsabilidad precontractual de la compañía aseguradora. Que no me parece tampoco la vía de solución adecuada para los casos en que la póliza del seguro contiene una cláusula de exclusión de la

Resta ocuparse de la responsabilidad precontractual en los casos de nulidad del contrato por razón de su ilegalidad: porque infringe una norma legal imperativa. Existen, al respecto, dos modelos de regulación, contenidos en el artículo 15:105 PECL y el artículo II.-7:303 DCFR, que transcribimos seguidamente.

Artículo 15:105 PECL: Indemnización de daños y perjuicios

(1) *Una parte de un contrato que resulta ineficaz conforme a los artículos 15:101 o 15:102 [contratos contrarios a principios fundamentales o que infringen normas imperativas] podrá exigir de la otra parte una indemnización de daños y perjuicios que ponga a la primera parte en la situación más semejante posible a la que habría tenido si el contrato no se hubiera celebrado, siempre que la otra parte conociera o debiera haber conocido la causa de la ineficacia.*

(2) *En orden a decidir si debe concederse la indemnización de daños y perjuicios prevista en el apartado (1), deberá tomarse en consideración los factores contemplados en el artículo 15:102(3). [Los factores para determinar la sanción adecuada para la infracción de la norma imperativa de que se trate].*

(3) *La indemnización de daños y perjuicios podrá denegarse si la primera parte conoció o debió haber conocido la causa de ineficacia.*

Artículo II.-7:304 DCFR: Indemnización de perjuicios

(1) *Una parte de un contrato que es nulo o anulado, en todo o en parte, bajo a esta Sección [titulada: «Infracción de principios fundamentales o normas imperativas»], tiene derecho a ser indemnizado por la otra parte de cualquier perjuicio sufrido a consecuencia de la invalidez, siempre que la primera parte no conociera ni pudiera razonablemente esperarse que hubiera conocido la infracción.*

(2) *La indemnización procedente será la necesaria para poner a la parte perjudicada en la situación más semejante posible a aquella en la que esa parte se habría encontrado si el contrato no se hubiera celebrado, o no hubiera incluido la cláusula prohibida.*

No tengo ninguna objeción fundamental a dichos modelos de regulación. La inicial confusión que podría crear la expresión «*de cualquier perjuicio sufrido a consecuencia de la invalidez*», en el apartado (1) del artículo II.- 7:304 DCFR, queda aclarada en su apartado (2). Sin duda, hay que entender las palabras «*si el contrato no se hubiera celebrado*» de ambos artículos en el sentido de «*si la parte perjudicada no hubiera confiado erróneamente, por culpa de la otra parte, en la validez del contrato*». Y las palabras «*o no hubiera incluido la cláusula prohibida*» del apartado (2) del artículo

cobertura de la que el asegurado no fue correctamente informado. La vía adecuada es una norma de no incorporación de tal cláusula al contenido del contrato: véanse, por ejemplo, el artículo 2:104 PECL y el artículo II.- 9:103 DCFR.

lo II.- 7:304 DCFR, permitirán a la parte perjudicada resarcirse, no sólo de cualquier gasto o inversión que haya hecho confiando erróneamente en la validez de la cláusula en cuestión y que haya devenido inútil, sino también de cualquier sanción que le haya reportado la inclusión de la cláusula prohibida; aunque será poco frecuente que se dé el caso, ya que se parte del supuesto de que la parte perjudicada no conoció ni debió haber conocido la infracción.

Ahora bien, entiendo que merece reconsideración que el hecho de que la parte perjudicada debiera razonablemente haber conocido la infracción de la norma imperativa de que se trate, sin haberla efectivamente conocido, excluya totalmente la indemnización, en vez de reducir, en su caso, su cuantía. Pienso, obviamente, en los casos en que la otra parte sí conociera la infracción, o pudiera haberla conocido con mucha mayor facilidad que la parte perjudicada.

1.3 Infracción del deber de confidencialidad

En esta materia, bastará transcribir los modelos de regulación recogidos en el artículo 2.1.16 PU; el artículo 2:302 PECL; el artículo II.- 3:302 DCFR; y los apartados 3 y 5, inciso primero, del artículo 1245 PMDOC.

Artículo 2.1.16 PU (Deber de confidencialidad)

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra parte tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

Artículo 2:302 PECL: Infracción de la confidencialidad

Si una parte proporciona información confidencial en el curso de las negociaciones, la otra parte tiene el deber de no revelar esa información ni utilizarla para sus propios fines, se haya posteriormente celebrado un contrato, o no. El remedio por la infracción de este deber puede incluir una compensación por el perjuicio sufrido y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte.

Artículo II.-3:302 DCFR: Infracción de la confidencialidad

(1) Si una parte proporciona información confidencial en el curso de las negociaciones, la otra parte tiene el deber de no revelar esa información ni utilizarla para sus propios fines, se haya posteriormente celebrado un contrato, o no.

(2) En este artículo «información confidencial» significa información que, por su naturaleza o por las circunstancias en que fue obtenida, la parte que recibe la información sabe o puede razonablemente esperarse que sepa que es confidencial de la otra parte.

(3) *La parte que razonablemente prevea una infracción del deber podrá obtener una orden judicial que la prohíba.*

(4) *La parte que haya infringido el deber será responsable de cualquier perjuicio causado a la otra parte por la infracción y podrá ser condenada a transferir a la otra parte cualquier beneficio obtenido mediante el incumplimiento.*

Artículo 1245 PMDOC

1. [Transcrito supra, en el apartado II.1.1]
2. [Transcrito supra, en el apartado II.1.1]
3. *Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido sólo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse.*
4. [Transcrito supra, en el apartado II.1.1]
5. *La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios.* [El resto transcrito supra, en el apartado II.1.1]

El modelo contenido en el DCFR parece el más adecuado. La redacción del apartado 3 del artículo 1245 PMDOC es poco clara; aunque sin duda quiere decir que la información sólo se podrá revelar o utilizar si el contrato efectivamente se celebra, y en la medida en que resulte de su contenido. Bastaría añadir al final del apartado (1) del artículo II.-3:302 DCFR la frase «*salvo en la medida que resulte del contrato que llegue efectivamente a celebrarse*». Parece, en fin, plausible admitir la posibilidad de que el infractor del deber de confidencialidad deba transferir a la otra parte el beneficio obtenido mediante la infracción.

2. INFRACCIÓN DEL DEBER DE REVELAR INFORMACIÓN O DE INFORMAR CORRECTAMENTE A LA OTRA PARTE EN LAS NEGOCIACIONES, QUE PROVOCA QUE ÉSTA CONSIENTA UN CONTRATO QUE, SI EL DEBER NO SE HUBIESE INFRINGIDO, NO HABRÍA CELEBRADO, O NO HABRÍA CELEBRADO CON LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES CON LOS QUE LO CELEBRÓ

2.1 Caracterización general del grupo de casos. Precisiones terminológicas

La caracterización de esta constelación de casos es, en principio, bastante sencilla. Cuando, durante las negociaciones de un contrato, una de las partes infringe dolosa o culposamente un

deber de revelar a la otra parte cierta información, o le proporciona una información falsa o incorrecta, y ello provoca que la otra parte consienta un contrato que, si hubiera recibido la información debida o correcta, no habría celebrado, o no habría celebrado con los términos y condiciones con los que lo celebró, la parte infractora deberá indemnizar a la otra parte en la medida necesaria para dejarla en la situación en la que se habría encontrado si, al tiempo de contratar, hubiera contado con la información debida o correcta; o dicho de otra manera, si al tiempo de contratar hubiera sabido la verdad, la realidad de las cosas, acerca de los hechos o circunstancias objeto de la información omitida, falsa o incorrecta.

Nótese bien: no, en la medida necesaria para dejar a la otra parte en la situación en que la se habría encontrado si la realidad de las cosas hubiera sido la que aquélla razonablemente se representó a causa de la falta de información o de la información incorrecta. Esta sería la medida de la indemnización que es propia de la responsabilidad contractual: indemnización en la medida del *expectation interest*; que es la expresión, en lengua inglesa, para designar nuestro interés en el cumplimiento o interés contractual positivo, y que resulta especialmente plástica para el presente grupo de casos. La descrita más arriba es, en cambio, la medida de la indemnización característica de la responsabilidad precontractual por infracción del deber de información: la medida del *reliance interest* o interés de confianza. Bien que advirtiéndolo de inmediato que, en la presente constelación de casos, a diferencia de en las analizadas en las páginas precedentes, no se trata de la errónea confianza en que llegaría a celebrarse un contrato y que sería un contrato válido –en los casos que nos ocupan, se celebra un contrato que puede ser perfectamente válido, o que, si fuese anulable por error o por dolo, podría no ser anulado por la otra parte–, sino la errónea confianza en la representación de la realidad producto de la información omitida o incorrecta; confianza ésa, que habría provocado que la parte a quien se le generó consintiese un contrato que, de haber conocido la realidad de las cosas al tiempo de contratar, no habría celebrado, o no habría celebrado con los términos y condiciones con los que lo celebró. En fin, aunque es cierto que los conceptos contrapuestos «interés contractual positivo» e «interés contractual negativo» nacieron contemplando sólo los supuestos de *culpa in contrahendo* en los que no se llega a concluir un contrato o el contrato celebrado es nulo, pueden también utilizarse en este grupo de casos en el sentido siguiente: indemnizar al perjudica-

do por el deber de información en la medida de su «interés contractual negativo» significará «ponerle en la situación en la que se habría encontrado si el contrato no se hubiese celebrado»; indemnizarle en la medida del «interés contractual positivo» significará «ponerle en la situación en que se habría encontrado si el contrato se hubiese celebrado con términos y condiciones más favorables para aquél». En este sentido –nótese bien– el «interés contractual positivo» no se identifica con el *expectation interest* o interés en el cumplimiento, sino que es una de las dos variantes alternativas del *reliance interest* o interés de confianza, más arriba definido. La otra variante sería el aquí llamado «interés contractual negativo».

Es esencial que las precisiones terminológicas anteriores queden bien claras, ya que rompen con la tradicional identificación entre el *expectation interest* o interés en el cumplimiento y el interés contractual positivo, utilizada en los grupos de casos precedentes. A fin de ilustrarlas mejor, pongamos el ejemplo de un contrato de compraventa en el que haya sido el vendedor quien infringió dolosa o culposamente un deber precontractual de información, generando en el comprador falsas expectativas sobre la utilidad para él de la cosa comprada. Y sea *VR*: el valor real de la cosa comprada; *P*: el precio pagado por el comprador; *VI*: el valor que la cosa habría tenido, si su utilidad para el comprador se hubiese correspondido con las expectativas generadas por la falta de información o la información incorrecta; y *PH*: el precio que habría pagado el comprador (y aceptado cobrar el vendedor) por la cosa si no se hubiese producido la infracción del deber de información, esto es, si el comprador hubiera conocido la realidad de las cosas al tiempo de contratar. Pues bien:

La medida típica de la indemnización del *expectation interest* o interés en el cumplimiento vendría representada por la fórmula $VI - VR$ ²⁰; la del *reliance interest* o interés de confianza en su variante «interés contractual negativo», vendría representada por la fórmula $P - VR$; y en su variante «interés contractual positivo», por la fórmula $P - PH$.²¹

²⁰ O, alternativamente, por el coste para el comprador de hacer realidad las expectativas de utilidad de la cosa para él generadas por la infracción del deber precontractual de información. Que serían, una o la otra, las medidas de la indemnización que indudablemente podría exigir el comprador por la responsabilidad contractual del vendedor, en caso de que aquellas expectativas debieran considerarse incorporadas al contrato de compraventa como un término del mismo.

²¹ La fórmula correspondiente a la acción de reducción del precio o *quanti minoris*, que también correspondería al comprador en el supuesto contemplado en la precedente nota 20, sería $P - P \times VR/VI$, o lo es lo mismo, $P(1 - VR/VI)$.

2.2 Alcance del deber precontractual de revelar información a la otra parte

La esencial cuestión de hasta dónde llega, o debería hacerse llegar, el deber precontractual de revelar información –o como quizá sería más correcto decir, al menos para la contratación entre partes sin sustanciales asimetrías informativas, hasta dónde llega o debería hacerse llegar el reconocimiento, a una parte de un contrato, de remedios anulatorios, resolutorios o indemnizatorios basados en el hecho de que la otra parte no le proporcionó una información relevante para su decisión de celebrar el contrato en los términos y condiciones pactados, en lugar de atenerse a las exigencias del principio general de autorresponsabilidad o carga de autoinformarse–, no puede afrontarse en este trabajo ni siquiera con un mínimo detalle. Nos limitaremos a señalar que los Artículos II.- 3:101 a II.- 3:108 DCFR han tratado de establecer reglas generales al respecto, de las que transcribimos a continuación las más generales.

Artículo II.-3:101 DCFR: Deber de revelar información sobre bienes, otros activos y servicios

(1) Con anterioridad a la celebración de un contrato para el suministro de bienes, otros activos y servicios por un empresario a otra persona, el empresario tiene el deber de revelar a la otra persona aquella información relativa a los bienes, otros activos o servicios que se suministrarán que la otra persona pueda esperar razonablemente, teniendo en cuenta los estándares de calidad y cumplimiento que serían normales según las circunstancias.

(2) Para valorar qué información puede la otra parte esperar razonablemente que le sea relevada, el criterio que se aplicará, cuando la otra parte sea un empresario, será el de si el no proporcionar la información se apartaría de las buenas prácticas comerciales.

Artículo II.-3:102 DCFR: Deberes específicos para los empresarios que comercian con consumidores

(1) Cuando un empresario comercialice bienes, otros activos o servicios con un consumidor, el empresario tendrá el deber de no proporcionar información engañosa. La información es engañosa si no representa correctamente u omite hechos relevantes que el consumidor medio podía esperar que se le dieran para tomar una decisión informada sobre si dar pasos o no hacia la celebración de un contrato. Para valorar qué podía esperar un consumidor medio que se le diera, deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado [...]

En fin, conviene transcribir también el apartado (3) del Artículo II.- 7:205 DCFR, de redacción prácticamente idéntica al apartado (3) del Artículo 4:107 PECL, porque, aunque incluido en sede

del dolo como vicio del consentimiento, tiene obviamente aplicación más general.

Artículo II.-7:205 DCFR: Dolo

(3) *Para determinar si las exigencias de la buena fe y la lealtad en los negocios requerían de una parte que revelase cierta información, se tendrán en cuenta todas las circunstancias, incluidas:*

- (a) *si esa parte tenía especiales conocimientos técnicos;*
- (b) *el coste para esa parte de adquirir la información relevante;*
- (c) *si la otra parte podía razonablemente adquirir la información por otros medios; y*
- (d) *la visible importancia de la información para la otra parte.*

2.3 Problemas de concurrencia de remedios

Como ya hemos avanzado, en los casos del grupo que venimos analizando, junto al remedio indemnizatorio característico de la responsabilidad precontractual, podrán concurrir (o no) los remedios propios del incumplimiento contractual: de la falta de conformidad con los términos del contrato de la prestación de la parte que infringió su deber de información. Así sucederá, cuando las expectativas que, sobre el contenido de esa prestación, generó en la otra parte la falta de información o la información incorrecta deban considerarse «términos» del contrato.²²

La respuesta a la cuestión de si, cuando efectivamente concurren, deban excluir el juego del remedio de la responsabilidad precontractual, es ciertamente discutible. En mi opinión, habrá de ser la misma que se adopte, con carácter general, para los supuestos de concurrencia de los remedios de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Y que, por principio, deberá ser una que no permita que, mediante el simple recurso al segundo de ellos, se prive de eficacia a pactos de limitación de responsabilidad legalmente válidos, o se eluda la aplicación de aquellas normas reguladoras de la responsabilidad contractual cuya específica finalidad sea limitar su alcance. Pero, asegurado lo anterior, no parece rechazable permitir al perjudicado optar por pedir una indemnización en la medida del *reliance interest* o interés de confianza, cuando le resulte difícil probar con la necesaria certidumbre el importe de su *expectation interest* o interés en el cumplimiento; optar, esto es, por considerar el contra-

²² Véanse, por ejemplo, los artículos 6:101 PECL (Declaraciones de las que nacen obligaciones contractuales) y II.-9:102 DCFR (Determinadas declaraciones precontractuales consideradas términos del contrato).

to como «hecho dañoso» en lugar de como «promesa generadora de expectativas de lucro jurídicamente protegidas».

En fin, podrá también concurrir (o no) con el remedio de la responsabilidad precontractual el de la anulación del contrato por error o por dolo. Debe mantenerse, sin duda, la regla de que se trata de remedios perfectamente compatibles²³.

2.4 Medida de la indemnización

Procede distinguir los tres supuestos siguientes:

a) La infracción del deber de información fue constitutiva de dolo o causó a la otra parte un error legalmente bastantes para anular el contrato, y la otra parte opta por anularlo.

En mi opinión, en dicho supuesto, la medida de la indemnización procedente es la del interés contractual negativo de la otra parte: la necesaria para dejar a la otra parte en la situación en la que se habría encontrado si el contrato no se hubiese celebrado; o dicho de otro modo, si nunca hubiera entablado con el infractor del deber de información las negociaciones dirigidas a la celebración del contrato.

La tesis de que, en caso de engaño doloso, el perjudicado pueda exigir una indemnización en la medida de su *expectation interest* o interés en el cumplimiento no debe ser acogida, a pesar de su rai-gambre en el Derecho Romano y de que siempre ha contado con defensores muy autorizados. Ello sólo ocurrirá cuando la falsa representación generada en la otra parte por el engaño doloso deba considerarse incorporada al contrato como un término del mismo y, por lo tanto, el infractor doloso del deber precontractual de información haya efectivamente incurrido en un incumplimiento contractual por falta de conformidad de su prestación con los términos del contrato. Y no tiene por qué ser necesariamente así.

b) La infracción del deber de información fue constitutiva de dolo o causó a la otra parte un error legalmente bastantes para anular el contrato, pero aquélla opta por confirmarlo o pierde por caducidad la facultad de anularlo.

²³ También, la regla de que la concurrencia de los remedios propios del incumplimiento contractual no excluye el de la anulación del contrato por dolo. Más discutible es la cuestión respecto de la anulación por error. El Artículo 3.7 PU dice: «Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento». Los artículos 4:119 PECL y II.-7:216 DCFR, en cambio, reconocen la posibilidad de optar en todo caso por unos u otros remedios.

c) La infracción del deber de información no constituyó dolo ni causó a la otra parte un error legalmente bastantes para permitirle la anulación del contrato.

En mi opinión, también en ambos supuestos, la medida de la indemnización procedente es la del interés contractual negativo de la otra parte: la necesaria para dejar a la otra parte en la situación en la que se habría encontrado si el contrato no se hubiese celebrado. Que, ahora, será normalmente igual a la diferencia entre el valor de la prestación contractual que realizó a favor del infractor del deber de información y el valor de la prestación recibida del infractor (la que, en nuestro ejemplo del apartado II.2.1, vendría representada por la fórmula $P - VR$); pero que podrá ser mayor, si de la celebración del contrato se derivasen ulteriores perjuicios (*consequential losses*) para la otra parte. Su eventual culpa concurrente, o la infracción de su deber de mitigar su daño, darán lugar a una reducción de la cuantía indemnizatoria²⁴.

En los supuestos que ahora nos ocupan, no hay razón alguna para sostener que el importe del *expectation interest* o interés en el cumplimiento de la otra parte ($VI - VR$ en el ejemplo del apartado II.2.1) deba ser el límite máximo de la indemnización en la medida de su interés contractual negativo. Es más, ni siquiera en el caso de que, en el contrato celebrado, el valor objetivo de la prestación de la parte que padeció la infracción del deber de información hubiera sido mayor que el de la prestación que aquella esperaba recibir del infractor del deber (en nuestro ejemplo, el caso de que $P > VI$, esto es, de que el comprador hubiera comprado con prima), habrá razón para que la referida parte no sea indemnizada también por dicho mayor valor, a no ser que infractor del deber de información lograse probar, sin lugar a duda razonable, que aquella también lo habría

²⁴ La jurisprudencia alemana permite que, en los supuestos de que se trata, la parte perjudicada por la infracción del deber precontractual de información pueda pedir, como resarcimiento en forma específica, la rescisión del contrato. No es una idea que merezca acogida. Se trata con ella de eludir las injustas consecuencias que puede provocar, por un lado, el demasiado estricto concepto del error bastante para anular el contrato que es propio del BGB; y por otro, el demasiado breve plazo que fija el BGB para el ejercicio de la facultad de anular el contrato por dolo. Partiendo de la base de que un futuro Código Latinoamericano de Contratos regularía dichos vicios del consentimiento de manera razonable, carecería de buen sentido que permitiera que dicha regulación pudiera ser eludida mediante el recurso a la responsabilidad precontractual; que no debe servir para que la parte que, pese a haber padecido la infracción del deber precontractual de información, no disponga, conforme a normas legales razonables, de la facultad de anular el contrato por vicio del consentimiento, pueda acabar liberándose de él a modo de resarcimiento en forma específica. En fin, dicha parte podría ciertamente liberarse del contrato resolviéndolo por incumplimiento. Pero ello presupondría que efectivamente se hubiera producido un (esencial) incumplimiento del contrato por parte del infractor del deber precontractual de información: una (esencial) falta de conformidad de su prestación con los términos del contrato. Lo que a su vez presupondría que la falsa representación generada por aquél en la otra parte con su infracción debiera considerarse incorporada al contrato como un término del mismo.

pagado si hubiera contado con la información debida o correcta, en vez de no haber celebrado en tal caso contrato alguno; una prueba que, en la práctica, será rarísimo que el infractor esté en condiciones de proporcionar. Lo que sí habrá que evitar es que la parte que padeció la infracción del deber de información consiga, mediante la indemnización en la medida de su interés contractual negativo, trasladar al infractor del deber un perjuicio que no pueda considerarse causado por (*rectius*: objetivamente imputable a) dicha infracción; como por ejemplo, una disminución sobrevenida del valor del objeto de la prestación del infractor (de *VR* en nuestro ejemplo) exclusivamente por razones de mercado.

Una notoria jurisprudencia alemana permite que la parte que padeció la infracción del deber precontractual de información pueda exigir del infractor una indemnización en la medida de su interés de confianza en la variante «interés contractual positivo» (la que, en el ejemplo del apartado II.2.1, viene representada por la fórmula $P - PH$)²⁵, sin necesidad de probar que, si hubiera contado con la información debida o correcta, habría logrado efectivamente celebrar un contrato más beneficioso para ella que el celebrado (en nuestro ejemplo, habría logrado que el vendedor consintiera celebrar la compraventa al precio PH), en vez de no celebrarse ninguno. Para comprender bien trascendencia de esa jurisprudencia, piénsese en que, en el hipotético contrato más beneficioso, el valor objetivo de la prestación de la parte que padeció la infracción del deber de información hubiera sido menor que el de la prestación del infractor del deber (esto es, en nuestro ejemplo del apartado II.2.1, una compraventa en la que $PH < VR$ ²⁶, por lo que $P - PH > P - VR$). Pero la referida jurisprudencia no merece ser imitada, ya que –como advierte la propia doctrina alemana– comporta indemnizar una ficción de daño; e impone al infractor de deber precontractual de información unos términos contractuales con los que es posible, e incluso probable, que nunca hubiera consentido contratar (que nunca hubiera consentido, por volver a nuestro ejemplo, vender la cosa al precio PH). Sólo cabría permitir a la parte que padeció la infracción del deber de información exigir del infractor una indemnización en la medida de su (interés de confianza en la variante) «interés contractual positivo», que superase el importe de su interés contractual negativo, en el supuesto de que la referida

²⁵ El perjuicio sufrido por del comprador consistente en «haber comprado demasiado caro». O, en el menos frecuente caso de que el infractor del deber precontractual de información hubiera sido el comprador, el perjuicio sufrido por el vendedor consistente en «haber vendido demasiado barato» (que vendría representado por la fórmula $PH - P$).

²⁶ Lo que bien podría ser el caso, si el comprador hubiera comprado con rebaja esto es, si $P < VI$.

parte pudiera probar, sin lugar a duda razonable, que, si hubiese contado con la información debida o correcta, habría logrado que el infractor del deber consintiera celebrar un contrato en el que el valor objetivo de la prestación de éste hubiese sido mayor que el de la prestación de aquélla (en nuestro ejemplo, una compraventa en la que $VR > PH$, por lo que $P - PH > P - VR$), en vez de no haberse celebrado contrato alguno. Una prueba que, en la práctica, será rarísimo que la parte que padeció la infracción del deber de información esté en condiciones de proporcionar.²⁷

2.5 Modelos de regulación

Procede analizar, en fin, a la luz de lo anterior, los modelos de regulación del presente grupo de casos que se contienen en el artículo 3.18 PU; en los artículos 4:106 y 4:117 PECL; y en los artículos II.- 3:109, II.- 7:204 y II.- 7:214 DCFR.

Artículo 3.18 PU (Daños y perjuicios)

Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato.

Artículo 4:106 PECL: Información incorrecta

La parte que haya celebrado un contrato confiando en información incorrecta proporcionada por la otra parte podrá exigir una indemnización de daños y perjuicios conforme al artículo 4:117(2) y (3), incluso cuando la información no dé lugar a una facultad de

²⁷ En suma, y volviendo al ejemplo del apartado II.2.1, la «reducción del precio» que como regla podría lograr nuestro comprador, por compensación con la indemnización a que tendría derecho por la responsabilidad precontractual del vendedor, sería igual a $P - VR$ (y de no producirse *consequential losses*, podría no existir responsabilidad, por falta de daño, en la hipótesis de que $VR \geq P$). Ciertamente, el comprador podría obtener una reducción del precio mayor, mediante el específico remedio de ese nombre –la clásica acción *quantum minoris*– en caso de que $P - P \times VR/VI > P - VR$ (lo que sucederá siempre que $P < VI$, o sea, cuando el comprador hubiera comprado con rebaja); pero sólo si la falsa representación generada en el comprador por la infracción del deber precontractual de información debiera considerarse incorporada al contrato como un término del mismo. Por lo demás, se notará que el resultado de $P - P \times VR/VI$ no tiene por qué coincidir necesariamente con el resultado de $P - PH$.

Ahora bien, lo que sí nos enseña la jurisprudencia alemana que acabamos de mencionar es la conveniencia de que, en la regulación de los vicios del consentimiento en un futuro Código Latinoamericano de Contratos, se reconociera a la parte que contrató inducida por dolo, o por error esencial causado por la infracción por la otra parte de un deber precontractual de información, el remedio, opcional a la facultad de anulación, de pedir una «adaptación del contrato» como la que se prevé en el apartado (3) del Artículo 4:105 PECL y el apartado (3) del Artículo II.- 7:203 DCFR para el caso de error común a ambas partes. Ésta sería la manera técnico-jurídicamente correcta (y no deformar la lógica indemnizatoria que es propia de la responsabilidad precontractual) de atender a las exigencias de la razón práctica a las que obedece la repetida jurisprudencia alemana.

anular el contrato por error según el artículo 4:103, salvo que la parte que proporcionó la información tuviera razón para creer que la información era correcta.

Artículo 4:117 PECL: Indemnización de daños y perjuicios

(1) *La parte que anule un contrato conforme a este Capítulo podrá exigir de la otra parte una indemnización de daños y perjuicios que ponga a la parte que lo anuló en la situación más semejante posible a la que habría tenido si el contrato no se hubiera celebrado, siempre que la otra parte conociera o debiera haber conocido la existencia de error, dolo, intimidación u obtención de un beneficio excesivo o ventaja injusta.*

(2) *Si una parte tiene la facultad de anular un contrato conforme a este Capítulo, pero no la ejerce o la ha perdido a tenor de lo dispuesto en los artículos 4:113 [plazos de caducidad de la facultad de anulación] o 4:114 [confirmación] podrá exigir, con sujeción al apartado (1), una indemnización de daños y perjuicios limitada al perjuicio causado por el error, dolo, intimidación u obtención de un beneficio excesivo o ventaja injusta. La misma medida de indemnización de daños y perjuicios se aplicará cuando la parte fuera inducida a error por una información incorrecta en el sentido del artículo 4:106.*

(3) *En lo demás, y con las adecuadas adaptaciones, la indemnización de daños y perjuicios se regirá por las disposiciones relevantes del Capítulo 9, Sección 5 [Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato].*

Artículo II.- 3:109 DCFR: Remedios por infracción de deberes de información

(1) [No relevante a los efectos del presente trabajo]

(2) *Cuando un empresario haya dejado de cumplir cualquiera de los deberes prescritos en los artículos precedentes de esta Sección, y se haya celebrado un contrato, el empresario tendrá aquellas obligaciones contractuales que la otra parte haya razonablemente esperado que tuviera a consecuencia de la omisión o la incorrección de la información. Los remedios previstos en el Libro III, Capítulo 3 [Remedios por incumplimiento de contrato] se aplicarán al incumplimiento de dichas obligaciones.*

(3) *Se haya celebrado o no un contrato, el empresario que ha dejado de cumplir cualquiera de los deberes prescritos en los artículos precedentes de esta Sección será responsable de cualquier perjuicio causado a la otra parte por tal falta de cumplimiento. Este apartado no se aplicará en la medida en que se disponga de un remedio por incumplimiento de una obligación contractual conforme al apartado precedente.*

(4) *Los remedios previstos en el presente Artículo no obstan a cualquier remedio que pueda corresponder conforme al artículo II.- 7:201 (Error).*

(5) *En las relaciones entre un empresario y un consumidor las partes no pueden, en perjuicio del consumidor, excluir la aplicación de este Artículo ni menoscabar o variar sus efectos.*

Artículo II.- 7:204 DCFR: Responsabilidad por perjuicios causados por la confianza en información incorrecta.

(1) *La parte que haya celebrado un contrato confiando razonablemente en información incorrecta proporcionada por la otra parte en el curso de las negociaciones tendrá derecho a una indemnización por el perjuicio sufrido como consecuencia, si el suministrador de la información:*

(a) *creía que la información era incorrecta o carecía de base razonable para creer que era correcta; y*

(b) *sabía o podía razonablemente esperarse que hubiera sabido que el receptor confiaría en la información al decidir si celebrar o no el contrato en los términos pactados.*

(2) *Este artículo se aplicará aunque no se tenga la facultad de anular el contrato.*

Artículo II.- 7:214 DCFR: Indemnización de perjuicios

(1) *La parte que tenga la facultad de anular un contrato conforme a esta Sección (o que tuviera dicha facultad antes de perderla por caducidad o confirmación) tiene derecho, sea el contrato anulado o no, a ser indemnizada por la otra parte de cualquier perjuicio sufrido a consecuencia del error, dolo, violencia, intimidación o explotación injusta, siempre que la otra conociera o pudiera esperarse razonablemente que conociera la causa de anulación.*

(2) *La indemnización procedente será la necesaria para poner a la parte perjudicada en la situación más semejante posible a aquella en la que esa parte se habría encontrado si el contrato no se hubiera celebrado, con la limitación añadida de que, si la parte no anula el contrato, la indemnización no podrá exceder el perjuicio causado por el error, dolo, violencia, intimidación o explotación injusta.*

(3) *En lo demás, se aplicarán, con cualquier adaptación que resulte adecuada, las reglas sobre indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de una obligación contractual.*

Mis discrepancias más relevantes con los referidos modelos de regulación se centran en los apartados (2) y (3) del artículo II.- 3:109 DCFR. En el apartado (2), porque parece disponer que toda expectativa razonable sobre las futuras obligaciones contractuales del empresario que infringe un deber precontractual de información, generada en la otra parte incluso por la mera omisión de una información debida, habrá de entenderse incorporada al contrato, como un término del mismo; lo que, al menos para la contratación entre empresarios, carecería de buen sentido. Y respecto de lo previsto en el inciso final del apartado (3), dejé ya expresada, en el apartado II.2.3, la solución que estimo más correcta para la cuestión de la concurrencia entre los remedios de la responsabilidad contractual y la responsabilidad precontractual.

Ahora bien, es posible que la primera de las referidas discrepancias sea sólo aparente. De hecho, del Comentario oficial al artículo II.- 3:109 DCFR no resulta que en su apartado (2) se preconice una posición tan radical como arriba expuesta²⁸, que además no se compadecería con lo previsto, en materia de términos del contrato, en los artículos II.- 9:101 y 9:102 DCFR. Y el inciso final del apartado (3) del repetido Artículo II.- 3:109 no se encontraba en la *Interim Outline Edition* del DCFR de 2008; y en su *Full Edition*, en el Comentario oficial al Artículo II.- 7:214, puede leerse: «A veces, una declaración que se hace con dolo o que es incorrecta da también origen a una obligación contractual. En ese caso, el acreedor en la obligación puede elegir entre los remedios previstos en este capítulo y los remedios por incumplimiento de la obligación».²⁹ Lo que hace pensar que la cuestión de la concurrencia entre los remedios de la responsabilidad contractual y la responsabilidad precontractual no ha sido suficientemente meditada por los autores del DCFR.

El supuesto de hecho del Artículo 4:106 PECL y del artículo II.- 7:204 DCFR debería incluir también los casos de confianza en la «falta de información» precontractualmente debida. Y en lo demás, y prescindiendo de gustos personales sobre su redacción, los citados modelos de regulación resultan plausibles. Es claro que la expresión «limitada al perjuicio causado por el error, dolo, intimidación u obtención de un beneficio excesivo o ventaja injusta», del apartado (2) del artículo 4:117 PECL, y la equivalente «con la limitación añadida de que, si la parte no anula el contrato, la indemnización no podrá exceder el perjuicio causado por el error, dolo, violencia, intimidación o explotación injusta», en el apartado (2) del artículo II.- 7:214 DCFR, buscan evitar, sensatamente, que la parte que padeció la infracción del deber de información consiga trasladar al infractor del deber un perjuicio que no pueda considerarse causado por (*rectius*: objetivamente imputable a) esa infracción.³⁰ Y claro resulta también que la remisión contenida en

²⁸ En efecto, en *Principles, Definitions and Model Rules...*, cit., pag. 236, se dice al respecto: «Paragraph (2) reflects the general idea that information available in the pre-contractual context can have a bearing on the substance of a contract. Thus, if a contract has been concluded, failure to provide the required pre-contractual information, or to use the correct form, can affect the substance of the obligations assumed under the contract, and may result in the non-performance of contractual obligations».

²⁹ *Principles, Definitions and Model Rules...*, cit., pag. 529.

³⁰ Véase el *Ejemplo 5* del Comentario oficial al Artículo II.- 7:214 DCFR, en *Principles, Definitions and Mode Rules...*, cit., pág. 530. Acertadamente se ha prescindido, tanto en dicho Comentario como en el Comentario oficial al Artículo II.- 7:204 DCFR, págs. 489-490, del erróneo *Ejemplo 5*, que aparecía en el Comentario oficial al Artículo 4:106 PECL [cfr. P. BARRÉS BENLLOCH, J. M. EMBID IRUJO y F. MARTÍNEZ SANZ (eds.), *Principios del Derecho Contractual Europeo, Partes I y II*, Madrid 2003, pág. 358]: en dicho ejemplo, la indemnización a pagar al comprador debería ser 25.000 FF, no 10.000, salvo en

los apartados (3) de ambos artículos se dirige, respectivamente, a los artículos 9:504 y 9:505 PECL y a los artículos III.- 3:704 y 3:705 DCFR, con el fin de reducir la cuantía indemnizatoria en caso de culpa concurrente del perjudicado o de infracción de su deber de mitigar su daño³¹; no, en cambio, al artículo 9:503 PECL o al artículo III.-3:703 DCFR, sobre la previsibilidad del daño al tiempo de contratar, que es un criterio de imputación objetiva del daño exclusivo de la responsabilidad contractual.

III. CONCLUSIÓN

Existen ya modelos de regulación generalmente acertados, en los que pueden y, a mi juicio, deberían inspirarse las normas llamadas a disciplinar los grupos de casos más frecuentes de la responsabilidad precontractual en un futuro Código Latinoamericano de Contratos. No hay espacio en este campo –como seguramente tampoco en la inmensa mayoría de las materias que son propias del Derecho de los Contratos– para grandes innovaciones exigidas por una pretendida «idiosincrasia latinoamericana». Lo hay sólo para tomar decisiones normalmente nada dramáticas entre soluciones alternativas casi siempre perfectamente defendibles.

Ahora bien, para terminar, conviene insistir en una tesis cuya justificación ha ido quedando ilustrada en varios lugares de este trabajo, especialmente cuando se hacía referencia a las normas y a la jurisprudencia alemanas sobre la *culpa in contrahendo*. Hay que evitar que la responsabilidad precontractual sirva o continúe sirviendo de «herramienta oculta» con la que los Tribunales puedan «corregir» o eludir la aplicación de normas que se estiman incorrectas o inadecuadas en materia de responsabilidad extracontractual o de vicios de consentimiento; o puedan suplir, en esas y otras materias, la carencia de normas que se consideran necesarias. Porque, como nos enseñó Karl N. Llewellyn, «*covert tools are never reliable tools*».

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Los mejores tratamientos generales de la materia en lengua española continúan siendo las monografías de C. ASÚA GONZÁ-

la rarísima hipótesis de que el vendedor lograra probar, sin lugar a duda razonable, que el comprador, de haber conocido el kilometraje real del coche, también lo habría comprado, y habría pagado por él un precio de 100.000 FF.

³¹ Véase el apartado (2) del artículo II.- 3:501 DCFR, transcrito *supra*, en la nota 15.

LEZ, *La culpa in contrahendo (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao 1989, y M.^a P. GARCIA RUBIO, *La responsabilidad contractual en el Derecho español*, Madrid 1991, en las que, además, podrá hallar el lector referencias muy completas a la mejor bibliografía española y europea hasta las fechas de sus respectivas publicaciones. Recientemente, E. BARROS BOURIÉ, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, 2006, pp. 1000 y siguientes; y M.^a P. GARCÍA RUBIO y M. OTERO CRESPO, «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo», *Indret* 4 (2010) disponible en www.indret.com/pdf/731_es.pdf, con cita seleccionada de la bibliografía más reciente.

Un buen panorama del Derecho europeo comparado: J. CARTWRIGHT y M. HESSELINK (eds.), *Precontractual Liability in European Private Law*, Oxford, 2009; y del Derecho alemán: GRÜNEBERG, en *Palandt BGB*, 69.^a ed., Munich 2010, § 311. En fin, sobre la jurisprudencia alemana mencionada el apartado II.2.4, con abundantes referencias, C.H. KERSTING, «Die Rechtsfolge vorvertraglicher Informationspflichtverletzungen – Vertragsaufhebungsanspruch oder “Minderung” aus c.i.c.», en *Juristenzeitung*, 14 (2008), pp. 714 y siguientes, y H. HONSELL, «Negatives oder positives Interesse wegen Verletzung der Aufklärungspflicht bei culpa in contrahendo und Delikt», en *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag*, Colonia, 2009, pp. 181 y siguientes, disponible en www.honsell.at/Publikationen/FS%20Medicus.pdf.

La propiedad privada «congelada» del agua, según el Tribunal Supremo

JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El primer epígrafe del trabajo está dedicado a exponer una descripción del «estado de la cuestión» doctrinal y jurisprudencial sobre la propiedad privada de las aguas en el vigente Derecho español. A continuación, el trabajo se centra en explicar al lector la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009, con aportación de sus antecedentes fácticos, además de los administrativos y judiciales. Esta Sentencia, según el autor, es la primera en la que el Tribunal Supremo se enfrenta directamente con el precepto legal de la disposición transitoria 3.ª, apartado 3.º, de la Ley de Aguas de 1985, precepto de significado oscuro y ampliamente estudiado por la doctrina científica. El sentido de la Sentencia de 27 de octubre de 2009, sorprendentemente, ha sido contrario al que había defendido con amplios argumentos la doctrina mayoritaria y de más autoridad, y además se ha dictado la Sentencia sin recoger ni contestar en absoluto esos argumentos mayoritarios cuidadosamente expuestos, en cambio, por las empresas recurrentes en su Recurso de Casación. En esencia, la Sentencia estudiada desconoce y contradice el principio tradicional de nuestro Derecho de la libre venta o transmisibilidad por el propietario privado de las aguas privadas de su propiedad. La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entienden, en cambio, subsistente ese principio jurídico en el Derecho actualmente vigente. En el último epígrafe se intenta reflexionar por el autor sobre la incidencia que pueda tener en el futuro la importante Sentencia aquí estudiada y sobre la problemática general de la aplicación de la Ley de Aguas vigente.

PALABRAS CLAVE

Propiedad privada del agua. Potestades administrativas. Procedimiento administrativo sancionador. Transmisibilidad del derecho de propiedad privada. «Contenido esencial» de la propiedad privada.

ABSTRACT

The first section of the present paper offers an introduction to the authoritative precedents and jurisprudence on private property of water resources in Spanish Law and provides a summary of the question. Then the paper focuses on the Judgment handed down by Supreme Court on October 27, 2009, considering also the administrative and judicial background and the facts in issue. According to the author, this Judgment represents the first occasion on which the Supreme Court had to deal directly with legal doctrine specified in temporary provision 3, section 3 of Water Act 1985. The above-mentioned legal doctrine is of doubtful interpretation and much scientific attention has been paid to it. The Supreme Court Judgment surprisingly contradicts what was so far considered the consistent and authoritative doctrina based on sound arguments. Besides, the Judgment has been rendered passing over the carefully displayed arguments presented by the appealing companies and therefore leaves them unanswered. The paper argues that this Judgment stands in contradiction to the traditional principle of free sale or conveyance by private owners of water on their property. The jurisprudential majority as well as the authoritative doctrina support instead the subsistence of this legal principle according to current regulation in Spanish Law. In the conclusion the paper evaluates the future impact of this far-reaching Judgment and discusses the general issue of current Water Act applicability.

KEY WORDS

Private property of water resources. Administrative discretionary power. Administrative disciplinary procedure. Conveyance of private property rights. “Contenido esencial” of private property.

SUMARIO: A. Breves indicaciones introductorias sobre la propiedad privada del agua. B. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009. 1. El supuesto de hecho y la resolución administrativa. 2. La doctrina de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia núm. 53/2005, de 28 de enero. 3. La doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009. 4. Valoración crítica de la doctrina sobre la pretendida propiedad privada «congelada» del agua. 5. Valoración resumida de algunos otros aspectos de la doctrina de la Sentencia estudiada. C. Enseñanzas de la Sentencia estudiada sobre el actual Derecho español de aguas.

A. BREVES INDICACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA DEL AGUA

Durante los últimos veinticinco años de vigencia de la anterior Ley de Aguas de 1879 se difundió bastante en la doctrina, sobre todo administrativista, una idea según la cual la llamada propiedad privada de ciertas aguas corrientes, como las de los manantiales naturales, no era una verdadera propiedad privada sino un mero derecho real de aprovechamiento privado de una corriente de agua pública, que incluso era, dicho derecho, según algunos, derecho accesorio a la finca e indisponible jurídicamente (no susceptible de venderse o enajenarse). Y algún autor había extendido esa explicación, más bien pensada para los manantiales naturales, y relativa a un mero derecho de aprovechamiento e indisponible, sin razón en absoluto a la vista de la tradición histórica y de la tajante letra de aquella legalidad, incluso a las corrientes de aguas subterráneas alumbradas¹.

Sin embargo, los argumentos de dicha teoría son en realidad muy endebles² y, por otra parte, dicha equivocada teoría no ha teni-

¹ Cfr. en tal sentido PÉREZ PÉREZ, Emilio, en su comentario a la Ley de aguas en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, de EDERSA, dirigidos por el profesor ALBALADEJO, Tomo 5.º, 1991, pp. 11 a 17 y ésta última, sobre todo, y para la indisponibilidad de las aguas subterráneas, muy oscuramente, pp. 31-32, 578-579 y 583. Más abajo veremos que el TS no ha dado la razón, en general y salvo lo que se dirá sobre la Sentencia de 27 de octubre de 2009 aquí comentada, a esta infundada opinión. En este primer epígrafe voy a reproducir, en gran medida, una explicación sobre la propiedad privada del agua que he aportado en mi trabajo *Evolución histórica y normativa estatal actual sobre aguas subterráneas*, en el n.º 714 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2009, pp. 1769 a 1897, y en particular, pp. 1839 y ss.

² Esta cuestión, que considero cardinal, la tengo explicada, entre otros lugares, y con amplia información doctrinal, en mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, de 1996, pp. 381 a 450. Posteriormente vino a coincidir sustancialmente con esa explicación, cambiando su opinión anterior, citándome, y aunque citando mi menos completo libro de 1990 y con alguna vacilación en algún punto, la explicación del profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO, a quien muchos consideramos la primera autoridad española en Derecho de aguas. Cfr. su *Derecho de aguas*, 1997, pp. 151 a 157, entre otras. Por lo demás, la brillantísima explicación de la célebre Exposición de Motivos de la Ley de aguas de 1866, atribuida al excelente jurista Pedro GÓMEZ de la SERNA y verdadero monumento de la historia del Derecho español de todos los tiempos, ya había dejado tajantemente zanjada y explicada la cuestión de la posibilidad de la propiedad privada sobre aguas corrientes, como tengo recogido en mi citado libro de 1996, pp. 382-383. A partir de entonces (1866), y durante un siglo, la doctrina ya no dudó seriamente sobre la posibilidad de la existencia de una propiedad privada sobre las aguas corrientes, aunque la falta de sentido histórico de la doctrina administrativista creó en los últimos veinticinco años la falsa polémica (sólo académica y sin apenas trascendencia jurisprudencial) a la que me refiero en el texto y que tanto ha degradado la técnica de la Ley de Aguas de 1985 y ha enturbiado su dogmática profunda. En la doctrina administrativista actual sigue faltando, al parecer, en gran medida, el conocimiento de esta realidad incuestionable de la existencia de una auténtica propiedad privada del agua como punto de partida para todo lo demás y como categoría claramente contrapuesta a la del dominio público del agua. EMBID IRUJO, Antonio, por ejemplo, ha vuelto a argumentar, pero desde un plano difuso de política legislativa y de Derecho comparado, y omitiendo la tajante y rotunda toma de postura en esto del Derecho español en las Leyes de

do prácticamente ninguna influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que durante más de un siglo ha sostenido siempre sin ninguna vacilación que la propiedad privada de las aguas, corrientes o no, y aunque con límites legales, era una de las clases de propiedad privada. Alguna vez recuerda el Tribunal Supremo la terminología del Código civil de «*propiedad especial*». ³ Y en particular, también eran muy abundantes las sentencias del Tribunal Supremo que, aplicando la Ley de Aguas de 1879, reconocían o presuponían la plena disponibilidad o transmisibilidad jurídica sobre las aguas privadas⁴.

Ahora bien, las injustificadas dudas de la doctrina sobre si era o no posible una verdadera propiedad privada sobre el agua corriente en la anterior normativa han enturbiado un tanto la terminología de la Ley de Aguas de 1985 e incluso la de la importante Sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico núm. 6). En cuanto a la primera (hoy, el TR de 2001) elude siempre el término «*dominio*» o «*propiedad privada*» y se refiere en dos ocasiones a «*aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a esta ley*» (cfr. la disposición transitoria cuarta del TR vigente, que recoge tres veces esa desafortunada frase). Es un ejemplo perfecto de cómo la degradación doctrinal acaba produciendo degradación de la técnica legislativa.

Sin embargo, pese a esta ambigüedad terminológica de la Ley de 1985, es evidente que las disposiciones transitorias de la Ley de 1985 mantuvieron la propiedad privada sobre ciertas aguas (sobre las de los pozos, en particular). La letra del apartado 2.º de la disposición adicional 2.ª de la Ley 46/1999 ha venido a dar un

1866 y 1879, que es el que nos interesa, sobre una pretendida dificultad objetiva de configurar conceptualmente una propiedad privada sobre el agua, lo que, por cierto le lleva, al final de su trabajo, que pretende inspirar en un pensamiento político progresista, a considerar que no sería imprescindible la nacionalización de las aguas privadas en el futuro. Cfr. *A vueltas con la propiedad de las aguas. La situación de las aguas subterráneas a veinte años de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Algunas propuestas de modificación normativa.*, en *Propiedades públicas*, n.º extraordinario de *Justicia Administrativa*, 2006, pp.185 y ss. y 204-205.

³ Cfr. por ejemplo, la Sentencia cont. adva. del TS de 30 de junio de 1998 (RAr. núm. 5903).

⁴ Cfr. de nuevo mi libro de 1996, pp. 420 a 433, donde aporto toda esa abundante y significativa jurisprudencia, que no he visto estudiada en ninguna otra obra, aparte de las argumentaciones jurídicas sobre la cuestión que considero correctas. Es posible, con todo, que la defectuosa doctrina que señalo en el texto haya causado algunos perjuicios, incluso antes de la Ley de Aguas de 1985, a la hora de oscurecer el concepto claro de lo que debía ser la cuantía de los derechos de propiedad privada sobre aguas. Por ejemplo, la Sentencia civil del TS de 31 de enero 1980 (RAr. núm. 339) afirmaba erróneamente, en mi opinión, que aunque un manantial natural propiedad de un heredamiento canario tenía un caudal de 2 litros por segundo, según unos aforos oficiales recogidos en una escritura pública notarial, ello no probaba suficientemente que ese volumen de agua hubiera sido efectivamente aprovechado por el heredamiento y que lo respetable de ese derecho era únicamente lo «realmente aprovechado» de ese caudal posible y legalmente aprovechable.

nuevo indicio de esta indiscutible interpretación (hoy disposición adicional 7.^a, apartado 2.^o del TR de 2001). Y lo mismo los nuevos rótulos puestos a las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a por el TR de 2001, en los que se alude, por fin con propiedad, a «*titulares de derechos sobre aguas privadas*» procedentes de manantiales o de pozos. Y este planteamiento de pervivencia de la propiedad privada sobre ciertas aguas ha quedado todavía más claro en las leyes canarias de aguas de 1987 y de 1990. En realidad, del apartado 1.^o de la disposición transitoria 4.^a de dicha Ley estatal (y hoy del TR de 2001) se deducía, según he advertido ya en varias ocasiones anteriores, una regla general de pervivencia de la propiedad privada del agua para todas las aguas que eran privadas bajo la Ley de 1879. La pretendida dominialización de las aguas privadas por la Ley de 1985 fue, en realidad, más bien una pseudodominialización.

La Sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional reconoce también la pervivencia de la propiedad privada de ciertas aguas, aunque con menos claridad y rotundidad de la que hubiera sido conveniente (cfr. párrafo 2.^o del Fundamento Jurídico núm. 8 y párrafo 4.^o de los Fundamentos Jurídicos 11.^o y 12.^o). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido también en muchísimas ocasiones la propiedad privada de ciertas aguas, como en la Sentencia de la Sala 1.^a de 28 de abril de 1994, en la que se reconoce la propiedad privada de unos pozos y su posible venta mediante un contrato privado de compraventa. O véanse también en el mismo sentido, y también sobre aguas subterráneas, las sentencias de la Sala 3.^a, Sección 6.^a, del Tribunal Supremo de 30 de enero y 14 de mayo de 1996, la de 18 de marzo de 1999, y la de la Sala 3.^a, Sección 3.^a, de 4 de marzo de 1998, y otras muchas sentencias más con posterioridad. Ninguna sentencia del Tribunal Supremo ha negado, por supuesto, el carácter de propiedad privada de las aguas privadas. Aun así, veremos también que la degradación técnica y terminológica de la Ley de Aguas de 1985 tampoco ha dejado de perjudicar, a veces, a la doctrina del mismo Tribunal Supremo.

Incluso antes de que entrara en vigor la perturbadora disposición transitoria 2.^a de la Ley 10/2001 del Plan Hidrológico Nacional, que ha provocado una extraña y parece que inconstitucional extinción de los derechos de propiedad privada sobre las aguas subterráneas que no se hayan inscrito en el Catálogo antes de octubre de 2001⁵,

⁵ Sobre la compleja interpretación de dicha norma legal de la Ley 10/2001, que está perfectamente vigente, y que ha causado gran daño a muchísimos derechos de propiedad sobre aguas privadas, véase mi trabajo citado de 2009 en la RCDI, n.º 714, pp. 1875 a 1884. Y una ampliación y profundización de ese estudio puede consultarse también en mi trabajo «*Las aguas privadas y la disposición transitoria 2.^a de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional*», publicado en el Libro Homenaje al Notario Victor Manuel GARRIDO DE PALMA, Ed. Thomson Reuters Civitas, 2010, pp. 517 a 539.

podemos decir ya que la Ley de Aguas de 1985 dejó en mayor penumbra de la que ya tenía antes bajo la Ley de 1879 la cuestión absolutamente crucial de cuál sea la cuantía de los derechos de propiedad privada sobre aguas subterráneas alumbradas con anterioridad al 1 de enero de 1986, día de entrada en vigor de dicha Ley de 1985.

En general, influida por la defectuosa terminología legal de las disposiciones transitorias de la vigente Ley de Aguas, y seguramente también que arrastrada por un planteamiento algo simplista de los recursos o demandas de los abogados, la abundante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sobre las mismas, discute de modo inmediato casi siempre solo sobre las superficies concretas de riego a inscribir en los dos registros administrativos sobre aguas existentes, y no sobre los caudales inscribibles, que son en rigor el verdadero objeto de la inscripción o inmatriculación, puesto que se trata de inmatricular en esencia la titularidad de derechos subjetivos de propiedad privada sobre caudales de agua determinados. Es también una mala línea de razonamiento la aceptada en alguna sentencia⁶ de que, discutiéndose los caudales concretos de un pozo, se afirme simplemente que serían estos los suficientes para cubrir las necesidades propias del cultivo a que se destinan los terrenos. En algunas ocasiones, absurda pero muy significativamente, el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar en sus razonamientos, creyéndose a la letra la defectuosa terminología legal sobre inscripción de «*aprovechamientos*», que lo inscribible en esos registros administrativos eran hechos y no derechos subjetivos⁷. Por lo demás, conviene recordar que una cierta confusión entre derechos y hechos o aprovechamientos la introdujo también el legislador de 1985 respecto de las concesiones administrativas, por ejemplo, cuando decidió vincular en principio rígidamente las concesiones para riego a la propiedad privada sobre la finca del titular de la concesión correspondiente en el discutible y problemático artículo 59.4.º de la Ley de Aguas de 1985 (hoy, art. 61.4.º del TR de 2001), por completo ajeno a la mejor regulación al respecto de la Ley de 1879.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, a pesar de todo, aunque con dudas y vacilaciones, ha acertado a señalar en ocasiones, con buen sentido, que existían o eran inscribibles en el Registro de

⁶ Cfr., en tal sentido, la Sentencia cont. adva. del TS de 11 de febrero 2004 (RAr. núm. 1030).

⁷ Véanse, por ejemplo, en dicho sentido, las sentencias cont. advas. del TS de 9 de junio de 2004 (RAr. núm. 6311) y de 15 de diciembre de 2005 (RAr. de 2006, núm. 4190). Con toda razón critican esta afirmación jurisprudencial, respecto de la primera de estas sentencias, DELGADO PIQUERAS, Francisco, y GALLEGU CÓRCOLES, Isabel, en su libro *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial.*, 2007, pg. 90, nota 73.

Aguas o en el Catálogo de aguas privadas, derechos sobre aguas privadas sin exigir que estuvieran en explotación exactamente en el momento de entrar en vigor la Ley de Aguas de 1985⁸; o considerando que no se había probado que no estuvieran en explotación en dicho momento⁹; o que era inscribible en el Catálogo de Aguas Privadas la propiedad privada de un pozo cuando se solicitaba la inscripción de una cuantía de caudales inferior a la que se había adquirido y se tenía, pero con transformaciones en las técnicas de regadío y para regar una superficie mayor que la que antes se venía regando¹⁰; o que eran inscribibles en el Registro de Aguas derechos sobre aguas privadas en los que el solicitante de la inscripción o inmatriculación de su propiedad sobre un pozo no había conseguido probar la «no afectación» a otros aprovechamientos preexistentes, prueba que, irrazonablemente y con rigor excesivo, le exige la letra de la ley para poder llevar a cabo la mencionada inscripción¹¹.

⁸ Véase, en dicho sentido, y muy bien argumentada (Ponente Fernando LEDESMA BARTRET), la Sentencia cont. adva. del TS de 20 de septiembre 2001 (RAr. núm. 7454). En sentido contrario, pero con argumentaciones más turbias y desorientándose el TS con la discutible idea de la «congelación» de los derechos subjetivos, véase la Sentencia cont. adva. de 23 de abril 2003 (RAr. núm. 3726). O también la Sentencia cont. adva. del TS de 12 de mayo de 2004 (RAr. núm. 4716), que afirma muy discutiblemente que lo que se trataba de inscribir en el Registro de Aguas era el régimen de explotación que antes existía, y no el que fuera posible con los «caudales utilizados». Sin embargo, aunque esa afirmación no deja de tener algo de apoyo en la letra de la ley, dada la falta de claridad de ideas de los autores de la Ley de Aguas de 1985, si se reflexiona en serio sobre lo que sea la propiedad privada de una corriente de agua, creo que conviene concluir que lo que deberían inscribirse serían los «caudales utilizables» en su momento por el propietario del pozo, mejor que no los «caudales utilizados», expresión legal desafortunada y que nos aboca a una inequívoca inseguridad jurídica.

⁹ Así, por ejemplo, y sin considerar decisivas en sentido contrario fotografías por satélite aportadas por la Administración que pretendidamente demostrarían la no utilización anterior de los pozos, las sentencias cont. advas. del TS de 12 de noviembre de 2004 (RAr. de 2005, núm. 1932); y de 21 de junio de 2005 (RAr. núm. 8966). Hay abundante jurisprudencia del TS sobre estos métodos de teledetección de regadíos, como modo de probar indirectamente los caudales de los pozos de propiedad privada, y que muestra, como no podía por menos de ocurrir, y como han demostrado cumplidamente DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO, y GALLEGÓ CÓRCOLES, ISABEL, que el TS aprecia dichas fotografías por satélite como una prueba más sometida al principio de libertad de prueba. Cfr. de estos autores *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial.*, Albacete, 2007, pp. 42 a 47 y 55.

¹⁰ Se trata de la Sentencia cont. adva. del TS de 29 de noviembre 2000 (RAr. de 2001, núm. 43, ponente Fernando LEDESMA BARTRET).

¹¹ Muy claras en esta línea de argumentación, formalmente difícil de argumentar, pero razonabilísima, por ejemplo, las sentencias cont. advas., y todas del ponente Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, del TS de 12 de noviembre 2004 (RAr. de 2005, núm. 1932); de 1 de marzo 2005 (RAr. núm. 5672); y de 21 de junio de 2005 (RAr. núm. 8966). También dos sentencias cont. advas. del TS de la misma fecha de 29 de enero de 2004 (RAr. núm. 156 y núm. 662). Contra, en cambio, exigiendo con rigor la prueba de la «no afectación» de su derecho a otros derechos preexistentes para admitir, a lo que no se accede, la inscripción en el Registro de Aguas del pozo, la Sentencia del TS de 11 de noviembre de 2004 (RAr. núm. 8093). Sobre la cuestión, y también aprobando la línea jurisprudencial del TS que aquí se considera preferible, cfr. DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO, y GALLEGÓ CÓRCOLES, ISABEL, *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial.*, Albacete, 2007, pp. 38 a 40.

Podríamos concluir esta parte de la explicación afirmando que el legislador de 1985, en la línea de lo que también estableció respecto de las antiguas concesiones administrativas sobre aguas públicas en la disposición transitoria 7.º de la Ley de 1985 (en el actual TR de 2001 es la disposición transitoria 6.ª)¹², pretendió sin duda aprovechar el trámite de la inscripción de los derechos sobre aguas privadas en el Registro de Aguas (no en el Catálogo de Aguas Privadas) para reducir en lo posible las cuantías de esos derechos desde su entidad teórica o documental hasta el nivel de la cantidad de agua que efectivamente viniera utilizándose en el momento de entrar en vigor la nueva Ley de 1985, y que dicha intención, aunque muy torpemente formulada, difícilmente puede desconocerse por el intérprete¹³. Pero lo que éste no debe tampoco desconocer es que esa torpeza en la formulación legal de la acaso lógica aspiración a la reducción de los derechos de propiedad sobre las aguas, al estar profundamente anclada en el desconocimiento de los contenidos de la antigua Ley de 1879 y de su dogmática y al apoyarse en un pensamiento confuso y dogmáticamente deficiente, resulta extraordinariamente difícil de precisar o concretar, en particular, en cuanto a la cuantía concreta de la posible reducción de las cuantías de esos derechos sobre aguas privadas. Sobre pensamiento del legislador deficiente y abstruso es imposible construir doctrinalmente con solidez al servicio de la seguridad jurídica¹⁴.

En fin, tampoco debería olvidar el intérprete que se enfrente a estas cuestiones que el principio civil tradicional sobre la propiedad aplicable también a la propiedad privada del agua es que la propiedad no se pierde por no uso (cfr. además, art. 411 del Código civil, *a sensu contrario*)¹⁵ y que es una hipótesis más bien acadé-

¹² Sobre las razones del completo fracaso de dicho precepto legal, véase mi libro de 1996, pp.493 a 497.

¹³ Véase el importante esfuerzo interpretativo que realicé sobre la cuestión en mi libro de 1996, pp. 475 a 493.

¹⁴ De ahí que no comparta el diagnóstico demasiado optimista y benévolo, en mi opinión, de DELGADO PIQUERAS y GALLEGU CÓRDOLES sobre la mucha utilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años sobre las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas, que creen suficiente como para dejar sin reformar legalmente dicho tan deficiente sistema normativo. Cfr. en su conjunto el, por lo demás, interesante trabajo, casi sólo jurisprudencial, de estos autores *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*. Es indudable que saben más Derecho los magistrados del Tribunal Supremo que los autores de la muy modesta Ley de Aguas de 1985 y no debe dejar de reconocerse el esfuerzo de racionalización hecho por el Alto Tribunal, pero este esfuerzo no cambia ni ha podido llegar a superar los graves defectos técnicos de la regulación legal y, como se intenta demostrar en este trabajo, no se han podido evitar por el TS, a la postre, algunas incoherencias e incluso claras injusticias. Debe decirse que algunos presentan una imagen bastante favorable del sistema transitorio de la Ley de Aguas. REVERTE NAVARRO, ANTONIO, lo califica curiosamente de «sutil». Cfr. su *Prólogo a la Legislación de aguas* de la Editorial Tecnos, 6.ª edición, 2000, pg. 23.

¹⁵ La Sentencia cont. adva. del TS de 22 de julio de 1998 (RAr. núm. 6909) declara inaplicables y caducadas unas antiguas autorizaciones administrativas (otorgada en 1931 y

mica la de alumbradores de pozos anteriores a 1986 que no hayan querido o podido utilizar sus aguas subterráneas nunca durante años; que nunca llegaran a posesionarse de ellas y a utilizarlas. Es inverosímil la hipótesis de meros alumbradores del agua privada nunca usuarios de la misma. Las personas que se habían esforzado mucho en alumbrar aguas, por cierto que entonces con tecnologías mucho menos sofisticadas y eficientes que las actuales, evidentemente que lo hicieron para utilizarlas luego con algún fin. Los alumbramientos de aguas privadas anteriores a 1986 tendrán siempre una cuantía concreta de caudales, aunque pueda ser, sobre todo para los pozos no inscritos en Registros públicos, difícil de determinar o de probar. La hipótesis desde la que hay que trabajar es la de que cuantía del derecho respetado por la Ley de 1985, haberla, la hay conforme a la ley, y que la Administración la tiene que respetar. No se le dio a ésta una discrecionalidad para modificarla libremente a su antojo y ni siquiera para hacerlo en base a directrices de su política hidráulica, por muy justificadas o socialmente convenientes que éstas puedan ser.

Es cierto, por otra parte, que las mismas disposiciones transitorias que mantienen la propiedad privada de las aguas la someten luego a unas limitaciones aparentemente draconianas, a juzgar por la letra de la ley de los correspondientes preceptos (apartados 3.º y 4.º de las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª TR).

No obstante, creo que la nueva propiedad privada sobre el agua habrá de representar libertad del titular en cuanto al uso o destino a dar a las aguas¹⁶, sin que le pueda afectar el orden de prelación de

ampliada en 1952) para alumbrar aguas o para profundizar un pozo en Canarias, para lo que propone una aplicación analógica del artículo 411 del Código civil, argumentando que el pozo llevaba sin usarse más de 30 años, y citando jurisprudencia anterior del propio TS que había declarado caducables y temporales las autorizaciones administrativas para alumbrar aguas subterráneas.

¹⁶ El TS ha afirmado sin razón en un par de ocasiones que el titular de aguas privadas subterráneas no podía cambiar el uso a que venía destinando las aguas al entrar en vigor la nueva Ley de Aguas. Así, en la Sentencia cont. adva. del TS de 14 de abril 2004 (RAr. núm. 4955), en relación al discutido cambio de destino a riego agrícola de las aguas para pasar a utilizarse para regar un campo de golf, pero en un supuesto en el que había en la zona muchas urbanizaciones y existía temor a la contaminación del acuífero. También en la Sentencia cont. adva. del TS de 21 de septiembre de 2005 (RAr. núm. 6906), en el que el TS se opuso a que aguas de pozos que se venían destinando a abrevadero pasaran a destinarse a aguas de regadío. Esta doctrina jurisprudencial no me parece convincente en absoluto. Obsérvese que el TS crea al propietario de las aguas una especie de obligación legal de uso de sus aguas para un fin determinado, que carece de toda justificación racional o legal. U obsérvese que, como luego veremos, el TS reconoce ampliamente al dueño de aguas privadas la capacidad de realizar todo tipo de actos de disposición sobre sus aguas y le niega en estas sentencias, sin lógica alguna, la capacidad de realizar actos de administración sobre sus propias aguas (el cambio de uso de las aguas es un acto de administración). En fin, veremos posteriormente la irracionalidad intrínseca de la idea de «congelación» de derechos subjetivos sobre aguas. Afortunadamente, también otras sentencias del TS defienden, con mucho mejor criterio, la libertad completa de uso o destino de las aguas privadas

usos del art. 60 del TR; imposibilidad en principio de gravar con un canon las mencionadas aguas privadas¹⁷; susceptibilidad de éstas para ser libremente enajenadas¹⁸, sin que les sean aplicables los arts. 67 a 72 del TR; o susceptibilidad de ser usucapidas (art. 52.2.º del TR, *a sensu* contrario, y arts. 609 y 1930 del Código civil); o para ser susceptibles de posesión en concepto de dueño; y que deban quedar estas aguas privadas sustancialmente sustraídas a la planifi-

del propietario de las mismas. Así la Sentencia cont. adva. de 21 de diciembre 2000 (R.A. núm. 9735), aunque en relación a aguas privadas pluviales, y la Sentencia cont. adva. de 1 de junio 2004 (R.A. núm. 3680), que afirma para aguas subterráneas privadas que el aprovechamiento de las mismas debe hacerse para aquello que se necesite. La Sentencia cont. adva. del TS de 21 de julio de 1997 (R.A. núm. 6329), en relación a un supuesto de aguas subterráneas en Canarias que se consideran muy discutiblemente públicas, pero en un caso en el que el alumbramiento había sido autorizado administrativamente, sí que acepta, con razón, que las aguas del pozo estuvieran vinculadas a su destino de riego y de ciertos terrenos, pero como tales aguas públicas y porque así se había establecido expresamente en una cláusula de la autorización administrativa del alumbramiento. Por todo lo dicho no me convence la explicación de DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO, y GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, quienes recogen las dos sentencias primeramente citadas del TS y parecen dar por bueno o resignarse a tan desacertado e injustificado criterio jurisprudencial. Cfr. *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 99 a 101.

¹⁷ Según el artículo 115.2.º del TR, repetido también en el artículo 313.2.º del Reglamento de 1986-2003, el impago de los cánones o exacciones sobre el dominio público hidráulico dará lugar a la pérdida del derecho a la «utilización del dominio público hidráulico». No, por tanto, en su caso, a la pérdida del uso del agua por su propietario, posibilidad que ninguna norma de rango legal establece.

¹⁸ Véanse, admitiendo la libre transmisibilidad de aguas privadas subterráneas, y únicamente entre las sentencias más recientes y ya vigente la Ley de Aguas de 1985, las sentencias de nuestro TS de 28 de abril de 1994, (R.A. núm. 2976); de 30 de septiembre de 1996 (R.A. núm. 6532); implícitamente la de 30 de octubre de 1998 (R.A. núm. 8937); de 18 de noviembre de 1998, (R.A. núm. 7969); de 15 de enero de 1999, (R.A. núm. 12); y de 25 de marzo 1999, (R.A. núm. 2295). Véase también la Sentencia cont. adva. del TS de 2 de abril de 2001, (R.A. núm. 8987), que acepta con total normalidad una donación hecha en escritura pública de un derecho sobre aguas privadas de un pozo y afirma en general la transmisibilidad de las aguas privadas tanto *inter vivos* como *mortis causa*. O también las sentencias cont. advas. del TS de 20 de marzo de 2002, (R.A. núm. 2621); y de 23 de diciembre de 2002, (R.A. de 2003, núm. 1393). Igualmente la Sentencia cont. adva. del TS de 29 de enero de 2004 (R.A. núm. 662), y la Sentencia civil del TS de 29 de marzo de 2004 (R.A. núm. 2069). Implícitamente también la Sentencia cont. adva. del TS de 3 de noviembre de 2004 (R.A. núm. 6415). Véanse sobre esta cuestión, por ejemplo, los artículos 348, 557, 563 y 424 del Código civil y los artículos 22, 85 y 257 de la Ley de Aguas de 1879. O también los artículo 66 del Reglamento hipotecario ó 173 del Reglamento notarial de 1944. Parece que nadie ha podido citar nunca una sola sentencia del Tribunal Supremo que se haya atrevido a negar la libre transmisibilidad de las aguas privadas, parece que mantenida siempre por el Alto Tribunal desde que el mismo existe. Recogiendo algunas de estas sentencias del TS, se muestran favorables a la libre transmisibilidad de las aguas privadas subterráneas DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO, y GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, en *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, 2007, pp.115 a 124. Debo advertir al lector que en este punto de la transmisibilidad de los derechos sobre aguas la doctrina existente hasta el momento, la mayoría administrativista, me resulta bastante insatisfactoria por razones metodológicas de peso como, casi siempre, ignorar la tradición doctrinal y jurisprudencial en el tema o la incidencia importante en el mismo de la normativa hipotecaria. Tengo estudiado el tema intentando reflexionar sobre toda la complejidad que tiene y con todos los datos que parecen imprescindibles en mi trabajo *La oscura y deficiente regulación del llamado mercado del agua*, en el Libro Homenaje al profesor AMORÓS GUARDIOLA, Tomo 1.º, Madrid 2006, pp. 1209 a 1287.

cación hidrológica¹⁹. El requisito de la disponibilidad de las aguas privadas también representa o presupone, en particular, la presunción de libertad del dominio; el que se puedan libremente negociar gravámenes o derechos personales sobre el dominio de las aguas; que la propiedad del agua sea hipotecable (arts. 107.5.º y 108.1.º de la Ley Hipotecaria) o embargable o expropiable (art. 423 del Código civil, sin que obste el art. 83.2.º TR); la posibilidad de celebrar contratos con los propietarios de fincas vecinas para la constitución de servidumbres de acueducto u otras servidumbres voluntarias o de pedir a la Administración la constitución forzosa de servidumbres en su favor cuando las requieran los dueños de pozos (art. 48 TR y art. 557 del Código civil); o la posibilidad de renunciar libremente al dominio del agua, haciéndose entonces públicas las aguas automáticamente por ministerio de la ley, y ello sin necesidad de recurrir, como los concesionarios de aguas públicas, a un expediente administrativo para renunciar a su derecho y sin necesitar la aceptación de la Administración hidráulica para que la renuncia tenga efectos administrativos (cfr. art. 53.1.º, letra *d*, y 2.º del TR y art. 167 del Reglamento de 1986-2003, «*a sensu contrario*»).

Cuando exista copropiedad de aguas privadas, lo que es muy frecuente en los pozos profundos y de gran caudal administrados a veces por Sociedades Agrarias de Transformación u otras sociedades civiles, serán aplicables los artículos 392 y siguientes del Código civil. Y salvo que negocialmente se excluya, lo que con frecuencia se hace al enajenar aguas privadas, será aplicable a las aguas privadas en copropiedad, el retracto de comuneros del artículo 1522 del Código civil²⁰. Y desde luego, los propietarios de aguas privadas de pozos o de otro tipo (manantiales o lagunas) son perfectamente libres de crear asociaciones de cualquier tipo o sociedades civiles o mercantiles o sociedades agrarias de transformación, o cooperativas, o comunidades de bienes, etc. (art. 1255

¹⁹ Sobre esta trascendente cuestión creo que no existe todavía ninguna sentencia del TS que aporte afirmaciones o reflexiones apreciables.

²⁰ La breve pero interesante Ley de Heredamientos de aguas para Canarias de 27 de diciembre de 1956, aparte de regular muy bien la inscripción en el Registro de la Propiedad tanto de los derechos sobre las aguas privadas en conjunto de dichos Heredamientos como la de las cuotas de agua de cada comunero, como «fincas independientes» éstas últimas, entendía, para facilitar el buen funcionamiento del mercado del agua, que por ley quedaban excluidas la acción divisoria de la cosa común del artículo 400 del Código civil y el retracto de comuneros del artículo 1522 del Código civil. En toda España en las ventas de cuotas o «acciones» de aguas privadas de caudales de grandes pozos de propiedad privada, se usa en efecto, al menos donde los notarios tiene experiencia en estos contratos, la introducción de la renuncia al retracto de comuneros en el título transmisivo de las correspondientes «acciones» de aguas privadas de pozos. Imagino que también, aunque no lo he comprobado, la renuncia a la acción divisoria de la cosa común, acaso con todo menos necesaria en la práctica Cfr. mi libro *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Publicaciones Universitarias de Zaragoza, 1990, pp. 216 a 218.

y 35.2.º, 1665 y 1670 del Código civil), sin necesidad de aprobación de la Administración hidráulica, siendo ese el principio general, del que son solo excepciones legales los casos (cfr. arts. 87 y 88 del TR) en los que el Organismo de cuenca puede imponer motivadamente, y como acto administrativo en última instancia discutible ante los tribunales, la constitución de comunidades de usuarios de las reguladas en los artículos 81 y siguientes del TR, legalmente calificadas como corporaciones de Derecho público²¹. La problemática operatividad de estas excepciones legales sí que acaso podría llegar a impedir la constitución de nuevas sociedades privadas de titulares de pozos de aguas privadas, con todo, cuando estén ya constituidas o en constitución en el mismo acuífero o unidad hidrogeológica comunidades de regantes o de usuarios de las reguladas en los artículos 81 y siguientes del TR.

Aparte de ello, la propiedad privada del agua o los derechos derivados de la misma tendrán la plena protección del Registro de la Propiedad²² cuando hayan tenido acceso al mismo mediante la pertinente inmatriculación²³. Y más en general, los propietarios de

²¹ Me parece, por tanto, claramente errónea y mal argumentada la doctrina de la Sentencia cont. adva. del TS de 30 de enero 2004 (R.A.R. núm. 919), que considera irregular la constitución de una asociación de propietarios de pozos de aguas privadas por haberse realizado tal constitución cuando ya estaba vigente la Ley de Aguas de 1985, pensando que, por ese solo hecho y sin que mediara, al parecer, requerimiento ninguno por parte de la Administración hidráulica, los dueños de aguas privadas tenían que haber constituido una comunidad de usuarios de las de los artículos 81 y ss del TR. El TS, además, consideró que la actividad de esa asociación que administraba los pozos destinados al riego era una actividad empresarial que devengaba el Impuesto del Valor Añadido.

²² Plena protección del Registro de la Propiedad sobre las aguas privadas, o incluso públicas en su caso, que es indudable y que fue reconocida de pasada en la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre. No conozco ninguna sentencia del TS que se haya explayado en explicar o argumentar con cuidado esta importante cuestión, aunque sí que hay muchas que, más o menos incidentalmente, afirman esa protección del Registro de la Propiedad sobre las aguas privadas, en particular. Cfr. por ejemplo, la Sentencia civil del TS de 6 de diciembre de 1887 (CL, tomo 62, núm. 152, pp. 620 a 638); que por cierto afirma también el carácter de derecho real del relativo a unas aguas cuyo título originario databa de 1488 y de las que no se llega a afirmar si eran aguas públicas o privadas. O la Sentencia civil del TS de 4 de marzo de 1997 (R.A.R. núm. 1648), en la que se afirma rotundamente la superioridad y prevalencia del Registro de la Propiedad sobre el Catastro. Cfr. también las sentencias cont. advas. del TS de 5 de julio de 1963 (R.A.R. núm. 3453); de 17 de febrero de 1979 (R.A.R. núm. 1364); la civil de 31 de enero de 1980 (R.A.R. núm. 339); de 21 de diciembre de 2000 (R.A.R. núm. 9735); ó de 27 de junio de 2006 (R.A.R. núm. 5972). En fin, tengo citadas muchas otras sentencias en esta línea descrita en mi libro de 1996, pp. 672-673, nota 394.

²³ La pertinente inmatriculación en el Registro de la Propiedad se realizará por los medios ordinarios de la legislación hipotecaria y hay que tener en cuenta el artículo 66 del Reglamento Hipotecario, relativo a las aguas privadas. Este precepto, que permite con gran acierto la inmatriculación de pozos de propiedad privada como «fincas independientes», contra lo que algunos han opinado, sigue sustancialmente vigente y perfectamente útil. Hoy hay que tener también en cuenta los artículos 317 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Sobre la cuestión, puede verse la reflexión de mi libro de 1996, pp. 242 a 246. Véase también la muy solvente explicación de ROCA SASTRE, Ramón María, ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis y MADRILEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso, *Derecho hipotecario*, Tomo 5.º, 8.ª edición, Barcelona, 1997, pp. 198 a 232. Criticable y muy insuficiente y

aguas tendrán todas las acciones civiles de defensa de su derecho, como la acción reivindicatoria o declarativa de propiedad (incluso frente a los ataques del tramo subterráneo de la corriente de aguas privadas objeto del derecho de propiedad, ataques que son los más frecuentes); las acciones posesorias; la acción real registral, en su caso; etc. En cuanto a la cuantía de los derechos de propiedad sobre aguas subterráneas se determinarán por aplicación del bloque de normas de la Ley de Aguas de 1879 y del Código civil, aplicables por la irretroactividad de las disposiciones transitorias 2.^a a 4.^a del TR de aguas de 2001, y además, o por dicha irretroactividad o al menos subsidiariamente, por los artículos 384 y siguientes del Código civil sobre deslinde de propiedades inmuebles, que sin duda lo son las propiedades sobre aguas, incluidas las propiedades que son dominio público hidráulico, aplicables al menos esos preceptos, a falta de criterio legal claro, por analogía. En fin, se deduce del sistema transitorio de la vigente Ley de Aguas que la propiedad privada de los pozos es indefinida en la mayor parte de los casos y temporal por 50 años en otros, con prevista conversión entonces, al final de ese plazo, del derecho en una concesión administrativa a favor del antiguo dueño de las aguas.

Por exigencias del sistema, junto con el conocimiento de los antecedentes históricos, no cabe interpretar con normalidad o amplitud aquellos preceptos limitativos de la propiedad privada de las disposiciones transitorias del TR, como hacen equivocadamente algunos autores²⁴ Y menos desde que el Texto Refundido de 2001 ha suprimido la (razonable, por lo demás) idea de la subsistencia del Código civil sólo en lo no contradictorio con la legislación de aguas (Disposición derogatoria de la Ley de Aguas de 1985, apartado 1.º,

defectuosa argumentada me parece la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de abril de 2005 (RAr. núm. 5368), que consideró que para la inmatriculación de un pozo de aguas privadas en el Registro de la Propiedad se necesitaba previamente el requisito de la inscripción de ese mismo pozo, y la certificación correspondiente, en el Catálogo de Aguas Privadas de la Cuenca. El criterio razonable es el de la Sentencia civil del TS de 7 de diciembre 1961 (RAr. núm. 4452), que consideró válida la inscripción de un aprovechamiento de aguas públicas hecha en el Registro de la Propiedad sin la correspondiente previa inscripción en el Registro administrativo entonces vigente. En la misma línea véase la Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 1960 (RAr. núm. 166). Sobre la cuestión mi libro de 1996, pp 675-676, y nota 406. La citada Resolución de la DGRN de 23 de abril 2005 la he criticado en mi trabajo *La oscura y deficiente regulación del llamado mercado del agua*, en el Libro Homenaje al profesor AMORÓS GUARDIOLA, 2006, Tomo 1.º, pp. 1270 a 1271.

²⁴ Entre esos autores podrían incluirse, por ejemplo, PÉREZ PÉREZ, Emilio; DEL SAZ CORDERO, Silvia, aunque ha rectificado un tanto en trabajos posteriores; y MAS BADÍA, María Dolores. Cfr., respectivamente, los citados comentarios a la Ley de Aguas del primero en los *Comentarios de EDERSA*, dirigidos por ALBALADEJO, 1991, 657 pp.; de la segunda, *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de aguas)*, Madrid, 1990, 387 pp; y de la tercera *El nuevo régimen jurídico de las aguas (Intereses privados en la Ley de Aguas)*, Valencia, 1993, 308 pp.

párrafo 3.º) y ha dejado sólo el rotundo e irrazonable principio de que el Código civil se aplica en todo lo no «*expresamente*» regulado en la legislación de aguas (Disposición final 1.ª del TR). Aquí la torpeza tantas veces denunciada del legislador de 1985 proyectaba una directriz general de interpretación propietarista y liberal de todo nuestro sistema legal de las aguas privadas. Y hoy aparece potenciada, así, al mantenerse el precepto, dicha directriz liberal.

Añadamos, finalmente, que esta explicación en clave civilista clásica sobre el régimen jurídico de las aguas privadas tiene el sólido anclaje constitucional en la reserva legal del derecho de propiedad; en la prohibición para el legislador de modificar el «*contenido esencial*» del derecho de propiedad y en la protección general de la propiedad privada que impone nuestra Constitución (arts. 53.1.º y 33)²⁵.

Según el apartado 3.º de las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª del TR: «*En cualquiera de los supuestos anteriores, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación, según lo establecido en la presente ley*».

Se ha dicho expresivamente de esta norma que «congelaba» los derechos sobre aguas privadas que perviven bajo la Ley de 1985²⁶. La norma se redactó para un anteproyecto de ley del otoño de 1983 en el que estaba prevista la total publicación de todas las aguas y la extinción de todas las aguas privadas al cabo de un plazo de 50 años y en aquel anteproyecto tenía sentido. En el sistema de las actuales disposiciones transitorias, en cambio, la norma es profundamente ilógica, pese a haber recibido la bendición de la Sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico n.º 12)²⁷. Por eso, aunque se haya intentado sugerir algún fundamento razonable para

²⁵ La ya comentada e interesante Sentencia cont. adva. del TS de 3 de octubre 2006 (RAr de 2007, núm. 4205, ponente Jesús Ernesto PECES MORATE) afirma que, en un supuesto en que la Administración intenta sustituir un pozo de aguas privadas e inscrito en el Registro de Aguas por otro diferente, y situado en otro lugar, que autorizó en efecto, pero con menos caudales que el pozo originario, dicha Administración incurrió en vulneración de los artículos 33.3.º de la Constitución, 349 del Código civil, y 9 a 52 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa.

²⁶ Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Informe Jurídico al Proyecto de Ley de Aguas*, junto con LLAMAS MADURGA, Manuel Ramón, multicopiado, 1985, pp. 119 a 122. La afirmación, que hizo fortuna en la doctrina posterior, la hacía el autor como una metáfora graciosa y pedagógica, junto a la de la similitud de estos derechos con las «reservas» de los indios norteamericanos.

²⁷ Cfr. el comentario y matizaciones que hice a la doctrina en esto del Tribunal Constitucional, doctrina que ya he señalado flojeaba claramente en algunos aspectos de Derecho civil, aunque tuvo la prudencia de reducir al mínimo los pronunciamientos sobre esa rama del Derecho, en mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, pp. 542 a 544.

esa norma²⁸, se ha interpretado en casi toda la doctrina restrictivamente, afirmándose que no debería impedir las reformas del aprovechamiento que traten de mantener el equilibrio económico del mismo o el caudal utilizado²⁹; o que no debería impedir las reformas que, como la profundización de pozos, se dirijan a mantener el caudal anteriormente aprovechado³⁰; o que no debería impedir las reformas del aprovechamiento que no perjudiquen a otros usuarios o que no perjudiquen cuantitativa o cualitativamente el acuífero³¹. La disposición transitoria tercera, apartado 2, letra *b*, de la Ley de Aguas canaria de 1990 coincide con ésta última directriz interpretativa propuesta para la Ley estatal de aguas de 1985.

Las opiniones de algunos autores³² apartándose de estas orientaciones doctrinales señaladas y mayoritarias y pretendiendo tomarse en serio, hasta sus últimas consecuencias, la «congelación» de la propiedad privada del agua, me parecen poco meditadas y hasta irrazonables. Y aparte de irrazonables, pueden ser legi-

²⁸ Por ejemplo, GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, parece haber sugerido un paralelismo entre este precepto transitorio de la Ley de Aguas y la categoría del Derecho urbanístico de las «cosas fuera de ordenación». Pero parece forzosísima la sugerencia, que el autor no formula además con total precisión, por el significado tan diferente de la planificación urbanística y la relativa a las aguas públicas. Cfr. esta opinión en la obra colectiva, junto a otros dos autores, *El Derecho de aguas en España*, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1986, pp. 411-412 y 409.

²⁹ Cfr. De la CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, 1989, pp. 118 a 121.

³⁰ Cfr. Del SAZ CORDERO, Silvia, *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de Aguas)*, 1990, pp. 76 a 78 y 217 a 222.

³¹ Cfr. mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, pp. 540 y ss. y 547, en particular. También, aceptando ampliamente mi explicación, Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Derecho de aguas*, 1997, pp. 144 a 146 y nota 110. Cfr. también MORELL OCAÑA, Luis, *Las titularidades sobre aguas privadas*, Revista de Administración Pública, núm. 154, 2001, pp. 39-40. Cfr. También en la misma línea, SASTRE BECEIRO, Mónica, *Propiedad pública o privada de los humedales y aguas subterráneas*, en el libro colectivo *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económicos*, Fundación Marcelino BOTÍN, Ediciones Mundi Prensa, 2003, pp. 84 a 92.

³² Aparte de lo ya antes señalado de PÉREZ PÉREZ, Emilio, en su libro de 1991, véase también su libro *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario.*, Barcelona, 1998, pp. 51 a 82 y 121 ss. Sobre dicho libro véase la cuidada recensión que publiqué en el Anuario de Derecho Civil de 2000, fascículo 3.º, pp. 1054 a 1073. Por otra parte, también EMBID IRUJO, Antonio, considera igualmente que el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª es un precepto legal coherente, aunque con una dura solución, pero que es la de la Ley, y entiende que los derechos de propiedad quedaron «absolutamente congelados», hasta el punto de que se impediría su transmisibilidad, según él, y ello, porque, de no entenderse así el precepto, cree que «se vendría abajo» todo el régimen de opciones y consecuencias previsto en la Ley de 1985. El autor ha prescindido de la abundantísima doctrina existente sobre la cuestión y cita una única Sentencia del TS, la de 14 de abril de 2004, Sentencia que recoge y elogia. Cfr. su citado trabajo *A vueltas con la propiedad de las aguas*, ...en el núm. extraordinario de *Justicia Administrativa*, 2006, pp. 192, 194, nota 5.ª, 200 y 203. Aparte de todas las razones que explico en el texto, en este mismo trabajo he dado razones de peso para considerar también esa Sentencia de 14 de abril de 2004, incoherente con muchísimas otras sentencias del propio TS, poco sensata en su solución e incoherente con el conjunto de nuestro sistema legal de las aguas.

timadoras o alentadoras de comportamientos de la Administración que signifiquen una auténtica desviación de poder, si se utiliza la potestad sancionadora como forma de presionar a los propietarios de aguas privadas para que soliciten una concesión administrativa (o sea, en el fondo, para que renuncien a la propiedad privada de sus aguas).

En fin, creo que la mencionada idea de la «congelación» de la propiedad privada es la cuadratura del círculo: un inconsciente o involuntario invento de personas, las redactoras de la norma, que no tenían clara ni la noción de propiedad privada ni la de dominio público. Personas que habían perdido completamente la noción de esa distinción que brillantemente trazara la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866 y distinción sobre la que, entre otras claras ideas de las leyes liberales de aguas, los agentes jurídicos españoles habían construido sólidamente un buen Derecho de aguas. Los derechos subjetivos, con el derecho de propiedad en cabeza, los reconocen las leyes para la vida social, que es movediza y cambiante y, si bien se piensa, esto de un pretendido derecho subjetivo «congelado» es un auténtico sinsentido. Sin embargo es la teoría que ha acogido con gran nitidez y en un caso claro y perfectamente normal, y que podría ser hasta frecuente, y por tanto de gran incidencia social futura si no se rectifica, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Tribunal Supremo, Sección 5.^a, de 27 de octubre de 2009, Sentencia que paso a comentar a continuación.

B. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE OCTUBRE DE 2009

1. EL SUPUESTO DE HECHO Y LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

A principios de los años setenta del siglo pasado la empresa NEASA había alumbrado a sus expensas los pozos denominados Arga y Llobregat con base en los artículos 22 y 23 de la Ley de Aguas de 1879 y artículos 417 y 418 del Código civil. Los hizo aforar a efectos de su inmatriculación o inscripción en el antiguo Registro de Manantiales de las antiguas Jefaturas de Minas regulado por el Decreto de 23 de agosto de 1934, obteniendo unos aforos de, para el pozo denominado Arga, 108,69 litros por segundo; y para el pozo denominado Llobregat de 102,99 litros por segundo. En el año 1980 la empresa NEASA inmatriculó también

ambos pozos en el Registro de la Propiedad de Yecla por la vía de la declaración de obra nueva regulada en la legislación hipotecaria (arts. 208 de la LH y 308 del RH).

El importante chorro de agua o los caudales que representan estos pozos, de propiedad privada, están divididos para su comercio más ágil en «acciones» o «participaciones» del total caudal aforado, que no son sino cuotas de la copropiedad total de los caudales de cada pozo. Estas cuotas de condominio circulan en el tráfico a base de renunciar el transmitente al realizarse la transmisión de las «acciones» al retracto de comuneros del Código civil del artículo 1522, y reflejando esa renuncia el Registrador, tomada de la escritura pública correspondiente, en el folio registral, como carga real impeditiva de la eficacia del retracto, para que sea oponible la renuncia al retracto a los subadquirentes y adquiera así cada «acción» de aguas privadas plena autonomía en el tráfico jurídico. La cuantía de cada «acción» de aguas privadas es perfectamente conocida, al menos, en el ámbito de toda la región levantina. Cada «acción», con arreglo al caudal aforado, según los usos, permite el riego de una tahúlla de tierra, o sea, once áreas y dieciocho centiáreas, haciéndose esta determinación a base de estimar bastante para el riego de una tahúlla ochenta metros cúbicos de agua en tandas de treinta días.

En contrato otorgado en escritura pública el 11 de octubre de 1982 la empresa NEASA vendió todas las «acciones» de los pozos denominados Arga y Llobregat a la empresa Lucentum S.A. Y en contrato también otorgado en escritura pública de 21 de abril de 1998 la empresa Lucentum S.A. vendió a la Sociedad Agraria de Transformación (SAT, en adelante) Carche Raspay 2670 acciones de aguas privadas del pozo denominado Arga y 3266 acciones de aguas privadas del pozo denominado Llobregat. La SAT Carche Raspay es una importante sociedad civil con unos 250 socios, la mayoría agricultores y ganaderos modestos, y cuyas actividades agrarias con aguas subterráneas privadas para riegos de socorro, sobre todo en cultivos de vid, se extienden a más de 2.500 hectáreas. La vida económica de una amplia zona depende de las aguas subterráneas privadas de los pozos Arga y Llobregat.

En fechas posteriores a las de los hechos referidos, la SAT Carche Raspay fue realizando diversas ventas de acciones de aguas privadas de los mencionados pozos a diversos socios de la propia SAT y entre ellos, a las empresas Carche Olmo, SLUnipersonal (SLU, en adelante) y a diversos socios de la SAT Valle de la Pila. El resultado final de esta evolución digamos que histórica de los pozos Arga y Llobregat es que las aguas privadas de los mismos son propiedad o

copropiedad de un gran número de copropietarios o titulares de las «acciones» de aguas privadas, no siendo propiedad los pozos, como chorro de agua o conjunto de caudales, de la SAT Carche Raspay. La SAT Carche Raspay, constituida en un contrato de 18 de agosto de 1993, es una sociedad civil de responsabilidad limitada, que administra el agua de los pozos y la hace llegar a sus diversos copropietarios. Tampoco es la SAT Carche Raspay propietaria de la tubería de riego, que es copropiedad de un conjunto de regantes de la zona, dueños de ciertas fincas, conforme al contrato constitutivo de la copropiedad *pro indiviso* celebrado entre ellos de 1 de marzo de 2000. La SAT Carche Raspay administra también la tubería de riego por tolerancia de los copropietarios de la misma. Conforme a los Estatutos de la SAT Carche Raspay y a acuerdos expresos de la misma Sociedad en dicho sentido, se procura que todos los titulares de «acciones» de aguas privadas o condueños de ellas las inscriban en el Registro de la Propiedad y, mientras no lo hagan, no se les da agua de la tubería de riego central.

A lo largo de 1999 y primeros meses de 2000 diversos socios de la SAT Carche Raspay, y entre ellos Carche Olmo, SLU, pusieron en regadío fincas de su propiedad con el agua privada que habían adquirido por compra de la propia SAT Carche Raspay, como se acaba de explicar. Entre todos estos nuevos regantes con «acciones» de aguas privadas habían puesto, en conjunto, en regadío en los citados meses, unas seiscientas hectáreas de regadío. A algunos de los nuevos regantes la Administración no les inquietó ni imputó regadío ilegal directamente (sí responsabilidad por los riegos con aguas privadas de otros, en tanto que socios de la SAT Carche Raspay, persona jurídica imputada en varios procedimientos sancionadores, como vamos a ver).

El 5 de septiembre de 2000 se acordó por la Confederación Hidrográfica del Segura (en adelante, CHS) la apertura de expediente sancionador a la SAT Carche Raspay y a la sociedad Casas del Señor, SL, hoy Sociedad Carche Olmo, SLU, pretendiendo que se había dado un supuesto de regadío ilegal, al proporcionar la primera sociedad a la segunda aguas de sus pozos de propiedad privada denominados Arga y Llobregat para regar en el paraje «Casas del Olmo», paraje hasta entonces de secano, en el término municipal de Jumilla, provincia de Murcia, y sin haber obtenido previa autorización o concesión administrativa de la Confederación Hidrográfica. Se denunció un regadío ilegal en tierras antes de secano de unas 80 hectáreas de vid de secano por el sistema de goteo. El expediente fue señalado como el D-349/2000. El origen concreto del expediente se sabe que pro-

cede de una denuncia de una vecina de las recurrentes, doña María Eugenia E.M., que incorporaba a su escrito de denuncia recortes de prensa sobre los regadíos ilegales con pozos (pozos clandestinos alumbrados tras la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, con toda probabilidad).

A consecuencia de este Expediente, en cuya instrucción se omitió el trámite de audiencia, y en resolución de fecha 19 de febrero de 2001, el Presidente de la Confederación Hidrográfica del Segura impuso sendas multas de 500.000 pta. cada una a la SAT Carche Raspay y a la sociedad Casas del Señor, SL, hoy Carche Olmo, SLU y, a esta última Sociedad, prohibición de regar en lo sucesivo en su finca sin previa autorización administrativa. El 23 de marzo de 2001 ambas sociedades interpusieron sendos recursos de reposición contra esas sanciones impuestas el 19 de febrero de 2001.

Los recursos de reposición interpuestos por las dos sociedades recurrentes quedaron desestimados por silencio administrativo el 7 de julio de 2001, al quedar finalizado el plazo máximo de 3 meses de suspensión del plazo de resolución de dichos recursos que autoriza el artículo 42.5.º, letra c), de la Ley 30/1992 y suspensión del plazo que la propia Administración había solicitado. Sin embargo, y sin duda con base en el artículo 43.4.º de la Ley 30/1992, la Presidencia de la CHS desestimó todavía expresamente los recursos de reposición, acumulados, de ambas sociedades recurrentes, en Resolución expresa y motivada de fecha (aunque hay una cierta duda de si sea el 4 o el 10) 4 de septiembre de 2001.

Los recursos de reposición de 23 de marzo de 2001 alegaban, entre otras cosas, que los artículos 108, letra g), de la Ley de Aguas y 315, letra j), y artículo 93 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986 o eran preceptos muy genéricos o se referían solo a las aguas públicas pero no a las privadas, como las que se habían usado en el paraje denunciado por regadío ilegal. Y se alegaba también que las aguas de los pozos Arga y Llobregat, al ser privadas, por aplicación de las disposiciones transitorias 2.ª a 4.ª, y en particular por la 3.ª de la Ley de Aguas, era transmisibles y trasladables libremente por sus dueños, que las habían trasladado por una servidumbre de acueducto de constitución voluntaria totalmente legal (una tubería subterránea que atravesaba fincas cuyos dueños habían dado todos su aceptación). Se alegaba también que las «acciones» de aguas privadas propiedad de los dueños de las fincas denunciadas eran, en tanto que cantidad de agua, más que suficientes para regar esas 80 hectáreas de pretendido regadío ilegal, y que, en tanto que bienes inmuebles inmatriculados en el Registro de la Propiedad, les eran aplicables las presunciones derivadas de los

artículos 38 y 41 de la Ley Hipotecaria, presunciones que en absoluto habían sido desvirtuadas por la Administración con sus meras invocaciones de «ampliación de regadíos» y de «regadío ilegal». Una cosa es trasladar el agua o el regadío, se argumentaba, y otra muy distinta, «ampliar» los regadíos.

La Resolución de la Presidencia de la CHS de 4 de septiembre de 2001 reconocía, en su Consideración 2.^a, el mantenimiento por la Ley de Aguas de ciertas «situaciones» (significativo: no de derechos o titularidades) anteriores a su entrada en vigor en enero de 1986, advirtiendo que «no se iba a poner en entredicho el mantenimiento de la titularidad de dicha agua en la misma forma y grado de que disfrutaban, pero sí el uso que de ella se haga». Incluso reconocía la Resolución que «no se cuestionaba» la existencia de unas inscripciones de los derechos de las recurrentes en el Registro de las Jefaturas de Minas de 1934 y en el Registro de la Propiedad que les daban la presunción de exactitud posesoria según los artículos 38 y 41 de la Ley Hipotecaria. Pero contraargumentaba que la Administración era responsable del buen uso que se haya de realizar del agua, y reproducía el apartado 3.º de la Disposición transitoria 3.^a de la Ley de Aguas, en la que reconocía el establecimiento de unos «mecanismos para que, ya sea de motu proprio u obligados por las circunstancias, los titulares de esos aprovechamientos se vean avocados (sic: «abocados», debió decir, evidentemente) a pedir, con carácter preferente, una concesión administrativa». Y a continuación citaba cinco sentencias, de las que tres del Tribunal Supremo, que según afirmaba la Resolución, habían recogido esa doctrina.

En la Consideración 3.^a de la Resolución de 4 de septiembre de 2001 argumenta la Administración que el hecho de estar «abocados» los dueños de aguas privadas a tener que pedir una concesión administrativa no lo desconocían ellos mismos, puesto que en los inicios de la tramitación del expediente D-349/2000 habían aducido e informado de que desde el 14 de diciembre de 2000 estaban gestionando la tramitación de una concesión administrativa sobre las aguas de los pozos Arga y Llobregat para regar en la zona que la Administración había denunciado como de regadío ilegal. Y ello, argumenta la Resolución, se contradice con lo argumentado luego en los recursos de reposición de 23 de marzo de 2001, cuando ya no se alude a pedir concesión administrativa alguna. Además, la Resolución argumenta un Informe técnico de 23 de noviembre de 2000 del Servicio de Recursos Hidráulicos Subterráneos, que afirma que habría imposibilidad de inscribir nuevas superficies de regadío que se hubieran producido en

los dos últimos años, y parece relacionar esa afirmación del Documento con el artículo 9, párrafo 4.º, del Plan Hidrológico de Cuenca del Segura, aprobado por la Orden Ministerial de 13 de agosto de 1999. Incluso afirma la Resolución que el poder tramitar los dueños de aguas privadas y recurrentes la petición de una concesión administrativa sobre sus aguas privadas es un verdadero «*privilegio*».

La consideración 4.^a de la Resolución de 4 de septiembre de 2001 afirma que es correcta la calificación de la infracción administrativa cometida al aplicarse los artículos 108, letra *g*, de la Ley de Aguas, y 315, letra *j*, y 318.1.º del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986, y que lo realmente importante es que el riego es ilegal, al no contar con autorización administrativa, y realizarse «*con un agua en principio privada pero cuyo uso ha excedido los límites de sus aprovechamientos*».

Conviene advertir también que la inscripción o inmatriculación por la SAT Carche Raspay de sus pozos de propiedad privada denominados Arga y Llobregat en el Catálogo de Aguas Privadas de la Cuenca del Segura fue solicitada ante la Confederación Hidrográfica del Segura en un Escrito de 23 de octubre de 2001, con acompañamiento de toda la muy abundante documentación probatoria exigida, sin que la Administración ni pidiera subsanación de ningún requisito ni impulsara el expediente de inscripción en absoluto. Expediente que, por tanto, sigue hasta hoy paralizado por evidente negligencia de la Administración, porque el conflicto jurídico surgido entre ésta y la SAT Carche Raspay es en último término independiente, sea cual fuere su resultado final, de la inscripción de las titularidades de ésta sobre ciertas aguas privadas, titularidades que, convenientemente probadas, debieron inscribirse en el Catálogo de Aguas Privadas conforme al procedimiento establecido al efecto, sin que la Administración tenga discrecionalidad alguna sobre esto y para negar o impedir una tal inscripción. No puede la Administración denegar la inscripción como medida de presión o como sanción indirecta a empresas o titulares de derechos sobre aguas que no se comportan como la Administración desea.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA NÚM.º 53/2005, DE 28 DE ENERO

Contra esta Resolución administrativa de 4 de septiembre de 2001 se interpuso recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia (TSJ de Murcia, en adelante) el 13 de noviembre de 2001 por las dos Sociedades recurrentes, dando

lugar a los procedimientos números 1803 y 1804 del 2001, posteriormente acumulados por la Sala. Ambas recurrentes solicitaron la suspensión de la ejecución del acto administrativo sancionador, lo que, incluyendo la inicial prohibición de regar, fue concedido por la Sala a favor de la SAT Carche Olmo en su Auto de 26 de febrero de 2002. Las empresas recurrentes, en sendas demandas presentadas los días 22 de marzo y 22 de abril de 2002, insistían en sus argumentos de los recursos de reposición, profundizándolos y ampliándolos. Resumo solo los principales de esos argumentos.

En efecto, se volvía a insistir en la inaplicabilidad al caso de los preceptos sancionadores de la Ley de Aguas y del Reglamento antes citados, por ser demasiado vagos, y contrarios al principio de tipicidad, o por referirse, además, solo a las aguas públicas y no a las privadas. Pero se añadía ahora que ello era contrario al artículo 25.1.º de la Constitución (CE, en adelante) y al artículo 129 de la Ley 30/1992 (FD núm. 12), precepto que recoge los principios de tipicidad y legalidad de las sanciones y de la prohibición de la analogía en este ámbito.

Se volvía a insistir en que se trataba de aguas privadas y por tanto transmisibles y trasladables libremente conforme a la voluntad del propietario, lo que se argumentaba prolijamente con artículos de la Ley de Aguas de 1985, de su reforma por la Ley 46/1999 (art. 61 bis); del Código civil y de la Ley Hipotecaria, así como de abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la Ley de Aguas de 1985. La transmisión del derecho sobre las aguas, se argumentaba, es y ha sido siempre cosa distinta de la «*modificación del régimen*» a que alude el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas (FD núm. 3). Se explicaba además (FD núm. 13), con todo detalle, cómo se había constituido legalmente la servidumbre de acueducto que daba cobertura legal a la tubería principal de riego subterránea construida por algunos socios de la SAT Carche Raspay. Todos los dueños de las fincas atravesadas por la tubería habían consentido la construcción, incluida doña Maria Eugenia EM., que, según el contrato, aportado al procedimiento judicial, recibiría en pago de su consentimiento una porción de agua para una pequeña piscina de su propiedad, y que, sin embargo, después de haber permitido la construcción de la tubería subterránea que atravesaba su finca a su ciencia y paciencia, se arrepintió, negó el consentimiento que realmente había dado y que se demostró en el procedimiento con declaraciones firmadas de varios testigos, y denunció a la SAT Carche Raspay, con evidente mala fe, en opinión al menos, explicitada en las demandas, de esta sociedad y también de la otra recurren-

te, la sociedad Carche Olmo, SLU. Se demandó a esta señora, dueña de la finca denominada «Casa Puche» o «Casa Spuche», pretendiendo que el TSJ de Murcia declarara la constitución voluntaria de una servidumbre de acueducto.

Se argumentaba también que suprimir la transmisibilidad del derecho de propiedad privada sobre el agua podría vulnerar el «contenido esencial» del derecho de propiedad protegido por el artículo 53.1.º de la Constitución (CE, en adelante), y también el límite constitucional a restringir retroactivamente los «derechos individuales» impuesto por el artículo 9.3.º de la CE.

Se insistía también en las demandas (FD núm. 2) en el esencial argumento (no considerado por la Resolución de 4 de septiembre de 2001 al responder los argumentos de los recursos de reposición, incurriendo con ello en clara incongruencia omisiva esa Resolución, según las recurrentes), de que la Administración no había probado en absoluto que hubiera habido un riego que se excediese de lo que Carche Olmo, SLU podía regar con la importante cantidad de agua privada que eran las 423 «acciones» de aguas privadas que eran de su exclusiva propiedad. La Administración nunca intentó hacer mediciones y comparar la extensión estimada de tierra que la empresa sancionada tenía derecho a regar y la que en efecto había regado. Y esa hubiera sido la única forma seria de probar que se había excedido en sus límites, según las recurrentes. Además, la prueba de ese exceso de riego era esencial para desvirtuar o enervar las presunciones legales que favorecían a las recurrentes. No solo las derivadas del Registro de la Propiedad y de los artículos 38 y 41 de la Ley Hipotecaria. Sino también, se argumentaba, la del artículo 7 del Decreto de 23 de agosto de 1934 regulador del Registro de Manantiales en el que estaban inscritos y aforados los pozos Arga y Llobregat. Y también la presunción de inocencia que rige siempre en el procedimiento sancionador, conforme a los artículos 137.1.º y 4.º de la Ley 30/1992 y artículo 16.2.º del Decreto 1398/1993, conteniendo el Procedimiento Sancionador general. Favorecían también a los recurrentes la presunción de buena fe del artículo 434 del Código civil y la de legitimación como poseedores en concepto de dueño del artículo 448 del propio Código. Además, la Administración no había imputado daños al dominio público hidráulico, con lo que en cierto modo reconocía que el riego se había realizado en efecto exclusivamente con aguas privadas y sin sustraer ninguna porción de agua pública del acuífero. En fin, cambiar o trasladar el agua de sitio no es, se argumentaba, crear un «*incremento de los caudales totales utilizados*» en el

aprovechamiento, que era el requisito del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas.

Se recordaba también a la Sala del TSJ de Murcia que el acuífero al que pertenecía Jumilla no había sido declarado sobreexplotado, con lo que no jugaban aquí las potestades administrativas robustecidas del artículo 54 de la Ley de Aguas (FD núm. 4). Y también que no era cierto en absoluto que fuera aplicable al caso el artículo 9, párrafo 4.º, del Plan Hidrológico de la Cuenca del Segura, como había alegado la Resolución impugnada, precepto que nada decía de las aguas privadas (como todo el resto de ese Plan de cuenca, por cierto, contenido en la Orden Ministerial de 13 de agosto de 1999), y se demostraba que de ese precepto más bien se podían extraer argumentos a favor de las recurrentes y de la plena consistencia de sus derechos de propiedad privada sobre ciertas aguas. En fin, se argumentaba por las recurrentes que el Informe Técnico de 23 de noviembre de 2000 que invocaba en su motivación la impugnada Resolución administrativa de 4 de septiembre de 2001, informe que era en realidad del 22 de noviembre, y que explicaba la imposibilidad de inscribir nuevas superficies de regadío durante los dos últimos años, era un informe de un ingeniero sin formación jurídica y que lo que decía no tenía base en norma alguna (ninguna se invocaba en el susodicho informe) ni en el Plan Hidrológico de la Cuenca del Segura, en particular.

Alegaban también las recurrentes (FD núm. 9) que ellas carecían del más remoto vestigio de culpa, al haber regado con aguas de su propiedad y en fincas de su propiedad, y siendo que, superadas algunas dudas iniciales, hacía tiempo que el Tribunal Supremo había dejado establecida la necesidad de culpa como requisito necesario para que pudiera existir infracción administrativa de cualquier tipo y la correspondiente sanción administrativa.

Frente a la idea de la motivación de la Resolución impugnada de 4 de septiembre de 2001 de que las mismas recurrentes en reposición habían aceptado que conforme a la Ley de Aguas estaban «*abocadas*» a solicitar una concesión administrativa sobre las aguas de sus mismos pozos Arga y Llobregat que en efecto empezaron a tramitar en diciembre de 2000, contestaron las recurrentes en ambos procedimientos judiciales (FD núm. 6) que ello se debía a que la SAT Carche Raspay, pese a su considerable importancia y presencia en la zona, no tenía abogado a su servicio y ante el expediente sancionador D-349-2000 se dejó aconsejar por un ingeniero agrónomo que, trasladando las instrucciones de los funcionarios de la CHS, se limitaron a aconsejarles que pidieran una concesión administrativa sobre las aguas privadas de sus pozos Arga y Llo-

bregat. Sin embargo, el 1 de marzo de 2001, la CHS inició un nuevo expediente sancionador contra la SAT Carche Raspay en el que se les imputaba falta muy grave y se les amenazaba con una multa de hasta cien millones de pesetas. En ese momento, lógicamente, la SAT buscó asesoramiento de Letrados, que la previnieron de que, por la existencia del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.º de la Ley de Aguas, solicitar una concesión administrativa iba a significar la pérdida de la propiedad privada de las aguas, por lo que debían cambiar su estrategia y reivindicar su derecho a regar con las aguas que eran ya de modo legítimo de su propiedad privada. Por esa razón, completamente lógica, los argumentos de los recursos de reposición de 23 de marzo de 2001 de las recurrentes, ya asesoradas entonces por Letrados profesionales, y habiendo renunciado antes a su solicitud de la concesión administrativa, lo que había sido aceptado por la Administración, en el expediente D-349/2000 es cierto que se percibe un cambio de estrategia de las recurrentes, pero cambio perfectamente lógico, explicable, y legal y moral o lícito.

Argumentaban también las recurrentes graves defectos de forma o de procedimiento en la tramitación por la Administración del Expediente D-349/2000, como la falta de audiencia, que les hizo desconocer, entre otros datos relevantes, durante más de un año, que el expediente se había iniciado por denuncia de doña María Eugenia E.M.; y en fin, alegaban un considerable descuido formal general en la actuación de la Administración y en la misma motivación de la impugnada Resolución de 4 de septiembre de 2001. En particular, en cuanto a esto, las demandas de las recurrentes, explicando una por una las sentencias del Tribunal Supremo invocadas por la Administración, demostraban que en absoluto esas sentencias podían invocarse para lo que se invocaron.

La pretensión de las dos recurrentes en las demandas del recurso contencioso administrativo era la siguiente: 1.º) La anulación de la Resolución impugnada y de las sanciones correspondientes. 2.º) Que se declarase constituida una servidumbre de acueducto en favor de las recurrentes sobre la finca denominada «casa Puche o Spuche». 3.ª) Que se declarase ilegal el artículo 315, letra j, del Reglamento de Dominio Público Hidráulico. 4.º) Que se impusiesen las costas a las partes demandadas, en su caso. 5.ª) Mediante Otrosí, que se suscitase cuestión sobre la constitucionalidad del artículo 108, letra g, de la Ley de aguas, hoy art. 116, letra g, del Texto Refundido de Aguas de 2001.

La Sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia (TSJ, en adelante) de Murcia núm. 53/2005, de 28 de enero³³, en esencia, desestimó en su Fallo los recursos contencioso administrativos interpuestos y acumulados, rechazando con contundente retórica todas las pretensiones de las recurrentes y confirmando la Resolución impugnada; consideró, en su encabezamiento y en su Fallo, de cuantía indeterminada el procedimiento; y eludió hacer pronunciamiento sobre las costas (Fundamento de Derecho 8.º).

Veamos los argumentos principales de esta Sentencia. En el decisivo Fundamento de Derecho 3.º empieza recordando la Sentencia la doctrina de la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre del Tribunal Constitucional (TC, en adelante), que en su sexto FJ razona que no tienen por qué gozar de «*protección administrativa*» los derechos de propiedad sobre aguas privadas que no se hayan acreditado ante el Registro de Aguas, y recoge el párrafo de dicha Sentencia 227/1988 del TC en el que se declara no inconstitucional el apartado tercero de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas, explicando la Sentencia, con la idea del TC, que la Ley respeta «el mismo grado de aprovechamiento material con que hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley se han venido disfrutando» las correspondientes aguas privadas. Finalmente resume la Sentencia el sistema transitorio de la Ley de Aguas de la siguiente manera: «en definitiva, la Ley respeta los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos, congelándolos en su alcance material actual, es decir, limitándolos a los caudales totales utilizados, de suerte que cualquier incremento de los mismos requerirá la oportuna concesión. Lo único que se impide en adelante es la posibilidad de apropiación patrimonial de incrementos eventuales de los caudales utilizados sin que medie título concesional y la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento». El subrayado es de la propia Sentencia del TSJ. A partir de esas concepciones, afirma que el planteamiento de los actores está «*completamente desenfocado*», y explica que como los actores han trasladado el agua privada por una tubería de tres kilómetros de larga y para regar una zona hasta entonces no regada, le parece «*indudable*» que ello supone un «*manifiesto cambio en el régimen de aprovechamiento*». Por lo que concluye que la infracción administrativa ha existido, puesto que estima la Sentencia que ha existido tanto modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento e incremento de los caudales totales utilizados, para los que

³³ Los magistrados que dictaron esta Sentencia del TSJ de Murcia núm. 53/2005 fueron los siguientes: Abel Ángel SÁENZ DOMÉNECH, Presidente de Sala; Joaquín MORENO GRAU, Ponente; y Fernando CASTILLO RIGABERT. La referencia en la Base de datos de Aranzadi de la Sentencia es RJCA/2006/849.

era exigible la obtención de concesión de acuerdo con la DT 3.^a, apartado 3.º, de la Ley de Aguas.

Las alegaciones de las empresas recurrentes sobre la falta de prueba de que el riego se hubiera hecho con aguas públicas sustraídas del acuífero son contestadas por la Sentencia (FD núm. 3) de la siguiente manera. Toma las afirmaciones de las actoras de que el traslado del agua no tiene por qué significar incremento de caudales y de que el traslado habrá representado que el agua vendida habrá dejado de ser utilizada en otro lugar por lo vendedores sin que eso se haya demostrado por la Administración. Afirma que ese razonamiento de los actores les pone «*ante dificultades prácticamente insalvables*». Afirma la Sentencia que, al carecer la Administración de datos por no haberse inscrito los pozos denominados Arga y Llobregat en el Catálogo de Aguas Privadas, «*resulta fundamentalmente razonable concluir que ese incremento se ha realizado a costa de sobreexplotar el acuífero en la medida necesaria para posibilitar el riego. Si no fuera así, correspondería a las actoras, y no a la Administración, probar cumplidamente que ese nuevo riego equivalía a otro que había dejado de hacerse, ya que la base de incertidumbre de que se parte ha sido creada por las propias actoras*». En esta ocasión el subrayado es mío, y hecho en relación con lo que luego se explicará.

Y la Sentencia imputa además a las recurrentes no solo culpa sino incluso dolo, con los siguientes argumentos. La culpa de las recurrentes la deduce el TSJ del cambio de posturas de las recurrentes a lo largo de la instrucción del procedimiento sancionador D-349/2000, llegando a mantener, afirma, «*posturas incompatibles entre sí*». Y desde esa consideración argumenta de la siguiente manera: «*no justifica estas contradicciones el mal asesoramiento inicial de un ingeniero agrónomo pues, aunque así fuera, lo que no es sostenible es que por cambio de asesor los hechos sean completamente diferentes a los que hasta hacía poco se habían sostenido (primero no se había usado el agua de la SAT Carche Raspay para regar y luego sí, pero se tenía derecho)*». Y llega a calificar la actuación de las recurrentes de dolosa con otros dos argumentos. El primero el alto grado de conocimiento que se les debe suponer a las empresas regantes sobre sus obligaciones profesionales, por lo que aquí habían omitido la diligencia debida. Y segundo, porque se ve en los recursos y escritos de las dos recurrentes que ambas actuaban de consuno o concertadas.

La denuncia por las recurrentes de la falta de audiencia en el procedimiento la rebate en pocas líneas la Sentencia del TSJ (FD núm. 5) afirmando meramente que del Expediente se deduce que

todos los actos que debieron ser notificados se notificaron y que sobre ellos pudieron formular alegaciones las recurrentes.

En cuanto a la petición de las recurrentes de que se plantease cuestión de ilegalidad sobre el artículo 315, letra *j*), del Reglamento de Dominio Público Hidráulico y cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 108, letra *g*, de la Ley de Aguas, preceptos ambos que consideraban infracción administrativa, y sancionable, cualquier comportamiento contrario a la normativa de aguas en general, la Sentencia del TSJ, invoca una serie de sentencias del TC sobre la tipificación indirecta de infracciones y concluye que no cabe plantear ninguna de las dos cuestiones planteadas por las actoras, porque del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas extrae las que considera obligaciones legales con claridad y certeza suficientes como para respetar el principio legal y constitucional de la necesidad de una tipificación previa de las sanciones.

La petición de las recurrentes de que se declarase por el TSJ constituida voluntariamente una servidumbre de acueducto que amparaba la tubería central de riego de la SAT Carche Raspay, la rechaza la Sentencia afirmando que esa petición no guardaba relación con el ejercicio de potestades administrativas ejercitadas por la CHS, y que, siendo cuestión de naturaleza civil, era competencia de la jurisdicción ordinaria.

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE OCTUBRE DE 2009

La Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa, Sección 5.ª, del Tribunal Supremo³⁴ ratifica (FD núm. 4) con gran énfasis la

³⁴ Los magistrados que dictaron esta Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009 fueron los siguientes: Mariano de ORO PULIDO y LOPE, Presidente; Pedro José YAGÜE GIL; Jesús Ernesto PECES MORATE; Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, Ponente; Eduardo CALVO ROJAS; y María del Pilar TESO GAMELLA. La Sentencia está recogida en el Repertorio Aranzadi de 2010, núm. 1210. La Sentencia puede consultarse también en Jur 2009/487343, en westlaw aranzadi.es; y en ROJ-SSTS.7195/2009, en la «Colección legislativa» de la base de datos del Poder Judicial. Pero en los tres casos se encuentra allí lo argumentado por el TS, pero no los antecedentes de hecho ni los argumentos del Recurso de Casación, que no fueron tomados en consideración, en gran medida, por el TS. Debo advertir al lector que toda esta información yo la conozco muy bien porque he seguido durante años este pleito dada mi participación como «Investigador Principal» en dos contratos de asesoría firmados en mi Universidad en el marco de los contratos realizados para la Transferencia de los Resultados de la Investigación (Oficina OTRI de mi Universidad de Zaragoza), y contratos firmados con las empresas recurrentes en casación en este pleito y con algunas otras y que son de fechas 27 de abril de 2001 (Contrato 234/2001) y de 4 de octubre de 2005 (Contrato 470/2005). El conflicto jurídico entre estas empresas y la Administración no está cerrado del todo todavía por la Sentencia aquí estudiada, tiene otras ramificaciones, ha dado lugar a otros procedimientos administrativos y judiciales ante el TSJ de Murcia y ante el TS

interpretación sobre la disposición transitoria 3.^a, apartado 3.^o, de la Ley de Aguas, que había dado la Sentencia núm. 53/2005 del TSJ de Murcia impugnada en casación. Menciona que en el recurso de casación se hizo un esfuerzo por dar otra interpretación con atención al elemento histórico, al teleológico y al sistemático, pero desestima el motivo, «*pese al esfuerzo de las recurrentes*». En el recordatorio que hace de la Sentencia impugnada usa expresiones como «evidente», «obvio», «patente», y otras equivalentes. Según la Sala: «el mandato del precepto es patente y ha sido avalado por el Tribunal Constitucional (STC 227/1988, de 29 de noviembre) sin que del mismo puedan realizarse interpretaciones parciales derivadas del concreto aspecto o dimensión de la explotación de que se trate». Y algo más abajo, y tras recordar que las aguas privadas no inscritas en el Registro de Aguas carecerán de la «protección administrativa», remacha: «Por ello, para la alteración de la forma de utilización que se realizaba «hasta ahora»(bien por el incremento de caudales, bien por el cambio de condiciones, bien por la modificación del régimen de aprovechamientos) obvio es que se requiere «la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación», sin que el precepto permita hacer distinguos en función de la dimensión de la alteración realizada, por cuanto lo pretendido por la Disposición Transitoria es mantener la titularidad pero en idénticas condiciones a las que se tenía con anterioridad, sometiéndolo, en consecuencia, cualquier alteración de las mismas a la previa obtención de una concesión administrativa». No reproduce la Sala el término «congelación» de la propiedad privada del agua, salvo en la parte inicial en la que transcribe la Sentencia impugnada, pero sí, con gran rotundidad, la idea con la que se suele relacionar.

Sobre la alegación de las recurrentes de que la Sentencia impugnada había infringido una serie de presunciones legales que les

y parece, en estos momentos (septiembre de 2010), que puede aún prolongarse un tiempo, acaso varios años más. Véase también lo explicado en la nota 39 de este trabajo. Pienso que es muy lamentable que el Ministerio de Justicia decidiera en 1996 suprimir la edición de la vieja «Colección Legislativa» del Ministerio de Justicia de todas las sentencias del Tribunal Supremo que, al menos en cuanto a las sentencias civiles, se remontaba casi hasta mediados del Siglo XIX y con incorporación en cada una de ellas de toda la historia del pleito y de los argumentos de los recursos de casación completos. Si no se conocen todos los datos esenciales de los pleitos no se puede juzgar con criterio científico o riguroso las sentencias y ello va a acabar degradando inevitablemente el rigor posible de la doctrina jurídica española. La Asociación de Profesores de Derecho Civil ha realizado diversas gestiones ante el Ministerio de Justicia para que se remedie esta grave situación, pero hasta ahora, lamentablemente, por lo que yo sé, todas infructuosas. Personalmente, pienso que no se debe abandonar esta reivindicación esencial para el mantenimiento de unos mínimos parámetros de racionalidad en la producción jurídica doctrinal y seguir insistiendo en que deben estar fácilmente accesibles, de alguna manera (mejor si también en soporte papel, en mi opinión) y cueste lo que cueste económicamente (es obvio que se publican en la actualidad muchos libros jurídicos de baja calidad y acaso prescindibles), las historias completas de, al menos, las sentencias del Tribunal Supremo.

favorecían (presunción de inocencia; la del poseedor en concepto de dueño de que posee con justo título; y las derivadas de tener inmatriculado su derecho a las aguas privadas en el Registro de la Propiedad y en el Registro de Manantiales) y de que no había probado en absoluto la Administración que el agua con la que se regaba tuviera un origen distinto que los propios pozos Arga y Llobrebat de la propiedad privada de las recurrentes, la Sala (FD núm. 5) recuerda que las cuestiones de prueba corresponden en principio al tribunal de instancia salvo en ciertos casos excepcionales, pero admite implícitamente estar en esos casos, puesto que sigue intentando razonar que la Administración ha prestado prueba suficiente del carácter ilegal y abusivo del regadío. Lo hace con los siguientes razonamientos. «De lo que las recurrentes están discrepando es de las conclusiones probatorias alcanzadas en la citada sentencia, pero, si bien se observa, no cita como infringido –en dicho proceso de valoración probatoria– ningún precepto legal concreto y no tacha las conclusiones alcanzadas de ilógicas o arbitrarias. Tampoco hace referencia a ninguna prueba concreta que no haya podido practicarse, ni las causas, en su caso, de ello, ni, en fin, las diversas consecuencias que pudieran haberse derivado de tal circunstancia». Y poco más abajo continúa afirmando: «Desde otro punto de vista, no se denuncia la vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, o la realización de valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, o bien la comisión de errores de este tipo jurídico en las valoraciones llevadas a cabo en los dictámenes periciales, documentos o informes que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, pudieran transformarse en infracciones del Ordenamiento jurídico. Y, en fin, tampoco se nos proporcionan datos con los que, en su caso, poder proceder a integrar la relación de hechos efectuada por la Sala de instancia, supuesto en el que, respetando la realización de la prueba realizada por ésta, resultaría posible tomar en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla y que tuviere el carácter de relevante para apreciar si se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia». Finalmente, aduce la Sala la presunción de veracidad de que gozan las actas de denuncia del Servicio Fluvial de Guardería en relación con la existencia de «riegos abusivos».

En cuanto a la cuestión también clave de la falta de culpa y dolo que alegaban las recurrentes, la Sala (FD núm. 6), ya no afirma aquí, ni siquiera de forma previa y vaga como en el caso anterior, que la valoración sobre si existió o no culpa corresponde en principio al tribunal de instancia. Y reconoce la Sala que hoy se conside-

ra indudable la necesidad de culpa como requisito de la infracción administrativa, y ya no imputa dolo a las recurrentes, como había hecho la Sentencia recurrida. Pero, finalmente, la Sala ratifica los argumentos sobre la existencia de culpa de esa Sentencia recurrida reproduciéndolos literalmente.

En el tema de la posible ilegalidad del artículo 315, letra *j*), del Reglamento de 1986, que había sido reclamada por las recurrentes, la Sala (FD núm. 7) reproduce con gran extensión el texto de la Sentencia 341/1993 del TC, de 18 de noviembre, sobre la Ley Orgánica de Protección Ciudadana, que ya había citado también la Sentencia núm. 53/2005 del TSJ de Murcia, y concluye confirmando la doctrina de ésta y desestimando el motivo de casación.

Frente a la petición de las recurrentes de que declarase la Sala que la Sentencia del TSJ de Murcia debió trasladar la demanda a doña María Eugenia E.M. para que se hubiera podido declarar frente a ella la constitución voluntaria de una servidumbre de acueducto, y que declarase que el TSJ hubiese tenido competencia para ello, la Sala (FD núm. 8), sin reflejar correctamente lo que las recurrentes le pedían, se limita otra vez a repetir literalmente lo que había afirmado la Sentencia recurrida y a desestimar el correspondiente motivo de casación, declarando la cuestión civil y de la competencia de tal jurisdicción.

En cuanto a la reclamación de las recurrentes de falta de audiencia en el expediente administrativo, aparte de una curiosa y por completo infundada declaración de que las recurrentes habían reconocido que la audiencia se produjo en realidad, la Sala (FD núm. 9) se limita otra vez a reproducir literalmente las razones de la Sentencia impugnada.

En cuanto a la reclamación de las recurrentes de que la Sentencia impugnada en casación había incurrido, como ya antes la misma resolución administrativa impugnada de 4 de septiembre de 2001, en incongruencia omisiva, la Sala (FD núm. 10 y núm. 11) lo niega, afirmando, con apoyo en cierta jurisprudencia del TC, y recordando o declarando que algunas de las contestaciones de la Sentencia impugnada habían sido implícitas.

4. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA DOCTRINA SOBRE LA PRETENDIDA PROPIEDAD PRIVADA «CONGELADA» DEL AGUA

En el primer epígrafe de este trabajo ya se ha adelantado que la teoría de la «congelación» de la propiedad privada del agua, que es idea que, como recordaba el Recurso de Casación al TS, alguien

lanzó como un chiste, no convencía a la mayoría de la doctrina y creo que se puede decir también que a la mejor doctrina, porque la crítica a esa idea está en robustas monografías con amplia información y extensos razonamientos, y la opinión contraria, que el TSJ y el TS sin embargo han acogido con cándido entusiasmo en sus sentencias, está en opiniones mucho menos argumentadas o fundamentadas.

Lo primero que se podría advertir, ya que ambos tribunales son tan rotundos en sus argumentaciones sobre este punto, es que los que redactaron las disposiciones transitorias de la actual Ley de Aguas no tenían claras las ideas y la terminología habitual de la teoría jurídica o del Derecho patrimonial español, lo que se nota mucho en los textos que redactaron. Afirmar, por ejemplo, que los dueños de aguas privadas *«mantendrían su titularidad en la misma forma que hasta ahora»* no es una frase demasiado clara y parece que debe entenderse como que mantendrían el derecho de propiedad sobre su agua y con el mismo contenido que tenía hasta entonces, aunque luego se quisieran hacer limitaciones o salvedades. La *«titularidad»* no puede mantenerse tras una reforma legal en *«formas»* diferentes: se mantiene o no se mantiene, y si se mantiene, ello puede suceder con el contenido pleno que tenía o con un contenido menor o reducido. Y por cierto que esta idea, la idea de mantenimiento en principio del derecho de propiedad, es la regla general de la que aparecen como excepciones los apartados 3.º y 4.º de la disposición transitoria 3.ª, regla general que resulta muy subrayada por la disposición final 1.ª de la Ley de Aguas, conforme a la cual *«en todo lo que no esté expresamente regulado por esta Ley se estará a lo dispuesto por el Código civil»*.

La *«forma»* en que hasta ahora se tenían los derechos de propiedad sobre aguas subterráneas era la de que los mismos representaban el derecho de gozar y de disponer libremente sobre el agua privada salvo en lo que las leyes lo impidiesen (art. 22 de la Ley de Aguas de 1879 y 348 y 424 del Código civil). Y cuando la Ley de Aguas afirma que requerirá una concesión administrativa *«el incremento de los caudales totales utilizados»*, está enturbiando un tanto las nociones de posesión y de propiedad, porque hubiera afirmado algo más comprensible para los juristas instruidos, y menos generador de inseguridad jurídica, si se hubiera referido a, en lugar de la mencionada frase, y aludiendo con claridad a la propiedad del agua, *«el incremento de los caudales utilizables conforme a su derecho»*. Y también la *«protección administrativa»* que ofreció la Ley a los dueños de aguas privadas que se inscribieran en el Registro de Aguas es un concepto sin significado técnico preciso, que,

aunque pretende aclararse en el artículo 80.3.º del Texto Refundido de Aguas de 2001 (art. 72.3.º de la Ley de 1985), crea verdaderos quebraderos de cabeza a los especialistas en Derecho de aguas.

En fin, la expresión «*modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento*» del pozo o de la explotación no tiene tampoco un significado técnico preciso, por lo que plantea de entrada la duda, entre otras posibles (como también la de si incluye o no el cambio de uso o destino económico del agua), de si esa modificación incluirá o no la transmisión del derecho de propiedad privada sobre el agua. El TSJ y el TS ven clarísimo que sí se incluye esa transmisión o transmisibilidad en la expresión legal, insistiendo el último en que el precepto legal no admite ningún género de distinciones. Tomada al pie de la letra esa afirmación del TS, no podría el dueño de aguas privadas, absurdamente, ni siquiera trasladarlas dentro de su propia finca, que puede en casos ser muy extensa.

Pero pienso que, con ello, ambos tribunales aceptan una interpretación extensiva, o hasta analógica, del precepto legal, puesto que, como les habían advertido tanto las demandas de abril de 2002 como luego el Recurso de Casación, lo tradicional en nuestro Derecho es distinguir entre la modificación, por una parte, y la transmisión de un derecho subjetivo, por otra, y así lo hacen habitualmente las leyes, como, entre otras muchas, la propia Ley de Aguas (arts. 63 y 64 del TR de Aguas de 2001) y el Código civil (arts. 480; 489; 1280.1.º; etc.). Y además de ello, no debe perderse de vista que el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas es, como vimos, y pese a su amplitud, una excepción, y como tal no susceptible en principio de extensión analógica (arg. art. 4.2.º del Código civil), además de que la intransmisibilidad del derecho de propiedad privada sobre el agua no está «*expresamente*» establecida en la Ley de Aguas y, por tanto, debería regirse por el Código civil (arg. disposición final primera de la Ley de Aguas, por mucho que este precepto sea en sí mismo algo excesivo o poco razonable).

Tanto más ciertos aparecen estos últimos argumentos cuanto que para la servidumbre de acueducto, que es un derecho real puesto al servicio de la transmisión y traslado de derechos sobre aguas, la Ley de Aguas se remite en bloque y con gran generalidad al Código civil (art. 48.1.º del TR de Aguas de 2001). Y todavía cabe aducir, en la misma línea, que entender prohibida la transmisibilidad de la propiedad privada es una medida muy grave y que revoca un principio jurídico con siglos de antigüedad en el Derecho español, y siempre hasta ahora respetado por el TS (así se justificó exhaustivamente en el Recurso de Casación). Lo que, no haciéndose en norma legal clara y expresa, es muy difícil de aceptar, porque no se ve qué

razón de interés general o «función social»(art. 33.2.º y art. 38 de la CE) podría amparar tan drástica mutilación del derecho de propiedad siendo que esa drástica medida no beneficia en principio ni a la cuantía o consistencia cuantitativa de las aguas de un acuífero (cuando hay aguas privadas en la superficie, evidentemente hay una parte de aguas privadas o un tramo de la corriente correspondiente que son también privadas subterráneas bajo el suelo y extraerlas no es, por eso, sustracción de aguas públicas) ni a su existencia cualitativa o protección de la calidad de las aguas del mismo.

Además de ello, hay una cierta trampa intelectual un tanto difusa en el razonamiento de ambos tribunales que parecen ampararse en la Sentencia del TC 227/1988, de 29 de noviembre, que en efecto defendió que no eran inconstitucionales los apartados terceros de las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª de la Ley de Aguas. Parecen ambos ampararse en la doctrina de esa Sentencia para justificar la interpretación amplia o extensiva que imponen del precepto legal del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la LA. La Sentencia del TS llega a presentar, aparentemente, su concreta, amplia y arriesgada interpretación del mismo como «avalada» (sic) por dicha Sentencia constitucional. Se desentien- de con ello, y deja sin contestación, los folios 16 a 22 del Recurso de Casación en los que se daba una pormenorizada explicación de por qué la Sentencia 227/1988 del TC no da fundamentos a la teoría de la «congelación» del agua privada.

Veamos lo más esencial al respecto de esa valoración por el Recurso de Casación sobre la doctrina del TC. Primero, aunque ambas sentencias invocan la idea de la «protección administrativa» de la que las recurrentes y propietarias de las aguas subterráneas privadas se han de ver privadas, al no estar inscritas en el Registro de Aguas sus titularidades, ello no tiene relevancia ninguna para nuestro caso, porque el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª se aplica, con toda seguridad, tanto haya «protección administrativa» como si no la hubiere; o si se quiere, tanto se hayan inscrito las aguas privadas en el Registro de Aguas, como si no se han inscrito. Segundo, debe tenerse muy en cuenta que el párrafo de la Sentencia 227/1988 del TC que ambos tribunales citan está muy significativamente mutilado de una afirmación muy importante que queda en la Sentencia del TC solo unas pocas líneas después de lo transcrito por ellos. Se trata de la afirmación del TC de que las aguas privadas que queden fuera del Registro de Aguas y sin «protección administrativa», perfectamente y con toda normalidad podrán valerse de «otros instrumentos registrales», lo que evidentemente afirma el TC, y así lo entiende toda la doctrina seria, como una

alusión, sobre todo, al Registro de la Propiedad. Y lo que viene a ser, por tanto, una remisión también a la legislación hipotecaria que lo rige y que presupone evidentemente la noción civil normal de propiedad y su libre transmisibilidad. Tercero, invocan ambos tribunales en defensa de su peculiar interpretación la afirmación de la Sentencia 227/1988 de que lo respetado por la Ley de Aguas en su momento fue el «*mismo grado de aprovechamiento material*» con que hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley se habían venido disfrutando las aguas privadas objeto del derecho de propiedad. Pues bien, dentro del nivel ramplón de la terminología jurídica que ya he advertido que fue propio de la Ley de 1985, y que se contagió a la Sentencia del TC, lo del «*mismo grado de aprovechamiento material*», debiendo interpretarse a la luz del Código civil y de su artículo 348, no tendría por qué ser ni un uso concreto y determinado del agua o un destino económico rígido e inamovible, ni una referencia al aprovechamiento necesariamente en el lugar exacto en el que se usaba el agua privada el 1 de enero de 1986.

De modo que incluso con un planteamiento literalista y de reflexión directa y aislada sobre el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª no es tan cierto ni tan claro y evidente, contra lo que afirman los dos tribunales cuyas sentencias aquí se valoran, que la propiedad privada del agua de las recurrentes pueda entenderse como «congelada», ni es cierto que la Sentencia 227/1988 del TC «*avale*» esa interpretación. Más bien lo contrario, si se quieren tener en cuenta los datos y argumentos que se acaban de recordar y que estaban todos en el Recurso de Casación, en absoluto contestado en todo ello por el TS.

Más todavía. Esta STS de 27 de octubre de 2009 socava o desvirtúa el sentido más profundo y útil de la Sentencia del TC 227/1988. Con arreglo a la doctrina de esta Sentencia del TC la opción legal de las disposiciones transitorias 2.ª a 4.ª de la Ley de Aguas de 1985 no era inconstitucional y contraria al art. 33.3.º de la Constitución, como pretendían los recurrentes, porque junto a una alternativa publicadora o nacionalizadora diferida durante 50 años ofrecía otra no nacionalizadora o de pervivencia indefinida de la propiedad privada del agua. Sin embargo, entendidas esas disposiciones transitorias como las entiende la STS de 27 de octubre de 2009, esa opción legal podría afirmarse que en cierto modo desaparece porque, en cualquiera de las dos alternativas teóricas legalmente previstas en la opción, es probablemente mejor para el dueño del agua pasar a ser titular de una concesión administrativa que seguir en pseudopropiedad o propiedad «congelada», por muy indefinida que sea esta. El estatus de propiedad privada, aunque indefinida, «congelada» en el sentido

explicado por la STS de 27 de octubre de 2009 supone un debilitamiento de la propiedad privada sustancialmente equivalente, si no más gravoso, que la nacionalización directa (transformación ex lege de la propiedad privada en concesión administrativa sobre las mismas aguas) de las aguas en cuestión. Y desde luego, no es eso en absoluto lo que explicó la Sentencia del TC 227/1988.

Pero si del ámbito de la interpretación sobre todo literal pasamos a una interpretación global, que piense en el sistema jurídico completo y que tenga en cuenta los criterios del artículo 3 del Código civil, las dificultades de la interpretación literalista y extensiva del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la LA que imponen el TSJ y el TS en sus sentencias aquí consideradas, todavía aumentan de forma considerable. Ante todo, conviene señalar que la prohibición de la transmisibilidad de las aguas privadas no la afirman nunca ninguno de los dos tribunales directamente. La proponen, en realidad, pero en forma vergonzante. Y dígase lo mismo de la Resolución administrativa originaria de 4 de septiembre de 2001 y de los escritos de oposición de los Abogados del Estado en ambos procedimientos judiciales. Y no es de extrañar. La transmisibilidad de las aguas privadas es un principio legal tradicional siempre respetado por el Tribunal Supremo hasta ahora y que se desprende de muchas normas legales importantes y algunas concomitantes con la disposición transitoria 3.ª 3.º de la LA. En concreto, el apartado 1.º de la disposición transitoria 2.ª del TR de Aguas de 2001 y su alusión al «*título legítimo*» que se tendrá dentro de cincuenta años; los arts. 348 y 424, 551, párrafo 2.º, 557 a 561, del Código civil; los arts. 18 a 40 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986, dentro del cual es especialmente claro el artículo 21, expreso en admitir la aplicabilidad de la servidumbre de acueducto cuando sea necesaria porque un terreno de regadío se haya dividido entre dos o más dueños por «*herencia, venta u otro título*»; los arts. 107.1.º y 108.1.º de la Ley Hipotecaria; y el art. 66 del Reglamento hipotecario; etc.

Lo que ocurre es que las dos sentencias aquí analizadas del TSJ de Murcia y del TS, aunque no frontalmente, sí que niegan en realidad la libre transmisibilidad de las aguas privadas porque basan en esa idea, como verdadera *ratio decidendi*, la solución esencial que imponen, y porque lo hacen frente a argumentos de las recurrentes que habían puesto todo el énfasis posible en este argumento esencial de la transmisibilidad del agua privada, argumento que habían visto y señalado como la clave principal de todo lo debatido en el pleito. Y ya se ha advertido que, en la forma extrema en la que la formula el TS, la teoría de la «congelación», no solo estaría sig-

nificando la intransmibilidad de las aguas privadas, sino algo que va más lejos todavía, como es la intrasladabilidad de las aguas por su dueño dentro de su propia finca.

El elemento histórico de interpretación nos muestra que el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª (y de la 2.ª) es un precepto que se redactó para un originario anteproyecto de ley de aguas de 1983 en el que la idea central era nacionalizar todas las aguas privadas en un breve plazo y a través de su inscripción obligatoria en un Registro de Aguas. A partir de otro anteproyecto de octubre de 1984 la idea de nacionalizar todas las aguas privadas se abandonó, y se sustituyó en la Ley de 1985 por un sistema opcional más bien conservacionista de la propiedad privada del agua como el que finalmente ha quedado vigente. El precepto aludido era coherente solo con un sistema como el antiguo pero era por completo incoherente con un sistema que pasó a considerar la pervivencia de los derechos sobre propiedad privada del agua como la regla general. Esta es una de las razones por las que la doctrina mayoritaria aconseja un uso muy prudente y restrictivo de esta norma, muy peligrosa para la seguridad jurídica y de significado oscuro.

El elemento sistemático de interpretación también nos muestra la falta de lógica profunda de la doctrina de la «congelación» de la propiedad privada según la han defendido el TSJ de Murcia y el TS, porque llevaría a que la propiedad privada del agua estaría sometida a un intervencionismo o control administrativo más intenso que las mismas concesiones administrativas sobre aguas públicas, las cuales son libremente transmisibles, aunque con excepciones importantes, pero sí como regla general (cfr. art. 63, párrafo 2.º, del TR de Aguas de 2001), admitiéndose incluso para las concesiones para riego, las más fuertemente intransmisibles por concebirse legalmente unidas a la finca de destino del agua, que el dueño pueda cambiar sucesivamente las superficies de regadío de su o sus fincas a las que decida destinar las aguas (art. 61, apartado 4.º, párrafo final: o sea, que se le permite trasladar el agua pública, contra lo que parece afirmar el TS que cupiera hacer con el agua privada).

Por otra parte, dándose los requisitos de aplicación del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª, el precepto ordena que se requerirá *«la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación»*. O sea, llevado a nuestro supuesto concreto, como la empresa Carche Olmo, SLU, dueña de 423 «acciones» de aguas privadas, adquiridas por compra, las ha trasladado sin permiso de la Administración, *lo que literalmente se afirma*, si queremos tomar el precepto tan en serio como el TSJ de Murcia y el TS, es

que la *que necesitaría concesión administrativa* (por haberse hecho públicas, parece, por ministerio de la ley, y concesión, por cierto, parece, acaso discrecional en su otorgamiento) es *la totalidad de la explotación de los pozos Arga y Llobregat*.

O sea, alcanzaría literalmente el precepto transitorio y la dominiación por ministerio de la ley que parece imponer según la interpretación del TS (aunque no llega a afirmar tanto el Alto Tribunal) a los 210 litros por segundo del caudal de ambos importantes pozos, y a las 6857 «acciones», y a los muchos centenares de hectáreas que se riegan por unos 250 socios de la SAT Carche Raspay, con riegos de apoyo, con esos muy importantes y cuantiosos caudales. O sea, 249 socios de la gran sociedad civil que actúan en gran parte de una comarca, e incluyendo en ellos a una gran mayoría que no habrían trasladado sus aguas privadas ni con absoluta seguridad las habrían incrementado en absoluto (la gran mayoría que sí hubiera respetado hasta entonces la pretendida estricta «congelación» de la propiedad privada de sus aguas) habrían perdido de todas formas también la propiedad privada de su agua por lo que hizo uno solo de los socios. Habría una especie de expropiación-sanción por ley de la propiedad privada del agua expandiéndose desde los que habrían trasladado sus aguas a todos los demás que no lo hubieran hecho. Por la «culpa», si se nos permite denominarla así, de uno se haría pagar a todos los demás con la pérdida de la propiedad privada del agua y acaso, además, con la cuota que les correspondiese de la multa que se les impusiera. Esta consecuencia literal del precepto que examinamos parece sencillamente disparatada y una forma monstruosa y completamente anómala de extinción por ley de la propiedad privada que admitiría, de creer al TS, nuestro ordenamiento jurídico. En el caso contemplado por las dos sentencias que examinamos podría afirmarse, al menos, como simulacro de justificación para ello, que todos los regantes pertenecían a la misma sociedad civil. Pero la letra de la transitoria 3.^ª de la LA sin duda alcanzaría igual a todos incluso en el caso de una mera comunidad de copropietarios del agua privada, comunidad (sin siquiera personalidad jurídica) que es por cierto figura admitida ampliamente como sujeto de derechos en las leyes agrarias. ¿Tiene esto algún sentido?

El Recurso de Casación le proponía al TS un ejemplo como argumentación ad absurdum, para ayudarle a entender las consecuencias irrazonables a las que puede llevar la aplicación a ultranza del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.^a de la LA. Si un solo socio de la SAT Carche Raspay solicitara a la Administración un incremento de sus aguas en un solo litro por segundo, no solo se harían públicas

y sometidas a concesión administrativa desde que se le otorgara la misma las aguas privadas que él ya tuviera antes, sino también, según la letra del precepto que analizamos, y de tomarla en serio, todas las aguas privadas de los otros 249 socios de la SAT Carche Raspay. Recuérdesse la expresión de la originaria Resolución administrativa de 4 de septiembre de 2001, de la que trae causa todo este proceso, de que los dueños de aguas privadas están «*abocados*» a pedir una concesión administrativa. Esa es la mentalidad de los funcionarios que mandan, entre otras, en la Confederación del Segura. Desde luego, todo esto no tiene ningún sentido razonable. Con la vieja y sabia lógica del Derecho civil, para que haya un acto de disposición o de renuncia de un bien en copropiedad que pueda conducir a la transmisión o pérdida o extinción por todos los condueños de la propiedad de ese bien hace falta la unanimidad de los mencionados condueños. La letra del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la LA se desacredita por sí sola a poco que se piense en las consecuencias concretas a las que puede llegar a conducir.

Otro aspecto de las dos sentencias comentadas que se relaciona con el precepto legal del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª, es el de los difíciles esfuerzos de argumentación de los dos tribunales para intentar declarar suficientemente probado que el riego de la empresa Carche Olmo, SLU en la finca del propietario Presidente de la empresa produjo un «*incremento de los caudales totales utilizados*» en el conjunto de la explotación (de la explotación de los dos pozos Arga y Llobregat, parece que debe entenderse). Ambos tribunales concluyen en que, aun faltando estimaciones genéricas o mediciones de ningún tipo, habiéndose realizado el riego en tierras antes de secano, eso fue suficiente para considerar probado que el riego de la empresa sustrajo aguas del acuífero. Pero ambas sentencias, y sobre todo la del TS, no dejan de ser en esto un tanto contradictorias o poco claras, porque se acepta que la Administración no hizo imputación de daños en el procedimiento sancionador; que el acuífero no se había declarado sobreexplotado; e incluso en alguna ocasión, como al principio del FD 7.º, se declara expresamente por el TS que la prohibición probada en autos consiste «*en la derivación de aguas privadas para riego sin haber obtenido concesión administrativa*». O sea, que, si las aguas derivadas se reconoce que eran solo privadas, en esta frase se ve un poco, cómo en el subconsciente de los magistrados de la Sala no se acaba de ver clara la prueba o justificación de la supuesta sustracción de aguas del acuífero y se entiende también que es el traslado del agua sin permiso de la Administración lo que de verdad se ve claro y se quiere sancionar por los magistrados.

Los argumentos que dan ambos tribunales para justificar la sustracción de caudales del acuífero probada me parecen sumamente endebles. Hemos transcrito anteriormente la afirmación de la Sentencia núm. 53/2005 del TSJ de Murcia de que «*ese incremento*» de caudales totales utilizados producido por el riego de Carche Olmo, SLU debe presumirse sacado de la sobreexplotación del acuífero, dado que «*la base de la incertidumbre de la que se parte*» había sido creada por las actoras, al no haber inscrito en el Catálogo de Aguas Privadas los derechos sobre la propiedad de las aguas privadas. El argumento está mal construido, en mi opinión, porque al afirmar la existencia de «*ese incremento*» sin que la Administración lo haya probado –es eso lo que había que discutir en el juicio al estar sometida a la ley la Administración que lo había meramente afirmado– el TS hace una clara trampa lógica y razona como si ya se hubiera probado una sustracción de aguas del acuífero que no cuantifica, ni tiene entidad alguna, ni se desprende del Expediente más allá de como mera afirmación de la Administración. Los dos Abogados del Estado intervinientes pudieron pedir todo tipo de pruebas en ambos procesos sobre la pretendida sustracción de caudales del acuífero y no pidieron ninguna.

Además, tampoco es cierto ni que se parta en nuestro caso de una «*base de incertidumbre*» ni que, de haber existido ésta por la no inscripción de los derechos en el Catálogo de Aguas Privadas, la misma fuera imputable solo a las recurrentes. No había en el caso una «*base de incertidumbre*», sino mera falta de realización de las pruebas perfectamente posibles de realizar y que la Administración no realizó nunca, porque la cuantía de los derechos de propiedad sobre las acciones de aguas privadas estaba perfectamente reflejada en el Registro de la Propiedad de Yecla, y en el Registro de Manantiales regulado en el Decreto de 23 de agosto de 1934, registros ambos que, por cierto, tienen fuerza legal mucho más consistente y clara que la del Catálogo de Aguas Privadas, mero Registro estadístico sin especiales efectos jurídicos, como reconoce la misma Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009, entre otras muchas del Alto Tribunal.

Y si es cierto que, como habían hecho también la mayoría de los dueños de pozos de propiedad privada del país, las recurrentes no los habían inscrito en el Catálogo de Aguas Privadas, también es cierto que promovieron esa mencionada inscripción pocos meses después de contratar letrados (antes, desconocían probablemente esa obligación legal), y que la Administración había actuado con total pasividad y no formuló nunca a las recurrentes el requerimiento previo que, según el artículo 324.2.º del Reglamento del Domi-

nio Público Hidráulico, es requisito previo para poder imponer multas coercitivas (multas de pequeña cuantía: art. 124.1.º RDPH) por la no inscripción de derechos sobre aguas privadas en el Catálogo de Aguas Privadas. Así que la culpa de la no inscripción en el Catálogo fue, cuando menos, compartida y la Administración tiene todavía culpablemente paralizado desde hace nueve años el expediente de inscripción, según el Recurso de Casación hacía saber al TS en la relación de Hechos. De modo, que los argumentos dirigidos a considerar probado que las recurrentes habían extraído ilegalmente aguas del acuífero, no pueden ser más endebles y más inocuos frente a las siete presunciones legales rotundas de sentido contrario, y de clarísima aplicación a nuestro caso, planteado además como procedimiento sancionador, que ya hemos visto que beneficiaban a las mencionadas recurrentes. Las siete presunciones legales que favorecían a la empresa recurrente y a sus socias se han argumentado en el subepígrafe en el que se comenta la Sentencia del TSJ de Murcia núm. 53/2005, al recoger los argumentos de las demandas de éstas de marzo y abril de 2002.

Los argumentos del TS para intentar justificar que se puede considerar probado el «*incremento de los caudales totales utilizados*» son distintos de los del TSJ de Murcia, pero igualmente inconsistentes, en mi opinión. Ya vimos que el TS argumenta con total arbitrariedad o gratuidad que las recurrentes no habían alegado infracción de normas legales sobre la prueba o sobre la distribución de la carga de la prueba; que no tachan las conclusiones probatorias de la sentencia impugnada de ilógicas, arbitrarias o erróneas; que no se hace referencia a ninguna prueba concreta que no haya podido practicarse, ni las causas de ello, en su caso; que no se denuncia la realización de valoraciones erróneas de tipo jurídico; ni la denuncia de valoraciones erróneas de documentos, dictámenes periciales o informes que pudieran transformarse en infracciones del ordenamiento jurídico; ni se denuncian hechos que permitan considerar mal hecha la relación de hechos probados de la Sentencia de instancia. Creo que, sencillamente, todas y cada una de estas afirmaciones son incorrectas hasta el punto de parecer estar refiriéndose a otro caso distinto y a otro Recurso de Casación³⁵. Véase, pese a no ser el resumen exhausti-

³⁵ Esta cuestión estaba argumentada, sobre todo, en el segundo motivo de casación del Recurso de Casación, páginas 24 a 30. Allí se citaban todos los preceptos con presunciones legales que favorecían a las recurrentes, que son también, obviamente, reglas legales sobre la distribución de la carga de la prueba. Se denunciaba que la resolución de 4 de septiembre de 2001 de la que trae causa el proceso se había apoyado en un documento técnico de 22 de noviembre de 2001 con errores jurídicos de mucho calado, entre los que estaba el de que negaba la libre transmisibilidad de las aguas privadas. También se señalaba que el Documento núm. 9 del Expediente, firmado por el Guardia Fluvial Pedro José Salar Bernal

vo, lo explicado anteriormente sobre este Recurso de Casación que recogía con énfasis y minuciosidad todo lo que el TS niega que hubiera recogido.

Además, el argumento de que las actas de denuncia del Servicio de Guardería Fluvial gozan de presunción de veracidad sobre los «regadíos abusivos» es argumento inocuo siendo que las recurrentes siempre han admitido el riego realizado en tierras suyas antes de secano que es lo único que de verdad está alcanzado por aquella presunción legal de veracidad. Pero si los regadíos eran jurídicamente abusivos o no es lo que se tenía que discutir en el juicio y aplicando las leyes vigentes (sus presunciones legales, también) y a partir de hechos concretos probados y de práctica de pruebas significativas y, frente a eso, que los guardias fluviales considerasen o no abusivos los riegos es una mera opinión subjetiva de personas legas en Derecho y meras portadoras de consignas y opinión por completo irrelevante en un procedimiento judicial, si

hizo constar que el administrador de la finca denunciada por regadío ilegal «tiene acciones de aguas de la SAT Carche Raspay», lo que las recurrentes aprovechaban para denunciar que la Administración no hubiese hecho antes de incoar el expediente sancionador las averiguaciones previas que le exigía la ley (arts. 69.2.º y 41 de la Ley 30/1992 y arts. 12 y 16.2.º del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora de 1993). También mencionaba el Recurso (pg. 50, motivo de casación 7.º) cómo diversos intentos de las recurrentes de obtener de la Administración autonómica minera las certificaciones de la inscripción de sus pozos Arga y Llobregat en el Registro de Manantiales regulado por el Decreto de 23 de agosto de 1934 habían fracasado por negativas y evasivas de la Administración minera, por lo que se había solicitado al TSJ de Murcia en las dos demandas de 2002, incluso en el petitum y mediante Otrosí, que reclamara dichas certificaciones a esa Administración. También se alegaba en el Recurso de Casación (pg. 49) que la Sala *a quo* inadmitió en Auto de 14 de noviembre de 2002 dos pruebas documentales que consideraban importantes las recurrentes y desestimó dicha Sala la Súplica, solicitando las recurrentes al TS pronunciamiento expreso sobre ello. También criticaba el Recurso de Casación (pgs. 27 y 28) la grave mutilación que había sufrido la «relación de hechos probados» redactada por la Sala *a quo*, sin recoger, por ejemplo, las certificaciones aportadas del Registro de la Propiedad de Yecla sobre la inscripción en el mismo de las «acciones» de aguas privadas subterráneas de los pozos Arga y Llobregat; y sin recoger también diversas escrituras públicas sobre la propiedad de fincas en las que se aludía a los mismos pozos y a sus aforos realizados al inscribirse tales pozos, a principios de los años setenta, en el Registro de Manantiales; o un documento que pudo ser decisivo en el proceso escrito por el Comisario de Aguas de la CHS en fecha 24 de septiembre de 2001, que se había aportado, y en el que reconocía implícita, pero muy claramente, que no estaban probados los hechos que hubieran podido desencadenar la aplicación del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas; o sin recoger, esa mutilada «relación de hechos probados», las declaraciones escritas y firmadas de varios testigos de que en el contrato de constitución voluntaria de servidumbre de acueducto que necesitaba la tubería central de la SAT Carche Raspay la señora María Eugenia E.M. había dado su consentimiento para la construcción de la tubería. Como veremos al aludir al problema de si hubo o no culpa de las recurrentes, también el Recurso de casación entrecomillaba con sumo cuidado las declaraciones de los presidentes de las dos empresas, que constan en el Expediente, para mostrar su verdadero sentido, sin que el TS atendiera en forma alguna esa esmerada y decisiva reflexión. Los concretos preceptos que invocaba el Recurso de Casación para demostrar las diversas presunciones legales que favorecían a las recurrentes y que la Administración no desvirtuó, fueron los artículos 137.1.º y 4.º de la Ley 30/1992; el artículo 17 del Decreto 1398/1993; los arts. 38 y 41 de la Ley Hipotecaria; el art. 448 del Código civil; y el art. 7 del Decreto de 23 de agosto de 1934.

no se argumentaba con hechos concretos significativos, lo que en absoluto se había hecho en este caso.

En fin, como no se puede negar a las salas de lo contencioso administrativo del TS, dada la actual legalidad y hasta las concepciones dominantes de los operadores jurídicos, la competencia de ir delimitando el estatuto objetivo de la propiedad privada del agua, que en efecto han venido configurando mal que bien desde hace dos décadas, creo que el concreto Fallo de esta Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009 no deja resquicios reales u operativos a la jurisdicción ordinaria para permitir intentar evitar la injusticia grave que creo que ha producido dicho Fallo. No cabría, en particular, intentar conseguir por las empresas que vieron desestimado su Recurso de Casación, presentando una nueva demanda, una sentencia civil declarativa que declarase la genérica transmisibilidad de la propiedad privada del agua, por ejemplo, y de esas concretas aguas privadas de las empresas mencionadas en particular, porque, en definitiva y a efectos prácticos, ya hemos explicado que el TS tiene decidido, aunque en forma elusiva y vergonzante, lo contrario, y esto, por duro que parezca, está amparado por el efecto de cosa juzgada material de la mencionada Sentencia (cfr. art. 95 de la Ley 29/1998 de la JCA y art. 222 de la LEC de 2000).

Las empresas interesadas y propietarias de las aguas subterráneas privadas interpusieron, en fin, un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, bastante extenso y argumentado, invocando los artículos 24 y 25 de la Constitución, contra la Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009, pero han sabido en septiembre de 2010 que este recurso no ha conseguido atravesar el riguroso y draconiano filtro que puso a la admisión a trámite de estos recursos de amparo la reforma realizada por la Ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Que la impugnación en amparo de una Sentencia como esta de 27 de octubre de 2009 y contra la que se pueden esgrimir argumentos de tanto calado como los que en este trabajo se han aducido, ni siquiera haya sido admitida a trámite, también invita a reflexionar, por cierto, sobre si esa reforma de la Ley del TC realizada por la Ley 6/2007 no ha llegado acaso demasiado lejos en su designio de aligerar de trabajo al ciertamente muy agobiado TC.

5. VALORACIÓN RESUMIDA DE ALGUNOS OTROS ASPECTOS DE LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA ESTUDIADA

La puesta en regadío con aguas subterráneas privadas de ciertas tierras de secano de algunas empresas socias de la SAT Carche Raspay, y entre ellas la empresa Carche Olmo, SLU, se produjo a

lo largo de 1999 y primeros meses de 2000. La infracción administrativa, que tanto el TSJ de Murcia como el TS afirman que existió, tiene que reunir los requisitos de tipificación previa como infracción administrativa y de culpabilidad de las empresas imputadas «*en el momento en que se produjeron los hechos*», como bien dice, en sintonía con la buena doctrina científica y abundante jurisprudencia constitucional, el artículo 25.1.º de la CE. Pues bien, pese a lo que han afirmado con tanto énfasis las dos sentencias aquí comentadas, el hecho de que existiera ya por entonces tal tipificación previa de los hechos como ilícitos, y de que existiera ya por entonces la posibilidad de calificar como culpables a sus autores, presenta, como vamos a ver, más que ardua dificultad en su auténtica y definitivamente convincente fundamentación.

Y para percatarse de ello basta una consideración intuitiva derivada de hechos que se les habían justificado a ambos tribunales, y sobre todo al TS, en el Recurso de Casación. En 1999 y en 2000 (y también después, pero eso nos interesa menos de momento) la mayoría de la doctrina española especializada en Derecho de aguas, y doctrina que era por cierto considerablemente amplia y con algunos nombres de prestigio (uno de enorme prestigio) consideraba que el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas no impedía la transmisión o el traslado de aguas privadas subterráneas ni impedía que se cambiase el uso o destino económico que se le venía dando al agua privada antes de la Ley de Aguas de 1985. De modo que si los labradores de Jumilla, sancionados en la forma y con el entusiasmo que hemos visto en nombre de la «congelación» del agua privada, hubieran tenido la extrema diligencia de consultar a los mejores especialistas de España en Derecho de aguas o de pedir un dictamen escrito sobre si podían o no comprar aguas privadas para trasladarlas y poner en regadío fincas suyas de secano un poco apartadas respecto de la ubicación de los pozos, ese hipotético y cualificado dictamen hubiera sido, con muy alto grado de probabilidad, positivo o favorable. Así que coinciden aquí el buen sentido común de las gentes del campo, que desde luego no consideraron necesario dicho dictamen, con las conclusiones más elaboradas de los estudiosos y de los juristas altamente especializados.

A partir de allí, los labradores compraron las «acciones» de aguas privadas; fueron al Notario a elevar la compra a escritura pública; luego fueron a pagar los impuestos por transmisión de bienes inmuebles y de actos jurídicos documentados, cobrándoles con toda normalidad los funcionarios de Hacienda; y luego fueron al Registrador de la Propiedad de Yecla, que inmatriculó sus «accio-

nes» sobre aguas privadas, y sus compras de las mismas, también con toda normalidad. ¿De verdad podemos afirmar, entonces, que estos señores cometían un ilícito suficientemente tipificado con certeza y con suficiente publicidad de las normas como infracción administrativa y que eran además culpables de esa infracción? Yo creo que no; que ello es de sentido común, y que por eso son artificiosos y endeble tanto los argumentos del TSJ de Murcia y del TS sobre la «tipificación indirecta» de infracciones, o sobre las remisiones «en blanco» o mediante reglas residuales; etc. Precisamente un caso como éste, al que parecería acaso aplicable un precepto transitorio de rango legal pero abstruso, debería servir para demostrar que, aunque haya afirmado lo contrario el TC en alguna ocasión, no es suficiente para que se respete la tipificación exigida por el artículo 25.1.º de la CE cualquier remisión a normas con rango legal mediante técnicas de tipificación indirecta o mediante normas residuales de reenvío. Y son artificiosos y endeble también los argumentos que aducen ambos tribunales para intentar justificar la culpa de las recurrentes. No debemos admitir interpretaciones que contradigan en forma palmaria el sentido común.

Me centro brevemente solo, por razones de espacio, en estos últimos argumentos que pretendieron justificar la culpa. Ambos tribunales afirman que el mal asesoramiento inicial de un ingeniero agrónomo lego en Derecho a las recurrentes no justifica que éstas declararan, faltando estos a la verdad (aunque no lleguen las sentencias a usar esa expresión), y modificando los hechos sucedidos. Afirman que primero explicaron que no habían regado con las aguas de sus pozos en sus fincas y que luego explicaron que sí habían regado pero que tenían derecho a regar. Pues bien, lo segundo es cierto pero lo primero, rotundamente, no. Ninguno de los dos Presidentes de las dos empresas sancionadas negó que hubieran iniciado a regar sus fincas con sus aguas privadas cuando fueron interpelados por la Administración (negativa además que hubiera sido la negativa de lo obvio y por completo inverosímil), con lo que tenemos que ambos tribunales, parece que excesivamente inclinados a darle la razón a la Administración a toda costa, cometieron un grave error inconsciente en la valoración de las declaraciones de ambos Presidentes que figuraban en el Expediente y deformaron grave y decisivamente los hechos y las declaraciones sobre los que dictaron sus resoluciones judiciales.

En efecto, en el Recurso de Casación las recurrentes habían realizado un minucioso examen valorativo de esas declaraciones (declaraciones que constaban desde luego en el expediente administrativo), entrecomillando casi todas ellas, examen que el TS no

atendió en absoluto. Ambos tribunales, por cierto, mostraron de paso poca sensibilidad con lo que el artículo 3 del Código civil llama el criterio de interpretación basado en la «*realidad social del tiempo de aplicación*» de la norma (realidad social que demuestra que sociedades civiles de cierta entidad del ámbito rural no tienen asesores jurídicos y tienden a fiarse de los funcionarios de la Administración hidráulica). Y ello, aparte de que aunque hubiera existido (que no existió) culpa de las recurrentes o intento de modificación de la verdad en la presentación de los hechos en la fase de defensa frente al expediente sancionador, eso tampoco hubiera sido la culpa que legalmente se requería, que es una culpa anterior y existente ya en el momento de producirse los hechos pretendidamente ilícitos, como la denunciada y discutida por la Administración puesta en regadío (arg., de nuevo, art. 25.1.º de la CE). Posibles «culpas» de los administrados durante la ulterior instrucción del expediente, incluso cuando existan, no son la culpa que requiere la ley para que exista infracción sancionable.

No merecen mayor comentario los otros dos argumentos dados por ambos tribunales para justificar la culpa de las empresas recurrentes. Según uno de ellos, la falta de la debida diligencia de unos regantes profesionales que tienen que conocer muy bien sus obligaciones y las normas que las rigen. Baste recordar lo que se ha comentado poco antes sobre un hipotético dictamen que las recurrentes hubieran intentado solicitar a los mejores especialistas en Derecho de aguas españoles antes de empezar a actuar y a comprar «acciones» de aguas privadas. Según el último argumento, la culpa se deduce de que las argumentaciones de ambas recurrentes en el expediente administrativo demostraban que actuaban de consuno. Pues sí, desde que el nuevo expediente sancionador D-93/2001 en marzo de 2001 les amenazaba con una posible multa de cien millones de pesetas, buscaron asesoramiento de letrados y, siendo socias ambas empresas desde hace años, unificaron sus estrategias de defensa frente a lo que se les venía encima a las órdenes de sus letrados. Solo desde una cierta excesiva obsesión por darle la razón a la Administración a toda costa, puede verse en esto un hecho demostrativo de la culpa de las recurrentes³⁶.

³⁶ Otra cuestión en la que se manifiesta la desidia y precipitación de esta Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009 es en su afirmación, del Fundamento de Derecho 9.º y siguiendo al TSJ de Murcia, de que no se había negado el trámite de audiencia en el procedimiento sancionador, como alegaban las recurrentes, porque se habían notificado a las partes todos los actos que eran legalmente susceptibles de notificación. Es cierto que el Supremo hubiera tenido a su disposición abundante jurisprudencia que, con ciertos requisitos y matices, considera que la falta de audiencia en el procedimiento administrativo no necesariamente vicia de invalidez a éste. Pero, obcecado el Tribunal con dar la razón a la Administración y acabar pronto su faena, ni siquiera se molestó en buscar y

Otro claro error en el que ha incurrido la Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009 es el de entender, confirmando el criterio de la Resolución administrativa de 4 de septiembre de 2001 y de la Sentencia núm. 53/2005 del TSJ de Murcia, que la sanción de dos multas de 500.000 pesetas a cada una de las recurrentes, estaba bien impuesta por aplicación del artículo 318.1.º del Reglamento de Dominio Público Hidráulico. Como le señalaba el Recurso de Casación (motivo de casación 2.º, al final), ambas resoluciones anteriores habían incurrido en ilegalidad y anulabilidad, al dejar de aplicar el precepto más específico del artículo 319.2.º del Reglamento de 1986, Reglamento varias veces reformado en estos temas de las multas, pero que seguía entonces ordenando que el tope máximo de las multas por infracción leve sin imputación de daños al dominio público hidráulico era el de 40.000 pesetas ó 240,40 euros. Se impuso a las recurrentes una multa doce veces y media mayor que el tope máximo de multa legalmente permitido para esa concreta y pretendidamente tipificada infracción. Al final de su FD 5.º el TS argumenta en contra del motivo de casación que la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, Ley «de acompañamiento» de los presupuestos para 1995, había subido a un millón de pesetas (6.010,12 euros) el tope máximo de sanción de las infracciones leves. Pero el argumento, siendo ello cierto, es claramente erróneo e insuficiente, porque esa Ley de 1994 no derogó el artículo 319.2.º del Reglamento, que seguía plenamente vigente, y que prevalecía frente al reformado artículo 318.1.º, porque la norma más especial excluye a la más general. De modo que, solo por esta razón, enfáticamente señalada en el Recurso de Casación, aunque hemos visto que tenía otras varias y muy buenas razones, el TS debió casar la Sentencia del TSJ de Murcia de 2005. La materia la reformó luego el D 367/2010.

Por último, creo que es criticable que el TSJ de Murcia no quisiera en su momento admitir en el proceso la cuestión de la posible declaración de la constitución voluntaria de una servidumbre de acueducto a favor de la SAT Carche Raspay, constitución que hubiera sido probablemente fácil de probar en el proceso³⁷, al no

citar esa jurisprudencia, y dio el mencionado inadmisibles argumento, que confunde obviamente dos cosas distintas como son la necesidad legal de notificar ciertos actos de trámite al interesado y la necesidad legal de cumplir el trámite de audiencia en los procedimientos sancionadores, trámite de audiencia que evidentemente es otra cosa, aparte de que tiene incluso anclaje en nuestra Constitución (cfr. art. 105, letra c, de la CE, que es el fundamento último de los artículos 84 y 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común 30/1992). Incluso afirmó el TS, arbitrariamente y con absoluta falta de fundamento, que las recurrentes habían reconocido que sí se había cumplido el trámite de audiencia.

³⁷ Que cabe la constitución voluntaria de servidumbre de acueducto, como de otras muchas, por el mero acuerdo de los dueños de la finca sirviente y de la dominante, y sin exigencias de documentación pública o privada, se deduce claramente, según la doctrina y la jurisprudencia, de los arts. 594, 1255, 537 y 539, 551 y 1280.1.º del Código civil. En

dar traslado la Sala de las demandas de las recurrentes de 22 de marzo y de 22 de abril de 2002 a doña María Eugenia E.M. Con ello imposibilitó del todo la declaración de esa servidumbre que en efecto se había constituido negocialmente pero sin aportar el TSJ verdadera reflexión o argumentación sobre ello. Y lo mismo cabe afirmar de la Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009, que no ha aceptado la petición de las reclamantes de que, al menos, declarara la Sala que el TSJ de Murcia hubiera tenido competencia para ello y que debió ejercerla. Simplemente vuelve el TS a dar el mismo argumento del TSJ de Murcia de que la cuestión es civil y de la sola competencia para ello de la jurisdicción ordinaria. El argumento, con todo, es muy simplista, en mi opinión, y no acepta la reflexión o interpretación que las recurrentes le habían expresamente propuesto de que subsumiera esa cuestión de la declaración de la constitución de la servidumbre, que era como un fleco o accesorio del objeto principal del proceso, bajo la idea de que la misma constituía una «*situación jurídica individualizada*» de las que se contemplan en los artículos 31.2.º, 21.1.º, letra b), 71.1.º, letra b), y 72.3.º de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El artículo 4 de ésta no interesaba aquí.

La ventaja de haber aceptado la solicitud de las recurrentes hubiera sido, aparte de que conectaría esa solicitud mejor con la naturaleza de verdadero proceso que se atribuye hoy al procedimiento contencioso administrativo, y de que su Ley de 1998 en efecto se inspira en ello y ha superado la vieja y restrictiva concepción de tal proceso como mero procedimiento revisor de la legalidad de los actos administrativos, el que dicha interpretación hubiera conectado mejor con el espíritu constitucional que pide para los justiciables «*un proceso público sin dilaciones indebidas*» (art. 24.2.º de la CE). Al haberse rechazado esa útil interpretación que propusieron las recurrentes, puede ocurrir que si algún día éstas, acaso quince años después de haberse iniciado su conflicto contra la Administración, conflicto que todavía continúa hoy abierto en otros frentes, consiguieran que por fin se les reconociera su derecho a regar con sus aguas privadas sus fincas y sus viñas, entonces, acaso todavía tendrían que iniciar otro pleito civil sobre la constitución voluntaria de la servidumbre de acueducto (al menos para inscribir la servidumbre en el Registro de la Propiedad), nuevo pleito

cuanto a la jurisprudencia, pueden consultarse, por ejemplo, las sentencias civiles del TS de 26 de febrero de 1956, RAr.1956, núm. 1502, considerando 4.º; o de 26 de junio de 1981, RAr. 1981, núm. 2614, considerando 2.º. Esta segunda sentencia, muy bien argumentada y con cita de otras sentencias anteriores, se refiere además a un supuesto relativo a aguas subterráneas y con cierto parecido en cuanto al tema de la servidumbre de acueducto al resuelto por la Sentencia de 27 de octubre de 2009 aquí estudiada.

civil que podría llevarles otros diez años más de gastos y disgustos e incertidumbres. Puede que, entonces, les costara un cuarto de siglo llegar a obtener, si para entonces no lo impediera el Derecho comunitario europeo, el reconocimiento de su pleno e indiscutible derecho a regar sus propias fincas con sus propias aguas privadas.

C. ENSEÑANZAS DE LA SENTENCIA ESTUDIADA SOBRE EL ACTUAL DERECHO ESPAÑOL DE AGUAS

A lo largo de todo el siglo xx, y acentuándose el proceso en su segunda mitad, la doctrina civilista fue abandonando el estudio del régimen jurídico de las aguas, que fue quedando en manos casi exclusivamente de la doctrina administrativista, doctrina que en ese mismo espacio temporal fue ganando además consistencia científica y presencia y vitalidad en el conjunto de la doctrina jurídica española. Cuando se hizo una Ley de Aguas en 1985, a casi todo el mundo (no, por ejemplo, al autor de este trabajo) le pareció normal que la ley la hicieran solo administrativistas³⁸. Ya había sido ese el planteamiento de la mayoría de los anteproyectos o intentos de reforma legal de las aguas que se habían ido dando en las últimas décadas. Reflejo de todo ello es que hoy no haya casi ninguna sentencia sobre aguas de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, mientras que son muy abundantes las sentencias contencioso-administrativas sobre aguas de dicho Alto Tribunal, aunque siga habiendo bastantes de éstas últimas sobre las aguas privadas. A los abogados, que encuentran pocos libros y pocos argumentos ya elaborados de Derecho civil, se les tienden a olvidar las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas y las amplias posibilidades que esta rama del Derecho les ofrecería y tienden a acudir solo a los tribunales contencioso administrativos, con lo que cooperan a esa progresiva publicación difusa de las aguas y demuestran participar de la concepción más extendida entre los operadores jurídicos sobre la casi completa administrativización de todas las aguas. A quienes nos hemos interesado las últimas décadas por los problemas de las aguas privadas no se nos escapa que, resolviéndose casi todos los conflictos ante la jurisdicción contencioso administrativa, la defensa de la propiedad privada del agua se va haciendo progre-

³⁸ Ya en 1962 CASTÁN TOBEÑAS, José, había advertido lúcidamente de que, para frenar las acometidas constantes del Derecho público frente al Derecho privado, era muy importante que en la elaboración de las leyes no faltase nunca la presencia de civilistas junto a los administrativistas y a otros expertos y juristas. Cfr. *La propiedad y sus problemas actuales*, Discurso de Apertura de los Tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1962, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1962, pp. 115 y 116.

sivamente más difícil. Si lo quisiéramos explicar en términos futbolísticos diríamos que la propiedad privada del agua tiene que jugar siempre en campo contrario y con árbitros caseros o muy caseros³⁹. Así están las aguas en el actual momento histórico.

³⁹ Hagamos breve referencia a otras tres sentencias del TS que han ido referidas también al mismo conflicto jurídico que enfrentó y resolvió la Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009 comentada por extenso en el presente trabajo. Se trata de las SSTs de la Sala Contencioso-Administrativa, Sección 5.ª, de fechas 15, 16 y 19 de octubre de 2009. Cfr. R. Aranzadi de 2010, núm. 1076 y núm. 1099; y el de 2009, núm. 7623, respectivamente. La primera de estas sentencias resolvió un recurso contencioso administrativo interpuesto por la SAT Carche Raspay contra la desestimación primero presunta y luego expresa por el Gobierno español del recurso de reposición interpuesto por la mencionada SAT contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2004. En este Acuerdo el Gobierno ordenaba el archivo por caducidad de un expediente sancionador a la SAT Carche Raspay incoado el 16 de julio de 2002 en el que el Instructor reclamaba por los mismos hechos explicados respecto de la STS de 27 de octubre de 2009 una multa de 50 millones de pesetas y más de 14 millones de pesetas en concepto de daños al dominio público hidráulico. Por dos veces había hecho la Administración una petición semejante y por dos veces el Gobierno había dejado caducar los respectivos expedientes. El problema era que el Acuerdo del Gobierno de 30 de diciembre de 2004, saltándose su obligación legal de estudiar y motivar sus actos administrativos, incluyó en el Fundamento VIII de la Motivación de esa decisión una orden tajante a la Confederación Hidrográfica del Segura de que instruyera un expediente por daños al dominio público contra la SAT Carche Raspay y afirmando que había habido una infracción muy grave (para esta decisiva afirmación de la Motivación no había más apoyo que la afirmación del Instructor, que evidentemente era solo un acto de trámite) y que la misma no estaba prescrita todavía, según el Gobierno, por aplicación del artículo 327 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico. El Acuerdo del Gobierno se entiende mejor recordando su momento histórico. Acababa de entrar en el Ministerio de Medio Ambiente la ministra Cristina NARBONA, con un verdadero enjambre detrás de asesores ecologistas radicales, y había prisas por cerrar a toda costa pozos que pretendidamente «robaban» aguas a los acuíferos, para agradar a ciertos sectores de la opinión pública. Por supuesto, la Confederación del Segura cumplió las órdenes políticas incoando inmediatamente no uno sino dos nuevos expedientes contra la SAT Carche Raspay. No solo eso. Por dos veces se iniciaron investigaciones penales por la Fiscalía por si la SAT Carche Raspay había cometido algún delito y en ambos casos se archivaron rápidamente. Esto último era ya verdaderamente grotesco, en mi opinión, si se tienen en cuenta los hechos narrados en el epígrafe correspondiente de este trabajo (y cfr. arts. 247 y 326, letra f, del Código penal). El Recurso de la SAT Carche Raspay alegaba, en esencia, que la Orden de la Motivación del Acuerdo de diciembre de 2004 era un verdadero acto administrativo e ilegal, y que además la acción de daños estaba prescrita por haber transcurrido el plazo de un año del artículo 1968, que era el aplicable, al ser de responsabilidad extracontractual de lo que había que discutir (extracción de pozos de aguas privadas de una cantidad de agua pretendidamente excesiva, en daño del acuífero), y precepto del Código civil que hacía ilegal el artículo 327 del RDPH. Se solicitaba al TS que resolviera directamente el fondo del asunto aclarando el significado del apartado 3.º de la disposición 3.º de la Ley de Aguas o que ordenara al Gobierno de la Nación resolver directamente, aunque hubiera de hacerlo fuera de plazo, el expediente por dos veces eludido, de modo que fuera el Gobierno quien tuviera que enfrentarse en su motivación al significado del apartado 3.º de la disposición 3.ª de la Ley de Aguas. Con argumentos que considero endeables, pero que no voy a criticar aquí, el TS declaró inadmisibles la demanda respecto del fondo del asunto (aludía de pasada, no se sabe muy bien si como una especie de queja del trabajo que hubiera representado leerlos, a los 111 folios que tenía la demanda); consideró legal el acto sustancialmente inmotivado del Gobierno ordenando la instrucción de un nuevo expediente en la Motivación del Acuerdo de diciembre de 2004, y consideró no prescrita la pretendida falta muy grave (falta muy grave cuya existencia afirmó sin motivar en absoluto y siendo que para hacerlo precisamente hubiera debido admitir entrar en el fondo del asunto) afirmando que la responsabilidad de la SAT Carche Raspay (no la que acaso hubiera podido tener, sino la que afirma el TS, con clara interpretación errónea, en mi opinión, que tuvo) era una responsabilidad contractual de la regulada en el artículo 1964 del Código

civil y con una argumentación poco convincente, en mi opinión, y que dejaría casi sin ámbito propio al artículo 1902 del Código civil.

En los supuestos resueltos por las SSTs de 16 y 19 de octubre de 2009 algunas empresas socias de la SAT Carche Raspay impugnaron también, con argumentos paralelos a los expuestos, la orden del Gobierno de incoar contra esta última un nuevo expediente por daños al dominio público hidráulico incluida en el Fundamento n.º VIII de la Motivación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2004 y solicitaban en sus recursos la acumulación de los mismos al recurso que había interpuesto la SAT Carche Raspay ante el propio TS. Estas empresas eran las propietarias de las fincas en las que la Administración había considerado que se estaba realizando el regadío ilegal, y alegaban, entre otras cosas, para justificar su legitimación, que dadas las dimensiones enormes de la SAT Carche Raspay (más de 250 socios y cubriendo una extensa comarca), tenían un claro interés en conseguir a su favor una sentencia concreta cuyo efecto de cosa juzgada protegiera hacia el futuro la propiedad privada de su agua y su derecho a regar con ella sus fincas libre y pacíficamente. Sin embargo, ambas sentencias del TS, por un lado negaron la acumulación de procedimientos judiciales desde el único y discutible argumento de que los asuntos se presentaban como muy complejos, y por otro, en ambos casos, declararon un tanto paradójicamente inadmisibles los recursos de estas empresas directamente acusadas de regadío ilegal por la Administración, con base en el artículo 69, letra b, de la LJCA de 1998, negando a esas empresas un interés legítimo para recurrir, puesto que ya sus intereses estarían cubiertos, según el TS, en el recurso interpuesto por la SAT Carche Raspay, de la que las mismas eran socias. De modo que los tan complejos asuntos, que por tal razón no se quisieron acumular, se resolvieron finalmente en sentencias de unas pocas líneas. Como estas sociedades agrarias de transformación son sociedades civiles que casi solo se constituyen para administrar la copropiedad pro indiviso de los caudales de aguas privadas de pozos pertenecientes a muchos condueños, y esa copropiedad es el verdadero sustrato de dichas sociedades, la argumentación del TS en ambas sentencias de 16 y 19 de 2009 creo que no es convincente en absoluto, tal como el TS la razonó. Basta recordar que jurisprudencia del propio TS muy antigua y ampliamente aceptada (y que los recursos le recordaban en todos los casos al TS) acepta legitimación activa ampliamente de cualquiera de los condueños de algo siempre que actúe en beneficio de la comunidad de copropietarios, o si se piensa en que aquí había entes con personalidad jurídica, basta pensar también en los artículos 39 y 40 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, sobre el derecho de asociación, donde se admite amplia legitimación de cada asociado para defender sus intereses legítimos ante los tribunales, al margen de la Asociación o incluso en eventual contraposición a los acuerdos de la Asociación posiblemente contrarios al ordenamiento jurídico. Y ello, aparte de la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1.º de la CE y de toda la jurisprudencia constitucional que lo desarrolla y que recomienda que, en caso de duda, se resuelva siempre *pro actione*.

En suma, como se ve, se planteó ante el TS en tres ocasiones la aclaración del sentido que tenía el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas, en un supuesto de enorme trascendencia social y en el que una sociedad civil, extendida por una amplia comarca de Jumilla y representativa de los intereses de centenares de familias, llevaba enfrentada a la Administración hidráulica desde hacía nueve años, y esgrimiendo esa SAT argumentos muy consistentes y coincidentes con los de la mejor y mayoritaria doctrina científica, doctrina abundante sobre esta cuestión además, y sin embargo, el TS se zafó de estudiar tan trascendente cuestión, con argumentos formalistas y sumamente discutibles. Volviendo al símil futbolístico que he usado en el texto, bien se podría afirmar que en todas estas sentencias comentadas en esta nota el TS se negó a jugar y se dedicó a echar balones fuera. Los magistrados que resolvieron estas tres sentencias del TS son los mismos citados anteriormente que resolvieron la Sentencia de 27 de octubre de 2009. De modo que se podría decir, sin faltar sustancialmente a la verdad, que estos seis magistrados se zafaron hasta en cuatro ocasiones de estudiarse en serio un asunto jurídico muy trascendente que los recurrentes les habían expuesto con toda extensión y detalle. O sea, que estos seis magistrados no estuvieron a la altura de su altísima responsabilidad y trascendental misión.

En la Ley 29/1998 el legislador apostó por una noción expansiva del ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, y ello arrojó sobre los jueces de todos los niveles de esta jurisdicción, y sobre los magistrados del TS muy especialmente, una incrementada responsabilidad. Si, dirigiendo sus sentencias para intereses y derechos surgidos en una sociedad liberal y capitalista, los jueces de lo contencioso administrativo, adoptaran en muchos casos una actitud perezosa, indolente y desdeñosa con las reglas

Sin embargo, pienso que esta excesiva inclinación o escoramiento del Derecho de aguas hacia el Derecho administrativo no es necesariamente progresista y ha perjudicado la comprensión del sistema legal y la calidad misma del conjunto de la doctrina existente sobre el Derecho de aguas, y con ellas a la seguridad jurídica. Creo que la tendencia a abandonar el Derecho civil en este campo ha supuesto, o está suponiendo, un empobrecimiento del conjunto de la doctrina sobre el Derecho de aguas y un olvido demasiado rápido de la buena dogmática sobre el Derecho de aguas, que todavía es, en mi opinión, la de las leyes de aguas de 1866 y 1879 y el Código civil.

De modo que sería buena, aunque sea difícil de lograr, una cierta rectificación de las tendencias actuales en el sentido de intentar recuperar el tronco con la historia legal decimonónica en nuestro tema, lo que no sería incompatible con una intensificación de la publicación de las aguas o de su control administrativo⁴⁰, y esa rectificación estaría respaldada o encontraría un buen anclaje en la Constitución, ya que, al fin y al cabo, vivimos en una sociedad liberal (arts. 33 y 38, entre otros, compatibles con el artículo 45 de la CE) en la que la Administración tiene que actuar siempre con «objetividad» y con «sometimiento pleno a la ley y al Derecho», en su función de servicio a los intereses generales (art. 103 de la CE), sin que haya decaído la vigencia, en mi opinión, de las tradicionales razones que hacían de la propiedad privada (también de la del agua) objeto propio en principio, y objeto suyo por antonomasia al menos en última instancia, de la jurisdicción ordinaria. Podría afirmarse que las dos sentencias aquí valoradas parecerían haberse inspirado en una hipotética y diversa Constitución (art. 103) que sometiese a la Administración a las leyes administrativadoras, y no a «la ley» a secas, y al Derecho administrativo, y no al «Derecho» a secas.

esenciales del Derecho privado y perdieran de vista la unidad esencial del ordenamiento jurídico, como temo que ha sucedido en las cuatro sentencias aquí valoradas, en esta jurisdicción la lucha en defensa de la seguridad jurídica padecería un inexorable retroceso. Uno más de los retrocesos que está sufriendo en varios frentes este decisivo principio constitucional.

⁴⁰ Intensificación de la publicación del régimen jurídico de las aguas respecto del sistema legal de la Codificación decimonónica a cuyo favor estoy, por supuesto, hasta el punto de que propuse en 1980 la integración por ley en el dominio público de todas las aguas subterráneas de propiedad privada y volví a ratificar esa petición en 1996, ya para todas las aguas privadas, y aunque con algunas matizaciones y atenuaciones y desde un mayor escepticismo sobre la calidad del trabajo de nuestra Administración hidráulica. Cfr. mi tesis doctoral *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Barcelona, 1980, pg. 644, nota 417; y mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, pp. 759 a 779; y pp. 779 a 814, en relación con algunos problemas conexos con la mencionada cuestión. Pero, como explico también en el texto del presente trabajo el reto pendiente es armonizar esa tendencia publicadora de las normas con el respeto a la buena dogmática tradicional del Derecho patrimonial español.

En este contexto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009 puede considerarse que ha llegado a un extremo de nitidez en la representación de esa idea difusa de defensa a ultranza de la Administración y de la publicación de las aguas a toda costa que casi caracteriza en España nuestro momento histórico, al haber realizado el Supremo, frente a unos demandas y recurso de casación muy cuidadosamente argumentados⁴¹, una tenaz y numantina defensa de un endeble y oscuro precepto legal, como el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas, con evidentes malformaciones y evidente incoherencia con el sistema legal total de las aguas y con cualquier dogmática razonable en nuestro tema. Al haber renunciado sustancialmente el Alto Tribunal a la construcción o intento de construcción del sistema legal. Y conviene advertir que esta Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009 es la primera en España que se ha enfrentado de forma frontal y directa (otras sentencias cuyas lo habían hecho ya, pero siempre de forma mucho más tangencial) a la interpretación del apartado 3.º de las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª de la vigente Ley de Aguas. Cuando muchos autores reconocen el fracaso del recurso de casación en España en su esencial y más originaria misión nomofiláctica debido a varias causas como el exceso de asuntos, la mentalidad del Supremo de resolver ad casum, la frecuente falta de altura intelectual de las argumentaciones, la carencia de poder de convicción, las frecuentes contradicciones valorativas, etc., esta Sentencia de 27 de octubre de 2009 vendría a dar la razón a todos estos augurios tan pesimistas sobre la situación actual de la casación.

Pero si la Sentencia es «extremista» en ese sentido indicado, también lo es en el sentido de que toca fondo en la degradación de lo que debiera ser el necesario respeto a un concepto unitario del ordenamiento jurídico, con su patente desprecio, no ya solo del Derecho civil y del Derecho hipotecario, de los que la Sentencia no hace la más mínima alusión en un conflicto en el que parecían ineludibles esas importantes alusiones a los mismos, sino, más en general y lamentablemente, desprecio también de la doctrina científica a secas, doctrina sobre las aguas, que cuando tiene cierto nivel, y sean civilistas o administrativistas los autores, no puede

⁴¹ Explicaba hace un par de años el profesor DÍEZ PICAZO, Luis, en el contexto distendido de un libro de entrevistas a juristas destacados, que uno no quiere que un juez sea precisamente WINDSCHEID o SAVIGNY, sino simplemente alguien que se lea cuidadosamente los papeles, y que cuando los papeles se han leído con cuidado, la solución jurídica, la mayor parte de las veces en que no hay casos difíciles, mana por sí sola. Cuando no mana por sí sola, explica el maestro, es cuando se ha desconocido el conjunto de los documentos que había en los autos. Cfr. el libro colectivo de Francisco SOSA WAGNER y Mercedes FUERTES, *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, Marcial Pons, 2009, pp. 63-64.

dejar de considerar también elementos procedentes del Derecho civil y del hipotecario. El Recurso de Casación (pp. 7 a 24) dedicó 17 páginas de cuidada argumentación con aportación de mucha jurisprudencia y de toda la principal doctrina española existente sobre el precepto de la disposición transitoria 3.^a 3.º, minuciosamente citada.

Pero toda esa argumentación solo le lleva al Tribunal Supremo a afirmar que las recurrentes califican la doctrina de la Sentencia de instancia como «*restrictiva*»(es al revés, la califican de excesivamente amplia en su interpretación del precepto legal transitorio decisivo para el caso y le oponen, con la doctrina científica mayoritaria y más elaborada, una concepción más restrictiva) y que «*pese a los esfuerzos de las recurrentes*» no consiguen éstos desvirtuar esa doctrina de la Sentencia impugnada. Estamos obligados a suponer que el Alto Tribunal hizo una lectura reflexiva de esas 17 páginas de cuidada argumentación, y que en su única afirmación sobre las mismas cometió un lapsus, pero el caso es que no dejó absolutamente ningún indicio más de esa posible lectura y reflexión sobre los argumentos del Recurso de Casación en el texto de su Sentencia. La incongruencia omisiva y los artículos 67.1.º de la Ley 29/1998 y 120.3.º de la CE me parecen, por ello, otras de las razones por las que se debió o se deberá, además de casar la Sentencia del TSJ de Murcia, también anular, si el Tribunal Constitucional tiene ocasión de hacerlo, esta tan peculiar y significativa Sentencia del TS. La carencia en la misma de una argumentación un poco más elaborada da idea de que esta Sentencia se atrevió a cargarse un principio importantísimo de Derecho civil con siglos de antigüedad, como la libre venta o transmisibilidad del agua privada, no solo de forma vergonzante, según se ha advertido ya, sino, con toda probabilidad, con ostensible falta de cultura histórica y sin plena consciencia del grave y complejísimo alcance dogmático de lo que estableció.

En ese sentido, ya se han señalado los graves interrogantes que deja planteados para el futuro y para la seguridad jurídica esta peculiar teoría de nuestra Sentencia de la «*congelación*» de la propiedad privada del agua, y la incoherencia de que represente, en cierto sentido, una publicación más intensa de las aguas privadas que la de las concesiones administrativas sobre aguas públicas. Además, y correlativamente, deja convertida la propiedad privada, cuando se refiere al agua, en un engendro casi irreconocible respecto del inteligente modelo, bastante neutro ideológicamente como explicó siempre el profesor Lacruz Berdejo, del artículo 348 del Código

civil⁴². Cabría recordar aquí, por eso, el límite que pone el artículo 53.1.º de la CE al legislador de respetar siempre el «*contenido esencial*» de los derechos. Según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, de la que fue ponente el profesor Díez Picazo, y que el Recurso de Casación recordaba en vano al TS, ese precepto constitucional prohíbe a las leyes establecer respecto de un derecho subjetivo «limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección». Y a donde el legislador no debe poder llegar tampoco deberían poder llegar con sus interpretaciones los tribunales, que están constitucionalmente siempre vinculados a la ley.

Y a mayor abundamiento, al razonar en esta línea sobre «*contenido esencial*» de la propiedad privada del agua se puede citar también (desde principios de 2010, tras ratificar el vigente Tratado de Lisboa de 2004, que incorpora la Carta de 2000, todos los países de la UE) el ya vigente art. 17 de la Carta Europea sobre Derechos Fundamentales de Niza de 2000, que incluye dentro de ese contenido esencial (cfr. su art. 52.1.º, que alude al «*contenido esencial*» de esos derechos) de la propiedad privada la disponibilidad y el libre uso de la cosa por el dueño. El inciso primero de ese artículo 17 establece exactamente que «*toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos*». Parece que este precepto, aunque de rango superior al Derecho español y posiblemente vinculante a la larga para sus tribunales, según suelen entenderlo estos mismos con cada vez más claridad y frecuencia para el Convenio de Derechos Fundamentales de Roma de 1950 y según habrá seguramente de suceder con la Carta de 2000, no puede entenderse que tenga alcance retroactivo, por lo que no es fácilmente defendible hoy su aplicabilidad directa al supuesto conocido por la Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009. Pero el hecho de que la norma europea existiera, aunque sin vigencia formal todavía, desde el año 2000, año en el que se produjeron los hechos enjuiciados, da sin duda una considerable fuerza de elemento interpretativo de refuerzo de primer orden

⁴² La Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, del TC, sobre la Ley 8/1984 de reforma agraria andaluza, en su FJ núm. 2.º, había afirmado que las modulaciones y limitaciones que aquella Ley andaluza ponía a la propiedad privada eran admisibles constitucionalmente y criticó que se pretendiese sacar argumentos sobre el contenido esencial de la propiedad del artículo 348 del Código civil, precepto que presenta el TC en este punto como anticuado o superado. Sin embargo, no me convence esta última afirmación, que no parece entender bien la neutralidad ideológica del precepto citado del Código civil, que admite todo tipo de limitaciones impuestas por las leyes, por muchas que sean, y además, las concretas limitaciones que en ese caso se discutían no eran ni de lejos tan drásticas y destructivas de la noción habitual de propiedad privada como lo es la del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas, tal como la han entendido las dos sentencias comentadas en el presente trabajo.

a favor de los muy robustos argumentos de los recurrentes que tan rotundamente rechazó la mencionada Sentencia del TS.

Y más allá de la Sentencia aquí estudiada, es claro que el artículo 17 de la Carta de Niza de 2000, combinado además con el artículo 9.3.º de la Constitución y la irretroactividad necesaria de disposiciones sancionadoras desfavorables, marca para los casos y soluciones «futuros» (posteriores a 2010 y a la vigencia formal de la Carta de 2000) una línea de interpretación de la disposición transitoria 3.ª, apartado 3.º, de la Ley de Aguas muy claramente contraria en teoría a la aceptada por esta Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009. Otra cosa será, en el actual estado de cosas, que el Tribunal Supremo llegue a tener conocimiento y a tomar seriamente en consideración este argumento que aporta la Carta Europea de derechos fundamentales de Niza de 2000.

Por último, no debe dejar de señalarse que la trascendencia jurídica y social de la doctrina de la Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009 es, al menos en teoría, enorme. Cuando estas líneas vean la luz, la Ley de Aguas de 1985 habrá superado el cuarto de siglo de vigencia, por lo que, en todo ese tiempo, podrán ser muchísimas las aguas privadas que hayan cambiado de dueño (cualquier título: herencia; legado; venta; permuta; donación; etc.), o de lugar en el que se aprovechan, o del uso o destino económico para el que se aprovechan, o que hayan cambiado de todo ello simultáneamente, respecto de su estatus de pertenencia y uso del 1 de enero de 1986. De modo que, según la Sentencia aquí estudiada, todas o casi todas (la Sentencia no carece de flancos o zonas de penumbra) esas aguas privadas estarían en una situación de ilicitud al menos administrativa y serían susceptibles de sanciones debiendo la Administración también obligar a cesar el uso que se les estuviera dando por sus «dueños», si es que todavía les podemos denominar como tales. Y hay que tener en cuenta que el apartado 3.º de las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª de la Ley de Aguas alcanza probablemente a todas las aguas privadas, puesto que su ámbito lo extiende expresamente a las mismas la regla general de permanencia de todos los derechos de propiedad privada del agua que existieran en 1985 al entrar en vigor la nueva Ley, y regla general que se contiene en el apartado 1.º de la disposición transitoria 4.ª de la Ley (hoy TR) de Aguas⁴³.

⁴³ Sobre esta regla general del apartado 1.º de la disposición transitoria 4.ª de la Ley de Aguas y de su Texto Refundido de 2001, de mantenimiento de la propiedad privada del agua de todas las aguas que existieran al entrar en vigor dicha Ley, regla general que inspira también las disposiciones transitorias del vigente Derecho canario recogido en la Ley canaria 12/1990 de aguas, y sobre la compleja problemática interpretativa de dicha regla legal general, véase mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, pp. 61 a 97, y pp. 69-70 para la situación en Canarias.

La Sentencia de 27 de octubre de 2009, además, si se llegara a dictar otra Sentencia del TS con la misma doctrina de la «congelación» de la propiedad privada del agua, permitiría además, concurriendo acuerdo unánime de los magistrados de la Sala, la inadmisión de recursos de casación que cuestionasen dicha doctrina en el futuro ante el TS (arg. art. 93, apartado 2, letra *c*, y apartado 4, de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Y antes de ello todavía, la doctrina de la Sentencia de 27 de octubre de 2009 quizás habrá podido utilizarse ya para estrechar el riguroso filtro en que se ha convertido para el recurso de casación la exigencia legal de su previa «preparación» (art. 89 de la Ley 29/1998). Por todo lo que es hoy bastante serio el riesgo de que pudiera quedar impuesta en la práctica en toda España, formalmente, esta tan desafortunada y nociva interpretación sobre la propiedad privada «congelada» del agua.

De modo que, en conclusión, esta discutible y poco trabajada Sentencia de 27 de octubre de 2009 deja a los pies de los caballos a casi todas las aguas privadas de España, que son muchas más de las que se suele suponer y con frecuencia en sectores de agricultura estratégicos y de alta cualificación y de gran importancia económica, por ello, en el conjunto de la economía del regadío español.

Menos mal, en este sentido (y exclusivamente en éste), que la Administración hidráulica española es institucionalmente bastante débil y carece de la capacidad de asumir la enorme carga de trabajo burocrático y jurídico que representaría el intento en serio de sancionar a todos los propietarios de España que no hubieran respetado la llamada «congelación» de la propiedad privada del agua, y (o) de impedirles que siguieran ejercitando ilícitamente (de creer a la Sentencia de 27 de octubre de 2009) sus derechos de propiedad privada sobre el agua. La Administración hidráulica está ya desbordada y agobiada por sus meros cometidos ordinarios, así que no anda sobrada de energías. Todavía no ha sido capaz de terminar de resolver los varios cientos de miles de complejos expedientes administrativos a que dieron lugar las deficientes disposiciones transitorias de la Ley de Aguas de 1985. Y este sector de la Administración hidráulica es de los que da abundante trabajo también a la jurisdicción contencioso administrativa.

Volviendo a la metáfora de los caballos, la propiedad privada del agua, hoy pretendidamente «congelada» por el Tribunal Supremo, está en teoría a los pies de los caballos. Pero, afortunadamente (solo a estos efectos, insisto), los caballos son pocos, débiles y famélicos. El daño causado por la Sentencia de 27 de octubre de 2009 no va a ser, probablemente, un gran daño social en el ámbito de todo el Dere-

cho español, una especie de gigantesca y tiránica persecución a todos los dueños digamos que activos de aguas privadas, sino más bien un daño jurídico; un daño a la seguridad jurídica. No es que el famoso «poder fáctico» del TS vaya a poder hacer por sí solo la nacionalización de todas las aguas privadas que el legislador de 1985, después de intentarlo, no se atrevió a hacer, sino solo que esta nueva e irreflexiva Sentencia ha contribuido muy considerablemente a aumentar la inseguridad jurídica y el caos social que reina desde hace ya bastante tiempo en las aguas privadas y hasta en las subterráneas en general, como bien saben los especialistas en estas materias. Sancionar e impedir lo ilícito es obligatorio y no discrecional para la Administración, pero lo enorme e inabarcable de la tarea que sobre ella arroja nuestra estudiada Sentencia del TS sobre casi todas las aguas privadas subterráneas o no del país, convertirá en objetivamente arbitrarios los casos necesariamente aislados y esporádicos en los que la Administración decida y pueda llegar a ejercer la persecución, con prohibiciones o incluso con sanciones, de la propiedad privada «congelada» del agua, pero agua utilizada por sus dueños, sin respetar la «congelación», con toda normalidad y honestidad y con pleno respeto a las concepciones sociales vigentes y dentro de sus fincas privadas de no fácil acceso en la práctica para los escasos vigilantes o guardas fluviales de la Administración.

También creo que ha venido esta Sentencia, por ello, a darnos la razón a los (pocos, en los primeros años de su vigencia, aunque hayan ido creciendo los críticos con el paso del tiempo y el cada vez más evidente fracaso de esta Ley) que avisamos desde el principio de que esta Ley de Aguas de 1985 era una muy discutible Ley, de confusa y contradictoria inspiración ideológica, y con bastante mala técnica jurídica⁴⁴. En varios de mis trabajos anteriores he propuesto que se sustituya esta ley por otra elaborada por un equipo pluridisciplinar de buenos juristas, en el que no deberían faltar civilistas e hipotecaristas. Conviene ser conscientes de que hacer una buena ley de aguas presenta gran dificultad objetiva. Si los mencionados juristas fueran buenos sin duda habrían de tener también un mejor sentido idiomático que el que demostraron tener los autores finales de la Ley de Aguas de 1985. Esa falta de un buen sentido idiomático creo que está también en la raíz de la deficiente técnica jurídica que caracterizó a esta importante Ley.

⁴⁴ Puesto que PÉREZ PÉREZ, Emilio, fue uno de los principales autores de la Ley de Aguas de 1985, puede ayudar a entender las carencias terminológicas y conceptuales de los autores de esa Ley la cuidadosa nota crítica que redacté sobre el libro de ese autor «*La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*», de 1998, en el tercer fascículo de esta Revista, del año 2000, pp. 1054 a 1073.

Garantías reales sobre bienes muebles comprados a plazos (hipoteca inmobiliaria extendida a los bienes muebles, hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento sobre bienes no pagados íntegramente)

M.ª EUGENIA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El artículo 111 de la Ley Hipotecaria permite la extensión de la hipoteca constituida sobre el inmueble a los bienes muebles (pertenencias o inmuebles por destino) que se hallen en él. Por su parte, el art. 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 1954 fue objeto de reforma por la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario, para admitir que pudieran ser objeto de estas garantías mobiliarias los bienes muebles cuyo precio de adquisición no estuviese íntegramente satisfecho, frente a la prohibición de su redacción primitiva. Ambas normas deben coordinarse con los preceptos de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1998, habida cuenta de la frecuente sujeción a esta Ley de las compras a plazos de los bienes que posteriormente pueden ser hipotecados o pignorados (maquinaria industrial, vehículos...). Ello origina serias dudas acerca de la validez de la garantía, pese a la ausencia de norma específica en la LH y la norma permisiva de la LHMPSD, ya que son requisitos, en orden a la válida constitución del gravamen, la propiedad del bien y el poder de disposición sobre el mismo, y estas exigencias chocan con la prohibición de disponer que es contenido obligatorio del contrato de venta a plazos o con la reserva de dominio que puede pactarse en el mismo, según la LVPBM. A ello se une la cuestión de la inscripción registral de dichas prohibición y reserva para su oponibilidad, lo que requiere un análisis del juego del Registro de Bienes Muebles.

PALABRAS CLAVE

Bienes muebles, venta a plazos, extensión de la hipoteca inmobiliaria, hipoteca mobiliaria, prenda, prohibición de disponer, reserva de dominio, registro.

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento sobre bienes comprados a plazos.* 3. *La extensión convencional de la hipoteca inmobiliaria a bienes muebles comprados a plazos.* 4. *Consideraciones comunes.* 4.1. Precio aplazado garantizado con prohibición de disponer. 4.2. Precio aplazado garantizado con reserva de dominio. 5. *Breve referencia a la concurrencia de privilegios.* Bibliografía. Sentencias y resoluciones de la DGRN.

1. INTRODUCCIÓN

Se ha dicho que el siglo XXI es el siglo de los bienes muebles¹. También podría serlo de las garantías mobiliarias. En este sentido, se ha destacado el volumen del tráfico jurídico de los bienes muebles, que es muy superior al de los bienes inmuebles, y la elevada cantidad de capitales asegurados con garantía mobiliaria². Ya hace mucho que se admitió la constitución de garantías reales mobiliarias sin desplazamiento, con la finalidad de evitar que el deudor hipotecario quedara privado de la posesión de los bienes que constituyen su principal fuente de riqueza o de ingresos. Sin embargo, escasa atención ha merecido el caso en que esos bienes muebles hubieran sido comprados a plazos, lo que suele ser frecuente en la práctica, y hubiera que preservar también los derechos del vendedor-acreedor, y no ya porque el caso haya sido ignorado por el legislador, que no lo ha sido, sino porque en la regulación del supuesto se ha prescindido de importantes cuestiones y presupuestos de orden sustantivo en el ámbito de los derechos reales o de preceptos legales directamente relacionados, a la vez que no queda claro su tratamiento en el Registro de Bienes Muebles. Esto es lo que puede constatarse tras la reforma del art. 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión de 16 de diciembre de 1954 (en adelante, LHMPSD) por la Ley 41/2007, de 7 de diciem-

¹ GARCÍA SOLÉ-GÓMEZ GÁLLIGO, *Derecho de los bienes muebles. Financiación y garantías en la contratación mobiliaria*, Madrid, 2002, p. 287.

² PAU PEDRÓN, «El nuevo régimen de la publicidad mobiliaria», *ARAJL*, 2002, núm. 32, p. 531.

bre, y tras la creación del Registro de Bienes Muebles mediante el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, carente todavía de una disciplina normativa específica y regulado por normas de diversa índole hasta que aquélla sea publicada.

En principio, parece que nuestro ordenamiento admite la posibilidad de constituir una garantía real sobre un bien mueble cuyo precio de adquisición no se ha satisfecho íntegramente, habiéndose comprado a plazos por el constituyente de la garantía. En relación con la extensión convencional de la hipoteca inmobiliaria a los bienes muebles contenidos en el inmueble en virtud del artículo 111 LH, no ha existido norma especial destinada a regular el caso en que las pertenencias se hubiesen adquirido a plazos, por lo que no era un supuesto prohibido; ahora bien, sí era un caso problemático, sobre el que hubo de manifestarse la jurisprudencia, cuyos pronunciamientos mantienen actualidad y de los que habrá que deducir, junto con un examen detenido de la cuestión, la duda sobre la validez o nulidad de la hipoteca inmobiliaria extendida mediante pacto a bienes muebles cuyo precio todavía no se ha pagado íntegramente. Respecto a la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, la constitución de estas garantías reales sobre bienes no pagados en su totalidad sí ha sido objeto de sucesivas reglas específicas, de signo contradictorio, resultando más coherente, como veremos, la ya derogada norma prohibitiva que la actualmente vigente norma permisiva. En el presente trabajo se estudian, pues, los problemas derivados de la colisión de la hipoteca inmobiliaria extendida convencionalmente a los bienes muebles, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento con los derechos del acreedor del precio aplazado.

Punto de partida indispensable son los artículos 1857. 2.º y 3.º CC y 138 LH, de un lado, y el artículo 2 LHMPSD, de otro. De acuerdo con los primeros, son requisitos esenciales de la hipoteca la propiedad y la libre disposición de los bienes. En virtud del segundo, reformado recientemente, cabe la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento sobre bienes cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho. Todos ellos deben interpretarse en relación con la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 13 de julio de 1998 (en adelante, LVPBM), que contempla la prohibición de disponer como contenido obligatorio del contrato de compraventa y admite el pacto de reserva de dominio, ambos a modo de garantía a favor del vendedor-acreedor del precio aplazado. Ello ya conduce a poner en tela de juicio la validez de la extensión de la hipoteca inmo-

liaria a los bienes muebles, habida cuenta de la posible falta de cumplimiento de los mencionados requisitos de titularidad y libre disposición para la constitución de la hipoteca, y a cuestionar el sentido de la reforma del artículo 2 LHMPD, que antes prohibía y ahora permite las garantías reales mobiliarias sobre bienes comprados a plazos y todavía no pagados totalmente. Y aún más: estos problemas deben analizarse teniendo en consideración el juego del Registro de Bienes Muebles, donde, viniendo a sustituir a los anteriores Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, pueden hacerse constar las circunstancias relativas a este tipo de bienes, originándose la controvertida cuestión de la inoponibilidad de lo no inscrito.

El artículo 2 LHMPD fue modificado por la disposición final tercera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. Viniendo la reforma del artículo 2 a establecer el principio de compatibilidad de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento con el incompleto pago del precio del bien, frente a la prohibición anterior de constitución de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento sobre bienes no pagados íntegramente, diversas razones, que serán expuestas a lo largo de estas páginas, pueden implicar la esterilidad de la reforma y la persistencia de dicha prohibición, aunque se haya derogado su expresa formulación legal. No obstante, hay que tener en cuenta que la prohibición del artículo 2 era más amplia y suponía también la imposibilidad de constituir garantía real mobiliaria sobre bienes ya hipotecados, pignorados o embargados, regla a la que no podemos prestar la atención que merece en este lugar.

Esta modificación del artículo 2, aunque acaecida en 2007, ya fue prevista por el legislador en 1954. En la Exposición de Motivos de la LHMPD de 1954 se aclaraba que se había tenido muy en cuenta que la prohibición de constituir hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre bienes que se hallan en situaciones jurídicas especiales (bienes anteriormente hipotecados, pignorados o embargados, o cuyo precio de adquisición no se haya pagado totalmente) podía, tal vez, limitar las posibilidades de crédito, de manera que, por tal razón, «acaso en ulteriores reformas legislativas pueda llegar a ser aconsejable la supresión de estas

prohibiciones». Ahora bien, sigue la Exposición de Motivos, «en la actualidad, es preferible establecerlas para asegurar el éxito de la institución»; la finalidad perseguida, se explica, es «dar a la nueva institución la mayor sencillez y seguridad posibles y evitar situaciones que conducirían a colisiones de derechos y que en el momento de la ejecución crearían un confusiónismo perjudicial para el buen desarrollo de ambas»³.

Esta decisión no gozó del juicio favorable de la doctrina, que pronto criticó la prohibición contenida en el artículo 2. Gómez-Acebo, en relación con la prohibición de hipotecar bienes cuyo precio de adquisición no estuviese íntegramente satisfecho, señalaba una grave desarmonía entre la solución civil y la solución para el tráfico: desde el punto de vista civil, supone una desviación que el comprador no pueda hipotecar el bien, del que, «a pesar de todo», es dueño, ya que el vendedor sólo tiene un crédito por el precio aplazado (no distingue Gómez-Acebo si se pactó o no una reserva de dominio a favor del vendedor a plazos); no obstante, desde el terreno de la equidad, añadía, quedaba justificada la norma, ya que el hipotecante no es dueño de la cosa cuyo precio no ha pagado totalmente, y sería contrario a la equidad que se le permita una disposición sobre el valor total de la cosa. Ahora bien, si desde el punto de vista civil la solución finalmente satisface, no ocurre lo mismo desde el punto de vista del tráfico, pues ¿cómo puede saber con certeza el acreedor que el precio de adquisición de las cosas a que alcanza su hipoteca está íntegramente satisfecho?⁴

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, no contiene una explicación de la modificación operada en el artículo 2 de la Ley de 1954, pero en el Preámbulo menciona, entre las líneas de acción en que puede estructurarse, la Ley la de la mejora de los instrumentos de financiación.

Por otra parte, en la resolución de la DGRN de 23 de febrero de 2005 (RJ 2005/1575) se pueden encontrar otras razones que justifi-

³ COSSÍO, «El sistema registral mobiliario», *Centenario de la Ley del Notariado. Estudios jurídicos varios*, Vol. II, Madrid, 1962, p. 459, explicaba que el art. 2 LHMPSD era un precepto de orden público, dirigido a la buena economía registral y más perfecto funcionamiento de los derechos de garantía.

⁴ GÓMEZ-ACEBO SANTOS, «La hipoteca de establecimiento mercantil», *RDM*, 1955, I, pp. 126 y 127, también entendía, a propósito de la prohibición de constituir hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento sobre bienes previamente hipotecados, pignorados o embargados, que la norma del art. 2 suponía una grave desviación del sistema de los derechos de garantía, en el que cabe la coexistencia pacífica de varios derechos, concurrentes todos ellos sobre el valor de la cosa gravada, pues rige el principio del rango; la limitación le parecía excesivamente rigurosa y no del todo justificada, por lo que propugnaba una interpretación flexible de la misma, ya que «el deudor, frente al primer acto de gravamen, tendrá que agotar al máximo la posibilidad de un crédito con garantía de la cosa, consciente de que ya no podrá volver a hipotecarla».

caron tanto la instauración de las prohibiciones del artículo 2 LHMPSD como su posterior supresión, si bien están más relacionadas con la concurrencia de hipotecas sobre los bienes muebles: la inexistencia al tiempo de la aprobación de la LHMPSD de un Registro de Bienes Muebles, y la necesidad de evitar dudas en el rango o preferencia entre las hipotecas mobiliarias y las hipotecas inmobiliarias con pacto de extensión a los bienes muebles comprendidos en el inmueble, llevó al legislador a prohibir la constitución de hipoteca mobiliaria sobre bienes muebles anteriormente hipotecados; la redacción del artículo 2 «tenía por tanto pleno sentido cuando no existía un Registro de Bienes Muebles, basado en los principios de tracto sucesivo y folio real, y era difícil la coordinación con el Registro de la Propiedad, lo que justificaba que no se pudiesen hipotecar los bienes anteriormente gravados». Creado el mencionado Registro de Bienes Muebles y prevista su coordinación con el Registro de la Propiedad, viene a declarar esta resolución, decaen las razones que justificaban la regla del artículo 2. Quizá cupiera extender este razonamiento a la supresión de la prohibición de gravar bienes muebles cuyo precio aplazado no se ha satisfecho íntegramente, entendiendo que la constancia de las circunstancias relativas al bien en el Registro de Bienes Muebles asegura los derechos del acreedor del precio aplazado y su preferencia frente al acreedor hipotecario o pignoraticio, pero en este trabajo explicaremos que no se trata de una cuestión de prioridad, sino de oponibilidad de los derechos del vendedor y consiguiente nulidad de la garantía real posterior, salvo que ésta se entienda sometida a condición suspensiva.

Admitido, en fin, que se pueden pignorar sin desplazamiento o hipotecar, mediante hipoteca mobiliaria o inmobiliaria con pacto de extensión objetiva (supuesto este último nunca prohibido) los bienes comprados a plazos, aunque no estén pagados todos ellos, habrá que analizar los efectos del incumplimiento de la obligación de pago sobre las garantías reales pactadas, así como los de la existencia de una prohibición de disponer o de pactos como la reserva de dominio. Aunque algunos de los problemas que van analizarse son comunes, conviene también, para mayor claridad expositiva, diferenciar el tipo de garantía convenido; hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión a los bienes muebles comprados a plazos, o garantía mobiliaria.

Asimismo, es preciso tener en cuenta si la compra a plazos de los bienes muebles se halla sujeta a la LVPBM, ya que según su artículo 7.11 es contenido obligatorio del contrato «la prohibición de enajenar o de realizar cualquier otro acto de disposición en tanto no se haya pagado la totalidad del precio o reembolsado el préstamo, sin la autorización por escrito del vendedor o, en su caso, del

financiador». Y, aunque según el artículo 7.10 de la LVPBM la reserva de dominio es potestativa, de manera que será contenido del contrato «si así se pactara», deberá atenderse a si efectivamente se convino o no, resultando de una observación de la jurisprudencia que suele ser bastante frecuente el pacto. Por último, no podrá ignorarse que según el artículo 16.5 LVPBM el acreedor del precio aplazado gozará de la preferencia y prelación establecidos en los artículos 1922.2.^a y 1926.1.^a CC.

2. LA HIPOTECA MOBILIARIA Y LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO SOBRE BIENES COMPRADOS A PLAZOS

El legislador de 1954 se refería expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley especial a la prohibición de constituir hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre bienes comprados a plazos si todavía no han sido pagados todos ellos. «Exigencia especial», sostenía, para que pudieran constituirse estas garantías, es la de que el precio de adquisición esté totalmente pagado, a menos que la hipoteca o la prenda se constituyan precisamente en garantía del precio aplazado. Y a continuación explicaba las razones que fundaban la solución adoptada en los siguientes términos: «... las ventas a plazos, tan frecuentes en circunstancias normales, se verían entorpecidas, en perjuicio del comercio, si el vendedor tuviere el fundado temor de ver perjudicado su crédito por la constitución de una garantía sobre los bienes casi vendidos. Dar preferencia al crédito por precio aplazado sobre la hipoteca o la prenda hubiera sido contrario a la naturaleza de uno y otro derecho. Exigir al vendedor, para estar debidamente garantizado, que acudiera siempre a la hipoteca o a la prenda, sería muy gravoso para el comprador y chocaría con la práctica usual en esta clase de ventas. De este modo, además, se eliminan los problemas que suscitarían los variados pactos que suelen acompañar a estas ventas aplazadas, especialmente la condición resolutoria y la reserva de dominio».

Por tanto, exigiendo que el precio se hubiese pagado en su totalidad, la regulación anterior a 2007 evitaba los problemas derivados del incumplimiento. Quedando plazos pendientes de pago, regía la prohibición del artículo 2 LHMPD. Esta solución fue criticada por algunos autores que juzgaban preferible otorgar preferencia al acreedor del precio aplazado sobre el titular de las garan-

tías creadas en la nueva Ley⁵. Pero precisamente esta era una de las soluciones que en la Exposición de Motivos de la Ley de 1954 se rechazaba por ser contraria a la naturaleza de los derechos concurrentes, el de crédito y el real de garantía.

La supresión de la prohibición de gravar bienes no pagados totalmente, tras la reforma del artículo 2 LHMPD por la Ley 41/2007, no admite duda, pues expresamente establece que podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento sobre bienes cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho.

Esta claridad parece oscurecerse a la vista de lo que siguen estableciendo los artículos 21 y 22 LHMPD, que no han sido modificados, y que para la afección a la hipoteca del establecimiento mercantil de ciertos bienes muebles (las máquinas, mobiliario, utensilios, instrumentos de producción y trabajo, si se hallan destinados de modo permanente a satisfacer las necesidades de la explotación mercantil o industrial, y las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento) exigen que sean propiedad del titular del establecimiento y que su precio de adquisición esté pagado. Sin embargo, estos requisitos, aunque podrían considerarse una reminiscencia de la antigua prohibición, no lo son, sino que obedecen a la misma razón en que se basa idéntica exigencia para la extensión de la hipoteca que grava al inmueble a los bienes muebles instalados en él. En relación con este supuesto, doctrina y jurisprudencia requieren que el acto de destinación de los bienes muebles al inmueble sea realizado por el propietario, como dispone el artículo 334 CC, con el fin de evitar precisamente la sujeción de esos bienes al gravamen inmobiliario impuesto por quien, siendo dueño de la finca, no lo es de los muebles. En suma, se trata de evitar tanto la hipoteca de bienes ajenos, como las consecuencias del incumplimiento de la obligación de pago del precio.

Lo que permite la nueva redacción del artículo 2 LHMPD es la constitución de las garantías reales que regula en garantía del cumplimiento de una obligación contraída con un tercero, cuando los bienes muebles gravados todavía no están completamente pagados. Es precisamente este supuesto el conflictivo, de ahí su prohibición anterior, por la posible colisión de la garantía real a favor del tercero con los derechos del vendedor por el precio aplazado. El otro

⁵ GÓMEZ-ACEBO, ob. cit., pp. 138, 145 y 174; VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre garantías reales*, Madrid, 1973, p. 542; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, Madrid, 1996, p. 224.

Aclara Vallet que no se trataría del primer caso de prelación de un derecho personal sobre un derecho real, sino de prioridad de un crédito personal sobre el asegurado con garantía real. Y pone ejemplos de ello, tanto del CC (art. 1927.1), como de la propia LHMPD (art. 66).

supuesto, el de constitución de hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento a favor del vendedor a plazos del bien mueble, ya estaba permitido antes de la reforma de 2007⁶, porque no origina problemas de colisión con otras garantías que no han sido preferidas por las partes: éstas juzgaron más conforme a sus intereses la transmisión de la propiedad del bien y la posterior sujeción del mismo al gravamen real, que la retención de la propiedad del bien por el vendedor hasta el íntegro pago del precio pactando una reserva de dominio. No obstante, como apunta Lalaguna⁷, la constitución de una garantía real a favor del vendedor del bien mueble a plazos, si bien proporcionaba a éste protección, no sería acogida en la práctica comercial, viniendo a ser un freno, más que un estímulo, para la actividad comercial, al resultar gravosa para el comprador. Por eso, aunque el legislador la admitió, también previó el riesgo de inhibición del comprador a plazos, como señala el autor citado. Ante el mismo, y para afrontar también el temor del vendedor a plazos de que el comprador pudiese constituir una garantía real a favor de un tercero sobre el bien todavía no pagado, el legislador estableció la prohibición del artículo 2, hoy suprimida.

De una comparación de los preceptos que en cada una de las leyes, la LHMPSD y la LVPBM, regulan el tipo de bienes comprendidos en su ámbito de aplicación, es fácil deducir la posibilidad de que los bienes sobre los que se constituye hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento hubieran sido comprados a plazos con sujeción a lo dispuesto en la LVPBM. El artículo 1 de esta última se refiere a los bienes muebles corporales no consumibles e identificables, precisando su párrafo segundo los requisitos para la identificabilidad del bien, características que pueden concurrir en algunos de los bienes que enumeran los artículos 12, para la hipoteca mobiliaria, y 52-54, para la prenda sin desplazamiento, de la LHMPSD. Los ejemplos más frecuentes en la jurisprudencia son los de automóviles u otros vehículos de motor y la maquinaria industrial, pero también puede pensarse, a la vista de dichos preceptos, en otros bienes, vendidos a plazos con sujeción a la LVPBM, susceptibles de garantía real mobiliaria sin desplazamiento.

Además de las previsiones de la LVPBM y del tan mencionado artículo 2 LHMPSD, es preciso detenerse en el artículo 13 del

⁶ No obstante, LALAGUNA, *Perspectiva actual de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento en relación con la venta a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1967, p. 37, considera que sólo la hipoteca mobiliaria podría ser útil al vendedor a plazos como garantía del crédito por el precio de la venta. Sin embargo, la prenda sin desplazamiento carecería de interés para él, puesto que las garantías que le ofrecía la LVP (se refería a la de 1965) eran menos gravosas económicamente y más ágiles desde el punto de vista jurídico. *Vid.* los inconvenientes de la prenda sin desplazamiento que señala este autor.

⁷ LALAGUNA, *ob. cit.*, p. 11.

Decreto de 17 de junio de 1955 del Ministerio de Justicia, por el que se aprueba el Reglamento de la LHMPSD, en el que se comprende el Reglamento del Registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (en adelante RRHMPSD). Este artículo 13 ya originó dudas similares a las que después planteó la necesidad de inscripción registral de la prohibición de disponer o de la reserva de dominio para su oponibilidad, exigencia contenida en la sucesivas LVPBM, de manera que resulta de indudable interés la interpretación de dicho precepto por la doctrina. Según el artículo 13 RRHMPSD, en los libros de inscripción se inscribirán o anotarán los títulos de adquisición de bienes muebles susceptibles de hipoteca cuyo precio se hubiere aplazado y garantizado con pacto de reserva o de resolución de dominio⁸. Distintos autores se plantearon el significado de esta norma bajo la legislación anterior y si venía a alterar la virtualidad de la prohibición del artículo 2, imponiendo al vendedor a plazos la carga de la inscripción para que su derecho fuera preferido al del acreedor hipotecario o para que la hipoteca posterior fuera nula. Algunos autores lo negaron⁹, si bien otros no pudieron sino hacer ciertas concesiones a la tesis de la necesidad de inscripción registral para la oponibilidad de la cláusula de reserva o de resolución de dominio, lo que en aquél momento se traducía en la nulidad del gravamen posterior.

Así, Vallet de Goytisolo opinaba que el vendedor acreedor del precio aplazado siempre podría pedir la anulación de la hipoteca o prenda, aunque no constase en la forma prevista en el artículo 13 del Reglamento; si ya la Exposición de Motivos de la Ley consideraba poco usual y gravoso para el comprador que la Ley exigiera hipoteca o prenda al vendedor para estar debidamente garantizado, más gravoso aún, e igualmente opuesto a la práctica habitual, sería exigirle la formalización en escritura pública y la inscripción registral¹⁰. Razonamiento, pues, a favor de la oponi-

⁸ COSSÍO, ob. cit., p. 458, se planteaba si la causa de resolución del contrato prevista en el art. 1505 CC produciría efectos reales si no constaba inscrita en el Registro Mobiliario, a diferencia de lo que ocurre respecto de los bienes inmuebles, para los que se impone la inscripción correspondiente para lograr esa consecuencia, de conformidad con el art. 11 LH. A esta cuestión responde afirmativamente, ya que, en cuanto la inscripción en el Registro Mobiliario no garantiza la titularidad dominical de la cosa en modo alguno, el derecho del acreedor hipotecario o pignoraticio queda afectado por todas las causas de nulidad o resolución que puedan afectar al de su constituyente. Por tanto, termina, si el vendedor opta por pedir la resolución de la compraventa, ante la falta de pago del precio, tal resolución traerá consigo necesariamente la de la hipoteca o la prenda constituida por el comprador, a lo que se añade el que según, el art. 3.5 LHMPSD, la inscripción registral no convalida los contratos nulos con arreglo a las leyes.

⁹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 2001, p. 485, explican que el art. 13 RRHMPSD pretendía dar publicidad a esas situaciones jurídicas con el fin de facilitar el cumplimiento del mandato del art. 2 LHMPSD.

¹⁰ VALLET DE GOYTISOLO, ob. cit., p. 575.

bilidad sin necesidad de inscripción registral, y contrario a lo que más tarde exigirían las distintas leyes reguladoras de la venta a plazos de bienes muebles.

También Lalaguna insistía en la coordinación de ambas normas, alegando que el vendedor con precio aplazado podría impugnar la garantía del acreedor hipotecario con base en la prohibición del artículo 2 LHMPD, aunque su derecho no constase inscrito en el Registro en la forma prevenida por el artículo 13 del Reglamento; la inscripción o anotación registral del crédito por razón del precio aplazado venía a facilitar el propósito del legislador con la regla del artículo 2, y no a neutralizarla o restarle vigor¹¹.

Sin embargo, Gullón terminó por admitir la inoponibilidad si falta la inscripción registral. Es cierto que juzgaba dudoso que el artículo 13 RRHMPD tuviese por finalidad establecer unas limitaciones tan acusadas al artículo 2 de la Ley, y consideraba que la *ratio* de aquella norma era facilitar al acreedor hipotecario el conocimiento de la titularidad del constituyente de la hipoteca, mas no quebrar las líneas básicas de un sistema registral de gravámenes, y no de adquisiciones, como era el del Registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. Ahora bien, además de lo que inmediatamente se dirá, admitía este autor que el artículo 13 del Reglamento se podía convertir en el medio de burlar la prohibición del artículo 2 de la Ley, puesto que si faltaba la inscripción del bien adquirido bajo pacto de reserva de dominio o resolutorio, el acreedor hipotecario tendría libre el camino del Registro y no podría ser inquietado por la acción del vendedor dirigida a impugnar la garantía¹².

Hoy la necesidad de la inscripción de la reserva de dominio ha de plantearse también, pero ya no para la declaración de nulidad de la posterior garantía real mobiliaria, sino en otros términos, derogada la prohibición del artículo 2 LHMPD. Siendo, como es, el de reserva de dominio un pacto entre comprador y vendedor sobre la transmisión de la propiedad del bien, cabe preguntarse por sus efectos en relación con el acreedor hipotecario. Lalaguna explicaba para el anterior sistema que la inscripción o anotación registral del crédito por el precio aplazado dota de trascendencia real al mismo, o de una especial eficacia en el plano real, colocando el derecho del vendedor en el mismo plano real de la hipoteca mobiliaria en el conflicto con el acreedor hipotecario; la alegación de la reserva de dominio

¹¹ LALAGUNA, ob. cit., pp. 24-25.

Comparte el criterio de Lalaguna, citándolo, GARCÍA-PITA y LASTRES, «La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento en el Derecho mercantil», *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, T. II, Vol. 1, Madrid, 1996, p. 197.

¹² GULLÓN, «Cuestiones de preferencia en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento», *ADC*, 1964, II, p. 795.

en la fase de ejecución de la hipoteca no podrá ser enervada, según dicho autor, por la excepción de buena fe, lo que no ocurriría si el crédito por el precio aplazado no figura inscrito o anotado; sin embargo, termina Lalaguna, el artículo 13 no puede ser interpretado *a contrario*, y, por tanto, no se puede entender que la falta de inscripción del derecho del vendedor puede ser alegada en su favor por el acreedor hipotecario para la defensa de su derecho de garantía e impedir la impugnación del vendedor¹³. De esta explicación parece deducirse que para este autor la inscripción era irrelevante a efectos de impugnación de la garantía real posterior, pues ésta debía ser posible en cualquier caso, pero sí era indispensable para la oponibilidad de la reserva de dominio en la fase de ejecución de la hipoteca posterior. Esta conclusión nos parece algo contradictoria, puesto que si el vendedor no pudiera oponer la reserva de dominio no inscrita, siendo entonces de buena fe el acreedor hipotecario, siempre tendría la posibilidad de impugnar la garantía real irregularmente constituida con base en el artículo 2¹⁴. Lo que faltaba por añadir es que tampoco habría de ser posible la impugnación de la garantía si el acreedor hipotecario fuese de buena fe, lo que también afirma, si bien en otro lugar, el autor citado¹⁵.

Gullón, unos años antes que Lalaguna, mantenía que el artículo 13 RHMPD era una norma incongruente y que, por tanto, debía ser inoperante. Si se mantuviera, explicaba Gullón, se desmoronaría el Registro de HMPD, pues ampararía al acreedor hipotecario en un dato que, por su propia naturaleza de registro de gravámenes, escapa a su control: la titularidad del transmitente. Eso es lo que significa, dice, mantener la hipoteca, pese a la demostración de la falta de titularidad del deudor hipotecario, bajo pretexto de que en el Registro no figuraba inscrito el pacto de reserva de dominio o de resolución. Finalmente, cree este

¹³ LALAGUNA, *ob. cit.*, pp. 24-25.

¹⁴ Para VALLET DE GOYTISOLO, *ob. cit.*, p. 544, se trataba de un caso de anulabilidad, sanable, por tanto, pagando el precio aplazado. Únicamente el acreedor del precio aplazado estaría legitimado para solicitarla, si bien para evitar la anulación el acreedor pignoraticio o hipotecario podría pagar el precio pendiente antes de que se anule el asiento de inscripción.

Sin embargo, LALAGUNA, *ob. cit.*, pp. 16-20 y 40, critica la tesis de Vallet y piensa que el cauce adecuado es la acción revocatoria. GARCÍA-PITA y LASTRES, *ob. cit.*, p. 197, afirmaba la posibilidad de que el acreedor del precio pendiente de la cosa gravada ejercitase una acción pauliana del art. 1111 CC.

Finalmente, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, *cit.*, p. 483, sostienen la tesis de la nulidad absoluta, porque la prohibición del art. 2 se estableció con finalidades de interés general. Según RODRÍGUEZ HERRERO, *La hipoteca de bienes muebles registrables*, Madrid, 1977, p. 329, en cambio, la infracción del art. 2 LHMPD implica la nulidad de pleno derecho, y sólo en el caso de ser el titular hipotecario un tercero de buena fe se sostendrá el negocio jurídico en perjuicio del acreedor del importe diferido.

¹⁵ LALAGUNA, *ob. cit.*, pp. 14 y 27.

autor que la inclusión del artículo 13 en el Reglamento obedece a influencias del sistema inmobiliario y a la preocupación por el fallo de todo Registro de gravámenes, que no abarca la titularidad del constituyente¹⁶. Por tanto, a su juicio, no debería mantenerse la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento a pesar de no constar inscrita la reserva de dominio, porque se trataba de un Registro de gravámenes y no de titularidades. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el artículo 13 estaba destinado precisamente a dar publicidad a la falta de titularidad del hipotecante o pignorante, si bien en un Registro de gravámenes, mediante la constancia de la reserva de dominio a favor del vendedor.

Por otro lado, no sabemos si a la vista de los escasos asientos de este tipo o como precaución indispensable¹⁷, la Orden de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de venta a plazos de bienes muebles (en adelante, ORVPBM), impuso en su artículo 7 a los registradores de hipoteca mobiliaria el deber de consultar, previamente a la inscripción de la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento, al registrador de venta a plazos central si los bienes estaban inscritos en algún Registro de venta a plazos¹⁸. Ello se establecía a los efectos previstos en el artículo 2 LHMPSD¹⁹. Por tanto, la aplicación de ambas normas, el artículo 13 RRHMPSD y el artículo 7 ORVPBM, impedía la vulneración de la prohibición del artículo 2 LHMPSD; pero, además, con el artículo 7 de la Ordenanza para el Registro de venta a plazos de bienes muebles se venían a superar los problemas derivados de la redacción del artículo 13 RHMPSD antes señalados, puesto que, aunque no constase en el Registro de hipoteca mobiliaria el derecho del vendedor por el precio aplazado, el registrador de hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento no podía inscribir

¹⁶ GULLÓN, ob. cit., pp. 795-796.

¹⁷ Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., p. 485, se referían a lo rarísima que resulta la escritura pública en el tráfico mobiliario, como al sometimiento de estas ventas al RVPBM.

¹⁸ Quizá por lo que indicaba COSSÍO, ob. cit., p. 411: «...resulta que siendo condición previa e inexcusable para la validez y eficacia de la hipoteca o de la prenda, la titularidad dominical del constituyente y no pudiendo el Registro Mobiliario, dada su naturaleza de mero Registro de gravámenes, ofrecer ninguna seguridad jurídica ni garantía alguna acerca de dicha titularidad, que deberá siempre fundarse y desenvolverse por medios ajenos al Registro, llegamos a la conclusión de que cualquiera que sea la virtualidad de éste siempre se resentirá del efecto de carecer de una base firme, en cuanto deja fuera del ámbito de su protección todas las cuestiones referentes al dominio de las cosas gravadas».

¹⁹ ZUMALACÁRREGUI, «El registro de reservas de dominio de bienes muebles vendidos a plazos», *RCDI*, 1974, I, p. 558, sostenía, en relación con los arts. 2 LHMPSD y 23 de la antigua Ley de Venta a Plazos, que el vendedor que no hubiere inscrito en el correspondiente Registro su derecho al precio aplazado, no podría oponerlo a tercero, en este caso acreedor hipotecario o pignoraticio; por el contrario, inscrito su derecho, la hipoteca o la prenda sería nula, salvo convalidación por pago del precio aplazado por el acreedor hipotecario o pignoraticio. Más adelante, en la p. 563, insiste en la inoponibilidad de la reserva de dominio no inscrita.

estas garantías reales sin antes cerciorarse de que el precio estaba pagado. Los derechos del vendedor por el precio aplazado quedaban protegidos por una doble previsión: de un lado, la posible constancia en el Registro de hipoteca mobiliaria del título de adquisición del bien cuyo precio se ha aplazado y garantizado con pacto de reserva de dominio o condición resolutoria, y, de otro, el deber impuesto al registrador de hipoteca mobiliaria de consultar al registrador de venta a plazos.

Finalmente, la posible colisión de derechos entre el acreedor hipotecario o pignoraticio y el vendedor-creedor del precio aplazado se solucionaba en virtud de la prioridad registral. El artículo 7 ORVPBM sigue con otra norma estableciendo la preferencia de las garantías o derechos que antes hayan accedido al Registro, al disponer que, una vez inscritas la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, el registrador lo comunicará en el mismo día al registrador de venta a plazos con expresión del contenido de la inscripción. Este registrador archivará esta comunicación, «de manera que, si ya está inscrito o posteriormente llega a inscribirse el bien en el Registro de Venta a Plazos, se haga constar en la inscripción la sujeción del bien a las garantías anteriormente constituidas».

Hoy el Registro de Bienes Muebles, creado por el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, no es sólo un Registro de gravámenes, sino de titularidades y gravámenes (apartado 2.º de la disposición adicional única del Real Decreto mencionado y artículo 2.1 del proyecto de Reglamento del Registro de Bienes Muebles)²⁰. En el mismo se han integrado los Registros de Venta a Plazos de Bienes Muebles y el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, de manera que los contratos de venta a plazos y dichas garantías reales mobiliarias se inscribirán en la sección que corresponda en función del tipo de bien de que se trate.

La creación del Registro de Bienes Muebles no ha provocado la derogación de la normativa que regulaba el Registro de venta a plazos de bienes muebles y el Registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, que debe, en principio, considerarse vigente y aplicable supletoriamente. Así lo disponía el apartado 2.º de la disposición adicional única del Real Decreto 1828/1999, al ordenar que «dentro de cada una de las secciones que lo integran se aplicará la normativa específica reguladora de los actos o derechos ins-

²⁰ PAU PEDRÓN, ob. cit., pp. 532-537; DÍAZ VALES, «El Registro de Bienes Muebles: bienes y derechos inscribibles según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *RDP*, 2004, p. 78; GÓMEZ MATOS, *El Registro de Bienes Muebles*, Navarra, 2005; MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Los registros mercantil y de bienes muebles. Vol. 2. El registro de bienes muebles*, Madrid, 2006, y «El Registro de Bienes Muebles: rasgos definidores y procedimiento registral», *RdP*, 2006, n.º 17, p. 127.

cribibles que afecten a los bienes...», añadiendo el apartado 6.º de la citada disposición la aplicación supletoria de la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el Reglamento del Registro Mercantil y el Reglamento Hipotecario, en cuanto sean aplicables²¹. Por tanto, habrá que estar todavía, como regla general, a lo que disponen el RHMPD y la ORVPBM.

No obstante, hay que destacar dos importantes salvedades, aunque todavía hoy no se hallen en vigor. Por un lado, parece que se debe entender derogado el artículo 7 ORVPBM²². En su lugar, habría que atender al artículo 21 del proyecto de Reglamento del Registro de Bienes Muebles, que regula la coordinación con el Registro de Bienes Muebles Central, ordenando su interconexión en tiempo real. Al presentarse el documento, establece el apartado 2.º, el Registrador de Bienes Muebles consultará al Central sobre la posibilidad de que el bien o derecho se halle inmatriculado o inscrito en otro Registro, suspendiendo en tal caso el asiento solicitado; en otro caso, procederá a su inmatriculación o, en su caso, a practicar la inscripción o anotación solicitada. Realizada la inscripción o anotación en el Registro de Bienes Muebles, el Registrador remitirá inmediatamente copia al Registrador Central de Bienes Muebles, continúa el apartado 3.º La organización de este Registro mobiliario según el folio real y el principio de tracto sucesivo, de manera similar al Registro de la Propiedad, debía implicar la norma del artículo 21.

Por otro lado, aunque el artículo 13 RRHMPD sigue vigente según algunos²³, habría que tener en cuenta que la disposición derogatoria del proyecto de Real Decreto por el que se aprobaría el Reglamento del Registro de Bienes Muebles establecía expresamente la derogación del RRHMPD de 1955. Si bien esta derogación no se ha producido todavía expresamente, no se puede entender otra cosa respecto de dicho artículo 13, puesto que los títulos de adquisición de bienes muebles y los pactos de reserva de dominio se harán constar en la sección correspondiente del Registro de Bienes Muebles, aunque se dé cuenta al Registrador Central.

Ante el panorama legislativo actual, y, por tanto, tras la reforma en 2007 del artículo 2 LHMPD, quizá se pudiera decir, a simple

²¹ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Los registros mercantil y de bienes muebles...*, cit., pp. 35-38 y 41, y «El Registro de Bienes Muebles...», cit., pp. 132-133 y 159-160, señala, así, que desaparecen algunos registros, pero las normas que los regulaban como registros independientes continúan en vigor y continúan aplicándose al Registro de Bienes Muebles. Critica este autor esta dispersión normativa, resultante de la aplicación de normas de muy distinta naturaleza al nuevo Registro; le parece más razonable haber aprovechado la creación de este Registro para establecer un régimen jurídico preciso, no fragmentado, de esta institución de gran relevancia.

²² MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Los registros mercantil y de bienes muebles...*, cit., pp. 51 y 212.

²³ GÓMEZ MATOS, ob. cit., p. 194.

vista, que ya resulta indiferente que el Registro de Bienes Muebles haya sido configurado como un Registro de titularidades, puesto que, siendo posible constituir hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento sobre bienes cuyo precio de adquisición no haya sido satisfecho, los problemas de colisión entre los distintos acreedores habrían de resolverse de acuerdo con el principio de prioridad registral²⁴. Ya no haría falta asegurarse de que el hipotecante o pignorante había satisfecho la totalidad del precio, resultando indiferentes la inscripción de la venta a plazos y la inscripción del dominio de aquél, y quedando asegurada la preferencia de la garantía real por el principio de prioridad, teniendo en cuenta que éste puede ser el primer asiento relativo al bien, mediante el que se produzca la inmatriculación del mismo en el Registro de Bienes Muebles, como más abajo se verá. Pero esta fácil conclusión pasa por alto un importante problema: el de la dudosa validez de la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento si el constituyente de las mismas no era propietario o no tenía la libre disposición de los bienes. ¿Es suficiente para defender la eficacia de la garantía real recurrir al principio de inoponibilidad de lo no inscrito, si nada figuraba en el Registro y es precisamente el de inscripción del derecho de garantía el primer asiento en relación con el bien? Más adelante (en el epígrafe cuarto), explicaremos con detenimiento lo que ahora se anticipa.

3. LA EXTENSIÓN CONVENCIONAL DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA A BIENES MUEBLES COMPRADOS A PLAZOS

La cláusula de extensión de la hipoteca inmobiliaria a los bienes muebles contenidos o que se hallen en la finca, en virtud del artículo 111 LH, ha sido calificada por doctrina y jurisprudencia como cláusula de estilo, habida cuenta de su frecuencia en la práctica. De la lectura de la jurisprudencia se desprende que suelen ser las máquinas, susceptibles de ser vendidas a plazos con sujeción a lo dispuesto en la LVPBM, las pertenencias a las que habitualmen-

²⁴ GÓMEZ MATOS, ob. cit., pp. 296-300, acerca del principio de prioridad para el Registro de Bienes Muebles, citando las normas que lo recogían en los distintos proyectos elaborados para regular este Registro; MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Los registros mercantil y de bienes muebles*, cit., pp. 238-241, mantiene la aplicación del principio de prioridad en el ámbito mobiliario, aunque para el mismo no resulte establecido de forma tan categórica como en los arts. 17 y 25 LH, siendo el art. 26 ORVPBM la única norma que hace referencia al principio de prioridad registral.

También a favor de la aplicabilidad del principio de prioridad al ámbito mobiliario, GÓMEZ GÁLLIGO, «Principios hipotecarios de los Registros Mobiliarios», *RCDI*, 1999, núm. 651, p. 668, «El Registro de Bienes Muebles», *RCDI*, 2000, n.º 657, p. 1000.

te se extiende mediante pacto la hipoteca constituida sobre el inmueble. Pero también podrían hipotecarse junto con el inmueble otros bienes muebles colocados para el adorno, comodidad o explotación de la finca o para el servicio de alguna industria, que podrían haberse comprado a plazos en el marco de la Ley especial.

Como se dijo, no existía en la Ley Hipotecaria prohibición que impidiera la extensión convencional de la hipoteca a los bienes muebles, a las llamadas pertenencias, cuyo precio no estuviera íntegramente satisfecho, de manera que no ha existido reforma similar a la producida en el ámbito de las garantías mobiliarias. Ello no quiere decir que el pacto de extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria no suscitara ningún problema. Sí significa, en cambio, que las cuestiones resueltas ya por la jurisprudencia son las mismas que pueden plantearse en la actualidad.

¿Cuáles eran esos problemas? Fundamentalmente dos, derivados de la reserva de dominio y prohibición de disponer que suelen acompañar a las ventas a plazos de los bienes muebles a los que pretende extenderse la hipoteca sobre el inmueble que los contiene. Uno, la falta de titularidad o de poder de disposición del hipotecante, frente a lo que exigen diversos preceptos en orden a la constitución de la hipoteca. Otro, igualmente, el hecho de que el constituyente del gravamen no sea propietario todavía de los bienes muebles, lo que debe impedir que éstos reciban la consideración de inmuebles por destino, habida cuenta de que el acto de destinación ha de realizarse por el dueño²⁵.

Distintos autores trataron la concurrencia de una hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión objetiva y los derechos del acreedor-vendedor por el precio aplazado como un problema que debía solucionarse de acuerdo con el principio de prioridad registral²⁶. Pero, como en el siguiente epígrafe desarrollaremos, no surge en estos casos una cuestión de prioridad, sino de validez de la garantía hipotecaria.

²⁵ Sobre esta cuestión, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, Madrid, 2008, pp. 218-219; BLASCO GASCÓ, *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria. Determinación legal y contractual del objeto de la hipoteca. La concurrencia de derechos sobre el objeto hipotecado. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 1994, pp. 97-99; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *ob. cit.*, pp. 68-79.

²⁶ Así, GARCÍA GARCÍA, «Comentario al art. 1877 CC», *Comentario del Código civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1910, señala la prioridad registral resultante de los Registros, el de la Propiedad y el de Venta a plazos de bienes muebles («que, por cierto, no están conectados entre sí»), como criterio para solucionar el conflicto entre una garantía inmobiliaria con pacto expreso de extensión a los bienes muebles y la reserva de dominio o la prohibición de disponer concedidas al vendedor por la legislación de venta a plazos. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, *El registro de bienes muebles. Los bienes muebles y la preferencia registral de los derechos inscritos*, Madrid, 2004, pp. 227-229; GÓMEZ MATOS, *ob. cit.*, p. 310.

La circunstancia de haberse adquirido a plazos los bienes muebles controvertidos origina en primer lugar el interrogante sobre si pueden considerarse afectados por el pacto de extensión de la hipoteca sobre el inmueble a los bienes muebles comprendidos en él. Si es necesario para la válida constitución de la hipoteca inmobiliaria que el deudor hipotecario sea propietario de los bienes (arts. 1857.2 CC y 138 LH)²⁷, en la jurisprudencia se ha planteado si, en consecuencia, alcanzaba la hipoteca a los bienes muebles adquiridos a plazos.

En la STS de 3 de julio de 1987 (RJ 1987/5047), el hecho de haberse adquirido los bienes muebles a plazos con pacto de reserva de dominio fue uno de los determinantes de la estimación de la demanda interpuesta por el vendedor. Éste ejercitó acción reivindicatoria reclamando la entrega de los bienes muebles vendidos mediante un contrato de venta a plazos inscrito en el Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer, como se detalla en la resolución judicial. Dichos bienes habían sido instalados en una clínica e, instado procedimiento hipotecario contra el comprador, se adjudicaron en la subasta a quien después resulta demandado. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la demanda, resoluciones que fueron confirmadas por el Tribunal Supremo, que declaró no haber lugar al recurso de casación con base, fundamentalmente, en tres razones: la primera, que para que un bien mueble por naturaleza se transforme en un bien inmueble por incorporación es requisito imprescindible que ese destino sea dado por el propietario pleno (art. 334.5 CC), presupuesto que no se cumplía en el caso, puesto que los bienes se habían vendido con reserva de dominio inscrita en el Registro correspondiente; la segunda, que el mismo requisito de propiedad es necesario para que los bienes muebles queden incluidos en el gravamen hipotecario del inmueble que los contiene, de manera que en caso contrario sería ineficaz el pacto expreso de hipotecabilidad previsto en el artículo 111 LH, lo que obedece a la necesidad de evitar que una persona no propietaria hipoteque bienes ajenos; y la tercera, que es requisito esencial de la hipoteca en virtud del artículo 1857 CC que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad plena al que la hipoteca y que éste tenga la libre disposición de sus bienes, lo que no puede predicarse de quien adquiere una cosa con reserva de propiedad a favor del transmitente. Prescindiendo de más consideraciones, la sentencia, cuya doctrina es compartida por algu-

²⁷ GUILARTE ZAPATERO, «Comentario al art. 1857 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXIII, Madrid, 1990, p. 445; «Comentario al art. 1857 CC», *Comentario del Código civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1860.

nos autores²⁸, concluye con la imposibilidad de considerar afectados por la hipoteca del inmueble a los bienes muebles cuyo precio aplazado quedó asegurado con el pacto de reserva de dominio.

Al pacto de reserva de dominio presta atención especial la SAP de Palencia de 19 de junio de 1998 (ARP 1998/3032), afirmando la responsabilidad penal del comprador a plazos con reserva de dominio que constituye hipoteca posteriormente sobre los bienes así comprados. «Sólo actuando como propietario de tales bienes fue posible la hipoteca de los mismos», señala la Audiencia. Y la transmisión de la propiedad de la maquinaria controvertida no se había producido, sigue el tribunal, en el momento de la constitución de la hipoteca inmobiliaria extendida convencionalmente a los bienes muebles, porque la cláusula 4.^a del contrato de compraventa excluía expresamente la transferencia inmediata de la propiedad, que quedaba sujeta al cumplimiento de la condición suspensiva del pago de la totalidad del precio. Por tanto, el contrato imponía al comprador la obligación de devolver lo que fue objeto de compra para el supuesto de que no se cumpliera la condición suspensiva de pago de la totalidad del precio. El deudor hipotecario no ignoraba, añade la Audiencia Provincial, que carecía de la propiedad de la maquinaria comprada, que seguía siendo propiedad del vendedor. El que éste, termina, «no inscribiese en el Registro pertinente la reserva de dominio de lo que vendió, ni ejercitase acción reivindicatoria de los bienes con posterioridad, no elimina ninguno de los elementos estudiados, pues para la eficacia inter partes del pacto de reserva de dominio no es necesaria su inscripción, y sin embargo la imposibilidad de éxito de la reivindicación estriba en el contenido del artículo 23 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, que excluye la eficacia de las referidas cláusulas frente a terceros sino están inscritas» (*sic*). En consecuencia, se condena al deudor hipotecario por un delito de apropiación indebida.

²⁸ GUILARTE ZAPATERO, «Comentario al art. 1877 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXIII, Madrid, 1990, pp. 607 y 608, sostiene que la hipoteca inmobiliaria se extenderá a los bienes muebles cuando sean de propiedad de quien grava; si están sometidos a reserva de dominio, ello «indudablemente impedirá la extensión a ellos de la hipoteca aunque se pacte». GARCÍA GARCÍA, *ob. cit.*, p. 1910, alude a la necesidad de que el acto de destinación de los bienes muebles al servicio del inmueble, al que se refiere el art. 111 LH, se efectúe por el propietario, lo que no ocurre cuando se ha pactado una reserva de dominio a favor de otra persona. Según SAAVEDRA MONTERO, *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, Madrid, 1999, p. 121, rechaza que los bienes muebles comprados con reserva de dominio puedan ser objeto del pacto de extensión de la hipoteca a los bienes muebles, porque no se puede extender la hipoteca a los bienes que no pertenezcan al deudor hipotecario; además de que la LH no admite la hipoteca de cosa ajena, sigue, del art. 334 CC se extrae la misma conclusión, pues los bienes muebles separables y destinados a la finca deberán ser colocados por el propietario para ser considerados inmuebles por destino.

Así pues, ambas resoluciones judiciales apoyan su decisión en la falta de titularidad del constituyente de la hipoteca. El problema es cuándo ha de considerarse cumplido el requisito de la propiedad del deudor hipotecario en el caso de precio aplazado, lo que otras sentencias han resuelto afirmando que si el precio se hallaba íntegramente satisfecho en el momento de la ejecución de la garantía hipotecaria, ésta afectaba también a los bienes muebles a los que se extendió en virtud de pacto. Esta solución presupone que el pago del precio operaba como condición suspensiva de la adquisición de la propiedad, y esta premisa es cierta cuando se ha pactado una reserva de dominio a modo de garantía para el vendedor y se comparte que la misma implica una condición suspensiva para la transmisión de la propiedad. Ahora bien, puede dudarse desde otras posiciones doctrinales acerca de la naturaleza de la reserva de dominio²⁹, o cuando lo convenido es una condición resolutoria explícita o no hay acuerdo de comprador y vendedor al respecto, en cuyo caso el artículo 1124 CC contempla el incumplimiento como condición resolutoria.

En el caso resuelto por la STS de 21 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10359) se discutía la naturaleza de los llamados «pivots» instalados para regar la finca y, en consecuencia, si se debía o no considerar que quedaban incluidos en el pacto de extensión de la hipoteca previsto en el artículo 111 LH convenido por las partes. Se daba, además, la circunstancia de que esos bienes se habían comprado por los deudores hipotecarios mediante un contrato de

²⁹ Así lo señalaba también BLASCO GASCÓ, *Objeto de la hipoteca...*, cit., p. 115: si la reserva de dominio se configura como condición suspensiva, la hipoteca no se extenderá a los bienes muebles comprados a plazos porque no son del propietario; si la reserva de dominio se configura como condición resolutoria, sí es posible la extensión de la hipoteca a tales bienes; igualmente si se configura como garantía real mobiliaria con desplazamiento de posesión, aunque aquí el acreedor pignoraticio (el vendedor) gozaría de preferencia y prelación).

CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, T. I, Navarra, 2008, p. 783, sostiene el pacto de extensión de la hipoteca del inmueble es posible incluso sobre bienes sujetos a reserva de dominio o a prohibición de enajenar a favor del vendedor a plazos, puesto que ni la reserva de dominio ni la prohibición de enajenar suspenden la transmisión del dominio a favor del comprador, aunque lo sujeten a la condición resolutoria explícita del impago. Pero en otro lugar, *Tratado de los derechos de garantía*, T. II, Navarra, 2008, p. 49 mantienen justamente lo contrario, al explicar que antes de que el art. 2 LHMPSD fuera reformado por la Ley 41/2007 había que sostener que los titulares sujetos a condición suspensiva no podían constituir hipoteca mobiliaria, ya que dicho art. 2 prohibía la constitución de hipoteca mobiliaria sobre bienes cuyo precio de adquisición no estuviera íntegramente satisfecho, de manera que no podía hipotecar el comprador con reserva de dominio. Y en un tercer lugar, *Tratado...*, T. II, cit., p. 85, afirman que, a pesar de que la reforma del art. 2 LHMPSD se ha hecho sin establecer ninguna salvedad ni preferencia a favor del vendedor impagado, la extensión de la hipoteca mobiliaria a las pertenencias sólo puede producirse con respecto a las pertenencias cuyo precio de adquisición esté pagado (arts. 21, 22 y 56 LHMPSD).

compraventa a plazos con reserva de dominio. La Sala de instancia consideraba que los objetos muebles colocados al servicio de la industria debían pertenecer al deudor que dio la finca en garantía hipotecaria, pero sin que ese acto de destinación alcance a privar de su legítima propiedad a un tercero, por lo que debía considerarse que los «pivots» quedaban excluidos de los efectos extensivos de la hipoteca de la finca. Sin embargo, el Tribunal Supremo sostiene que no se da esa privación de su legítima propiedad a un tercero, puesto que al tiempo de ejecutarse la hipoteca el precio se había pagado por completo.

En esta sentencia, aunque no se haga referencia expresa a ello, sí entra en juego el problema de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio. De acuerdo con la tesis de la condición suspensiva que parece compartir la resolución judicial³⁰, y en relación con la extensión de la hipoteca, parece coherente esperar al momento de ejecución de la garantía hipotecaria para comprobar el íntegro pago del precio y, en consecuencia, el cumplimiento de la condición que afectaba a la adquisición de la propiedad de los bienes muebles por el deudor hipotecario. De modo que la reserva de dominio no impide la constitución de la garantía real que se extiende a los muebles adquiridos a plazos, pero la sujeción de éstos queda supeditada al cumplimiento de la condición que suspende la transmisión de la propiedad. Esta solución es apoyada por distintos autores, que fijan en el momento de ejecución de la hipoteca el término para el cumplimiento de la condición suspensiva, el pago del precio, a que quedó supeditada la adquisición del dominio por el deudor hipotecario³¹.

No obstante, algún autor introduce distinciones dependiendo de que la reserva de dominio sea ajena o se halle en el ámbito de la LVPBM³². Así, Blasco Gascó termina admitiendo la extensión de la hipoteca inmobiliaria a los bienes muebles en ambos casos, pero matiza su explicación atendiendo al dato de la aplicación, o no, de la LVPBM. Para los contratos sujetos a esta Ley, se opone a la nulidad del pacto de extensión de la hipoteca inmobiliaria a los bienes muebles con base en dos argumentos: primero, la necesidad de inscripción de la reserva de dominio para su oponibilidad al acreedor hipotecario (art. 23 de la Ley anterior, que cita el autor, y art. 15 de la Ley vigente); segundo, la consideración de que el pacto está

³⁰ También la SAP de Cantabria de 7 de noviembre de 2002 (AC 2002/2219). Asimismo, podría citarse la SAP de Zaragoza de 21 de enero de 2002 (AC 2002/191), que considera la reserva de dominio «verdadera condición suspensiva», sin bien en relación con los derechos de los acreedores en caso de quiebra.

³¹ GÓMEZ ACEBO, ob. cit., p. 174; BLASCO GASCÓ, *Objeto de la hipoteca...*, cit., p. 116; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, ob. cit., p. 225.

³² SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, ob. cit., pp. 225-232.

sometido a una condición suspensiva, consistente en que el dueño del inmueble hipotecado adquiera definitivamente los bienes con el pago total del precio, de manera que los muebles correspondan al propietario hipotecante en el momento de la ejecución de la hipoteca. En suma, deducimos nosotros de estas palabras, la reserva de dominio en el marco de la LVPBM no impide la extensión de la hipoteca inmobiliaria a los bienes muebles comprados a plazos porque dicha reserva no es oponible si no está inscrita y, aunque fuera oponible, es una condición que puede hallarse cumplida en el momento de la ejecución de la garantía hipotecaria.

Sin embargo, distintas son las observaciones de Blasco Gascó para la reserva de dominio pactada al margen de la LVPBM; en relación con este supuesto, explica la que considera consolidada doctrina jurisprudencial, que configura el pacto de reserva de dominio como condición suspensiva oponible *erga omnes*, de acuerdo con la cual no puede hablarse ni siquiera de conflicto o colisión entre el derecho del acreedor hipotecario y el derecho del vendedor con pacto de reserva de dominio porque, hasta el total cumplimiento de la condición, (es decir, el pago íntegro del precio) el bien mueble es propiedad del vendedor y, por tanto, no se ha podido convertir en un inmueble por destino. A dicho bien, por tanto, no se puede extender la hipoteca». Señala también este autor la jurisprudencia que exige la cualidad de propietario entre quien realiza el acto de destino y el titular real del inmueble a cuyo servicio, ornato o comodidad se destina el bien mueble, para sostener que «si el propietario de los bienes muebles no es el propietario de la finca no hay acto de destinación y los bienes muebles no se convierten en inmuebles por destino. Por tanto, a ellos no puede extenderse la hipoteca». Insiste en la doctrina jurisprudencial que «manteniendo la idea de que el pacto de reserva de dominio es una condición suspensiva, hace prevalecer dicho pacto, si consta fehacientemente la fecha, entre comprador y vendedor sobre el pacto de extensión objetiva de la hipoteca entre el deudor (comprador *sub conditione* del bien) y el acreedor hipotecario». Pero, no obstante todo lo anterior, y teniendo en cuenta otras posiciones doctrinales acerca de la reserva de dominio y que lo que subyace en la misma es un conflicto de intereses, debe concluirse, termina el autor mencionado, ante la situación de pendencia de titularidades provisionales, «que la hipoteca se extiende por pacto expreso a tales bienes y que el vendedor-acreedor dispone, frente al acreedor hipotecario y respecto de los bienes muebles sujetos al pacto de reserva de dominio, de la preferencia que concede el artículo 1922 CC y de la prelación del artículo 1926 CC, salvo que

acuerde con el comprador-deudor una garantía suficiente del pago del precio³³.

¿Es que es la sujeción del contrato a la LVPBM lo que hace imprescindible o, por el contrario, innecesario, que el propietario hipotecante sea dueño ya de los bienes muebles a los que pretende extender la hipoteca inmobiliaria? Si la titularidad del hipotecante fuera precisa en el momento de convenirse el pacto de extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria, no se entiende que no lo sea en todo caso, y, por tanto, que se prescinda de ese presupuesto cuando el contrato de compra del bien quedó sujeto a la LVPBM, y que en relación con el mismo se admita que basta que el deudor hipotecario sea propietario de los bienes muebles cuando se ejecute la garantía hipotecaria.

Finalmente, en las dos resoluciones que mencionamos a continuación, aunque el dato de haberse comprado a plazos los bienes muebles es de suma importancia, no se alude a la existencia de un pacto sobre reserva de dominio y, además, el problema es resuelto, si bien de forma opuesta en cada caso, con base en consideraciones generales sobre el pacto de extensión de la hipoteca inmobiliaria a los bienes muebles, como la de si el mismo alcanza sólo a los bienes ya existentes o también a los que se puedan instalar con posterioridad.

En la STS de 7 de abril de 2001 (RJ 2001/2387) se desestimó la tercería de mejor derecho ejercitada por determinado Banco, acreedor hipotecario, contra el deudor hipotecario y la entidad vendedora de las máquinas embargadas. Dicho Banco alegaba la extensión de la hipoteca sobre la nave industrial al túnel de congelación y dos equipos frigoríficos instalados en la misma y, por tanto, su prioridad respecto a la entidad vendedora a plazos de estos bienes, a cuya instancia ya se había decretado el embargo de los mismos. No obstante, en esta resolución se apoya la solución adoptada en que los muebles objeto de controversia fueron comprados con posterioridad a la constitución de la hipoteca inmobiliaria, y en la escritura de ésta sólo se hace referencia a los muebles colocados permanentemente, y no a los que se instalen con posterioridad.

Parecidos son los hechos que originaron la STS de 27 de junio de 2007 (RJ 2007/3866), si bien la solución de los mismos fue distinta. Determinada sociedad solicita que se declare su dominio sobre una serie de bienes muebles (mesitas de noche, escritorios, etc), por haberlos comprado junto a un edificio destinado a hotel a quienes resultaron adjudicatarios tras la ejecución hipotecaria promovida por un Banco en virtud de hipoteca inmobiliaria con el

³³ BLASCO GASCÓ, *Objeto de la hipoteca...*, cit., pp. 116-119.

pacto de extensión regulado en el artículo 111 LH. La Audiencia Provincial de la Rioja entendió en la sentencia de 10 de mayo de 2000 (AC 2000/2397) que aquellos bienes muebles no habían quedado incluidos en la hipoteca y, por tanto, pertenecían en propiedad a los deudores hipotecarios porque fueron comprados a plazos por éstos con posterioridad a la constitución de la hipoteca inmobiliaria. El Tribunal Supremo rechaza esta doctrina considerando que la extensión pactada de la hipoteca no se limita a los muebles existentes al constituirse, sino que alcanza a las pertenencias en el tiempo de la ejecución, por lo que procede declarar el dominio de la actora.

4. CONSIDERACIONES COMUNES

4.1 Precio aplazado garantizado con prohibición de disponer

El cobro del precio aplazado queda garantizado legalmente para el vendedor del bien mueble con una prohibición de disponer si el contrato de compraventa queda sujeto a la LVPBM³⁴. De manera que, habiéndose aplazado el pago del precio, debe plantearse la validez del pacto de extensión de la hipoteca inmobiliaria a los bienes muebles o de la hipoteca mobiliaria o de la prenda sin desplazamiento en las compras convenidas de acuerdo con dicha Ley.

De la existencia de una prohibición de disponer, que la LVPBM impone como contenido obligatorio del contrato de venta del bien mueble, deducen algunos autores la imposibilidad de constituir hipoteca posterior sobre el mismo, en cuanto acto de gravamen³⁵. No podía ser de otra forma a la vista de lo que disponen los ya mencionados artículos 1857.3 CC y 138 LH, y el artículo 4 de la ORVPBM, que sanciona con la nulidad absoluta los actos de rigu-

³⁴ *Vid.* para las prohibiciones de disponer voluntarias y la cuestión de la admisibilidad de las prohibiciones de disponer en negocios a título oneroso, CAÑIZARES LASO, «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», *ADC*, 1991, IV, p. 1453, y «Obligación de no disponer y prohibición de disponer (Comentario a la STS de 26 de julio de 1993)», *ADC*, 1995, I, p. 411; GÓMEZ GÁLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Madrid, 1992; CECCHINI ROSELL, *Eficacia de las prohibiciones de disponer: Causa y derechos de terceros*, Navarra, 2003, en particular, pp. 79-94; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del Registro*, Barcelona, 2006; GORDILLO CAÑAS, «El «acto o contrato de trascendencia real» y las prohibiciones de disponer, como una de sus manifestaciones», *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. II, Madrid, 2006, p. 19; DURÁN RIVACOBIA, «Las prohibiciones de disponer en el Derecho Civil Navarro», *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. I, Valencia, 2006, p. 1181; Díez-PICAZO, *Fundamentos ...*, cit. pp. 944-948.

³⁵ BLASCO GASCÓ, *Objeto de la hipoteca...*, cit., p. 115; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *ob. cit.*, p. 228; FERNÁNDEZ DEL POZO, *ob. cit.*, p. 214.

En relación con las prohibiciones de disponer voluntarias, CAÑIZARES LASO, «Eficacia de las prohibiciones...», cit., pp. 1515-1521.

roso dominio y dispositivos contrarios a la prohibición legal de disponer, sanción ésta que se mantiene en el artículo 65.3 del proyecto de Reglamento del Registro de Bienes Muebles³⁶.

Resulta entonces que, aunque la nueva redacción del artículo 2 de la LHMPSD permita constituir las garantías reales mobiliarias que regula sobre bienes cuyo precio de adquisición no se halle íntegramente satisfecho, esta norma permisiva tropieza con una prohibición de disponer que se impone legalmente como contenido del contrato en la LVPBM, y que conduciría a la nulidad del gravamen.

El problema es precisamente la eficacia de esta prohibición de disponer frente al tercero, en el caso que estudiamos el acreedor hipotecario o pignoraticio. Tratándose, como se trata, de una limitación al poder dispositivo del propietario impuesta legalmente, es la de su oponibilidad sin necesidad de inscripción registral la primera solución que puede proponerse. Habría que distinguir entre la prohibición de disponer y la reserva de dominio, puesto que no se puede perder de vista que la primera viene impuesta legalmente como contenido obligatorio del contrato, mientras que la segunda sólo existe si se pacta por las partes del contrato de compraventa. Así, Díez-Picazo alude al artículo 26 LH, según el cual las prohibiciones de disponer establecidas por la Ley no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio³⁷.

Ahora bien, a pesar de lo dispuesto en el artículo 26 LH, la LVPBM exige en el artículo 15 inscripción de la prohibición de disponer que se inserte en un contrato sujeto a esta Ley, para que sea oponible frente a terceros³⁸. Blasco Gascó considera que el pacto de extensión objetiva de la hipoteca a los bienes sujetos a la LVPBM no es necesariamente nulo, puesto que dicha Ley exige la inscripción registral para la oponibilidad de la prohibición de disponer que se inserte en un contrato sujeto a la misma; por tanto, «si tales garantías no están inscritas no es que el pacto de extensión objetiva no sea nulo, sino que tales garantías son inoponibles al acreedor hipotecario»³⁹. La inoponibilidad, a falta de inscripción registral, significa

³⁶ CABALLERO LOZANO, «La prohibición de disponer en la compraventa a plazos de bienes muebles», *La Ley*, 2001-2, p. 1625, y «La prohibición de disponer en la compraventa a plazos de bienes muebles», *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, Santander, 2002, p. 167, tacha de excesivamente rígida a esta sanción de nulidad absoluta; puesto que lo que se está protegiendo no es el interés público, sino el derecho del vendedor, de manera que la vulneración de la prohibición sólo perjudica al titular de la garantía y no a terceros, la nulidad debió ser relativa, añade, dejando a la voluntad del interesado la defensa de su derecho. También a favor de la anulabilidad CARRASCO PEREIRA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, T. II, cit., p. 523.

³⁷ Díez-Picazo, *Fundamentos...*, cit., p. 948.

³⁸ GÓMEZ MATOS, *ob. cit.*, pp. 325-330.

³⁹ BLASCO GASCÓ, *Objeto de la hipoteca...*, cit., p. 116, mencionando el art. 23 de la anterior Ley, hoy art. 15 de la LVPBM actual.

que la prohibición no es tal, sino una obligación negativa o de no disponer, de manera que sólo tiene efectos obligacionales que únicamente afectarán a las partes del contrato de compraventa y no alcanzarán al tercero que adquiera el bien del comprador⁴⁰.

Entonces, ¿el acreedor hipotecario o pignoraticio deberían consultar el Registro de Bienes Muebles para cerciorarse de que no está inscrita una prohibición de disponer sobre el bien mueble que pretenden gravar? Siendo la prohibición de disponer en este caso una limitación legal del dominio ¿resulta innecesario que conste en el Registro, si, en cambio, sí está inscrito el contrato de venta a plazos, pues puede deducirse de éste?

Esto último es lo que ha pensado algún autor, si bien no en relación con la prohibición de disponer contemplada en la LVPBM, sino a propósito de la prevista en el artículo 4 LHMPD. Así, Gómez-Acebo consideraba que el acto que vulnerase la misma habría de ser radicalmente nulo, con nulidad plena e insanable; inscrita la hipoteca, mantenía, «todo adquirente tiene que saber y no puede ignorar que el hipotecante carece de poder de disposición sobre la cosa si no media el consentimiento del acreedor»; según este autor, la prohibición de disponer impuesta al dueño por los artículos 2 y 4 de la LHMPD no resulta expresamente del Registro, pero sí de un modo tácito e inequívoco, de manera que para el acreedor no tiene validez ni eficacia el acto de disposición de la cosa gravada otorgado por el hipotecante sin su consentimiento⁴¹.

Respecto de la prohibición de disponer establecida en la LVPBM, ahora sí, Caballero Lozano matiza más: si la prohibición de disponer no está inscrita, aunque figure en el contrato, el tercer adquirente de buena fe no puede verse perturbado por la reclamación del vendedor; pero si la prohibición está inscrita o está inscrito el contrato (aunque

⁴⁰ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 948; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, T. II, cit., p. 526.

⁴¹ GÓMEZ-ACEBO SANTOS, *ob. cit.*, pp. 127-129.

Ahora bien, no puede ignorarse algunos datos, que separan la prohibición de disponer prevista en la LVPBM de la contemplada en la LHMPD. Y es que así como para la primera de ellas la Ley exige inscripción registral para la oponibilidad, no ocurre lo mismo con la segunda, de modo que en el ámbito de la LVPBM el vendedor-acreedor sólo puede hacer valer la limitación al poder dispositivo del comprador si ésta constaba en el Registro, mientras que en el marco de la LHMPD el acreedor hipotecario puede dar por vencida la obligación si el deudor vendió sin su consentimiento y aunque no hubiera constancia registral de la prohibición de disponer (art. 29.3 LHMPD). No obstante, también hay que tener en cuenta la reipersecutoriedad típica de la hipoteca, que la LHMPD recoge en el art. 16 para la hipoteca mobiliaria, y que sí depende de la inscripción registral de la garantía real, de manera que si el deudor hipotecario vende sin consentimiento del acreedor, éste puede dar por vencida la obligación, pero, además, el bien vendido seguirá sujeto al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida. Por eso, en la LHMPD no se dispuso la necesidad de inscripción registral para la prohibición de disponer, porque, en caso de vulnerarse, la hipoteca persigue al bien, cualquiera que sea su poseedor, efecto que sí dependía de la constancia registral de la garantía real.

éste no contenga la prohibición), la prohibición de disponer será oponible frente a cualquiera⁴².

De acuerdo con estos autores, bastaría con que estuviese inscrito el contrato de venta a plazos en el Registro de Bienes Muebles. En este sentido, han de mencionarse dos preceptos. De un lado, el artículo 4 ORVPBM, que dispone que la prohibición de disponer «se entiende establecida por ministerio de la Ley y por el hecho de la inscripción, aunque no esté expresamente pactada, siempre que el vendedor o el financiador, en su caso, no autoricen la libre enajenación del objeto vendido», Y de otro, el artículo 65 del proyecto de Reglamento del Registro de Bienes Muebles, cuyo apartado 6.º, para la sección de automóviles y vehículos de motor, establece que «las prohibiciones de disponer se entenderán establecidas por ministerio de la Ley por el simple hecho de la inscripción, aunque no se hubiesen pactado, siempre que el vendedor o el financiador, en su caso, no autoricen expresamente la libre enajenación del vehículo vendido». Estas normas significan la existencia, y consiguiente oponibilidad, de la prohibición de disponer si está inscrito el contrato, no la prohibición misma, pues disponen su vigencia «aunque no se hubiere pactado» y, por tanto, aunque no se hubiera inscrito como cláusula contractual, pero por el hecho de la inscripción, que habrá que entender referida al contrato.

Esto presupone, como mínimo, dos cosas: una, que el acreedor hipotecario o pignoraticio es un experto en Derecho, pues la inscripción registral del contrato le permite deducir la prohibición de disponer; otra, que ya tiene una sospecha de la falta de pago del precio del bien, ante la cual consulta el Registro.

Estas afirmaciones tan rotundas pueden matizarse: la primera, porque la constancia registral del contrato quizá no conduzca a considerar existente la limitación al poder dispositivo del deudor, pero sí a avisar de las circunstancias que rodean a la titularidad (si la tiene, por no haberse pactado una reserva de dominio) del mismo, que podría considerarse resoluble, dependiendo del total pago del precio. El acreedor hipotecario o pignoraticio, conocedor ya del incompleto pago del precio que se pretende gravar, puede, cuando menos, sospechar de las consecuencias de un probable incumplimiento.

La segunda, porque la doctrina reputa diligencia mínima del acreedor hipotecario o pignoraticio la de comprobar el previo pago del bien sujeto a gravamen. El artículo 13 LHMPD ordena que la escritura de hipoteca mobiliaria deberá contener, entre otras circuns-

⁴² CABALLERO LOZANO, «La prohibición de disponer...», *La Ley*, cit., p. 1627, y «La prohibición de disponer...», *Homenaje...*, cit., p. 171.

tancias, el título de adquisición de los bienes y la declaración del hipotecante de que no están hipotecados, pignorados ni embargados. Por su parte, el artículo 56 LHMPD establece que la constitución de la prenda no perjudicará en ningún caso los derechos legítimamente adquiridos por terceras personas sobre los bienes pignorados, en virtud de documento de fecha auténtica anterior⁴³. Invocando esta última norma, Vallet de Goytisoló mantenía que el precio aplazado, aunque no conste en documento de fecha auténtica, siempre que sea probado, debe afectar al acreedor pignoraticio o hipotecario. Por tanto, añadía, «es obligación del acreedor enterarse previamente –exigiendo las oportunas cartas de pago o recibos y asegurándose de su autenticidad– de si el hipotecante o el pignorante tiene totalmente satisfecho el precio de la adquisición del bien que ofrece en garantía. Es un riesgo que corre y debe afrontar»⁴⁴.

Cossío también afirmaba que el acreedor debía investigar siempre el título del constituyente y pedir justificación de la efectividad del pago del precio, máxime, añadía, si se tiene en cuenta la naturaleza de los bienes que son objeto de esta forma de garantía. Si no lo hace por desidia, no podría considerarse de buena fe, ni beneficiarse de la presunción del artículo 464 CC⁴⁵.

También para Lalaguna la antigua prohibición del artículo 2 LHMPD imponía al acreedor hipotecario como deber legal investigar si el precio de la cosa ofrecida en garantía se hallaba íntegramente satisfecho, exigiendo los comprobantes de pago; observada esa prudente diligencia, puede considerarse de buena fe al acreedor hipotecario. Pero no debe exigirse este comportamiento diligente como medida de la buena fe, termina el autor citado, cuando el

⁴³ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, T. II, Navarra, 2008, p. 367, sostienen que, tras la reforma del art. 2 LHMPD por Ley 41/2007, el conflicto entre el vendedor impagado y el titular de la prenda sin desplazamiento ya no se resuelve con la nulidad del título del segundo. Pero es absurdo, dicen, que el acreedor con una garantía financiera pueda triunfar frente al vendedor impagado por el precio de adquisición; la solución, terminan, debe hallarse en el art. 56 LHMPD y, en definitiva, en la prioridad de los derechos anteriores de fecha fehaciente.

⁴⁴ VALLET DE GOYTISOLO, *ob. cit.*, p. 543. Añadía este autor que la comprobación del pago total del precio sería fácil tratándose de los bienes objeto de la hipoteca mobiliaria, y más delicada en los supuestos únicamente susceptibles de prenda sin desplazamiento; en éstos, el acreedor apenas tendría otra garantía de no ser engañado, termina, que la correspondiente responsabilidad criminal del pignorante.

⁴⁵ COSSÍO, *ob. cit.*, p. 458, se preguntaba si podía ser afectado por las cargas ocultas sobre el bien mueble quien contrató de buena fe con quien estaba en posesión del mismo, a lo que responde que el art. 464 CC se refiere exclusivamente al campo de los derechos reales y nada tiene que ver con los de crédito, aunque éstos se encuentren amparados por un privilegio: «una cosa es que hayamos de presumir dueño al poseedor de buena fe de una cosa mueble y otra muy distinta que esa titularidad haya de entenderse como absolutamente libre de vínculos personales, que el bien en cuestión se encuentre libre de responsabilidad alguna. Ninguna razón aconseja una interpretación que no sólo iría contra las más elementales normas de la equidad, sino que estaría, además, en contradicción con el precepto contenido en el art. 1922 del C. c. citado».

título de adquisición de los bienes no contenga referencia alguna al aplazamiento del pago del precio ni cláusulas de las que se pueda inferir la sospecha de que el precio no se hallaba íntegramente satisfecho⁴⁶.

Más recientemente, Gómez Matos ha sostenido que la prohibición del artículo 2 LHMPD imponía al acreedor hipotecario el deber de investigar si el precio de la cosa ofrecida en garantía se hallaba íntegramente satisfecho. Observada la diligencia de exigir los comprobantes respectivos, podría considerarse de buena fe al acreedor hipotecario, siendo entonces improcedente la declaración de nulidad de la garantía. No obstante, dicho comportamiento no sería exigible, continúa el autor citado, como medida de la buena fe de aquél, cuando ni el título ni sus cláusulas contengan referencia alguna al aplazamiento del pago del precio⁴⁷.

¿Contribuye actualmente el Registro de Bienes Muebles, como registro de titularidades, a dar a conocer la titularidad o poder de disposición del constituyente de la garantía real?⁴⁸ Hoy ya no estamos ante un problema de que el precio esté pagado o no, admitiéndose, como se admiten, las garantías sin desplazamiento de bienes no pagados íntegramente. En la actualidad el problema es de nulidad del gravamen por falta de poder de disposición del hipotecante o pignorante, habida cuenta de la prohibición de disponer. Pero conviene tener en cuenta lo que dispone el precedente de las normas contenidas en el proyecto de Reglamento del Registro de Bienes Muebles. Así, el artículo 68 LHMPD dispone, en efecto, que en los libros del Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento se inscribirán los títulos de constitución de la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento y en ningún caso será necesaria previa inscripción alguna a favor de la persona que otorgue los títulos mencionados, salvo cuando se trate de aeronaves. Esta norma era coherente con la consideración del Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento como registro de gravámenes; no obstante, ya vimos como el artículo 7 ORVPBM imponía al registrador de hipoteca mobiliaria el deber de consultar al registrador de venta a plazos central, previamente a la inscripción de la hipoteca o la prenda, si el bien estaba inscrito en algún Registro de Venta a Plazos, consulta ésta que permitiría constatar una prohibición de disponer. Mas, ¿ocurre lo mismo en el actual Registro de Bienes Muebles?

⁴⁶ LALAGUNA, ob. cit., p. 14.

⁴⁷ GÓMEZ MATOS, ob. cit., p. 309.

⁴⁸ ZUMALACÁRREGUI, ob. cit., p. 565, indicaba que la implantación de un registro de titularidades plenas, desarrollo de los anteriores registros de gravámenes, podría asegurar la transmisión y gravamen de los bienes muebles.

El artículo 70 del proyecto de Reglamento del Registro de Bienes Muebles ordena que las hipotecas mobiliarias, prendas sin desplazamiento y demás cargas o gravámenes que se constituyan sobre bienes muebles o derechos inmatriculados en el Registro de Bienes Muebles se inscribirán o anotarán en el folio abierto a cada uno, dentro de la sección correspondiente según su clase; si el bien o derecho no estuviera inmatriculado, debería procederse a ello⁴⁹. Y los artículos 77 y 79 del mencionado proyecto exigen para la inscripción de la hipoteca mobiliaria o de la prenda sin desplazamiento, respectivamente, la expresión de la titularidad del hipotecante o pignorante, que deberá coincidir con el que motivó la inmatriculación del bien o derecho⁵⁰.

A simple vista podría parecer que de esta manera queda garantizado, como Registro de titularidades, y no sólo de gravámenes, que el constituyente de la garantía real es el propietario, puesto que la inscripción del gravamen mobiliario requiere expresión de la titularidad del hipotecante o pignorante y éste debe coincidir con la persona que procedió a inmatricular el bien. Ahora bien, esta impresión se desvanece si se tiene en cuenta que la inmatriculación de la finca no implica necesariamente la inscripción del dominio del bien, sino que puede inmatricularse precisamente para la constancia de la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento sin que antes se hubiese hecho constar la propiedad del bien, que, por tanto, puede corresponder al hipotecante o pignorante, pero también al vendedor a plazos que se reservó el dominio de la cosa hasta el total pago del precio aplazado. Así, el artículo 12.1 del proyecto de Reglamento del Registro de Bienes Muebles dispone que el acceso de cualquier bien o derecho al Registro de Bienes Muebles será posible únicamente por la inmatriculación del mismo⁵¹; pero el apartado 3.º de dicho artículo añade que la inmatriculación no prejuzga la atribución patrimonial del bien o derecho y, por tanto, puede contener tanto el dominio como una titularidad limitada, como derechos reales o cargas, o la mera posesión como título habilitador, y tener tanto forma de inscripción como de anotación preventiva⁵².

⁴⁹ Por su parte, el apartado 2.º del art. 71 ordenaba el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca sobre bienes muebles, careciendo de efectos, tanto entre las partes como respecto de terceros, los extremos no contenidos en el asiento respectivo.

⁵⁰ No obstante, el art. 77 establece esa necesidad de coincidencia «en su caso».

⁵¹ Un vez inmatriculado el bien o derecho, termina el art. 12. 4 del proyecto, las vicisitudes jurídicas que le afecten deberán ser necesariamente contenidas en la hoja correspondiente por inscripciones o anotaciones posteriores.

⁵² FERNÁNDEZ DEL POZO, *ob. cit.*, pp. 231-232, en relación con el art. 13 LHMPSD, explica que es cierto que se exige que la escritura de hipoteca mobiliaria contenga la expresión del título de adquisición del hipotecante, pero en ningún caso es necesaria la previa inscripción a favor del constituyente de las garantías de su propiedad sobre los bienes. En la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, sigue este autor, la mera indicación

De lo anterior resulta que si el bien mueble se hallaba inmatriculado y el inmatriculante fue el comprador a plazos del mismo, podría haber constancia registral de la prohibición de disponer, concluyéndose, bien en la nulidad del gravamen posterior, bien en la sujeción del mismo a la condición del pago del precio, tras cuyo cumplimiento perdería eficacia la prohibición de disponer. Pero si no existía tal inmatriculación o, existiendo, la misma no se llevó a cabo para inscribir el contrato de venta a plazos, de acuerdo con la LVPBM la prohibición de disponer sería inoponible.

4.2 Precio aplazado garantizado con reserva de dominio

Es sabido que la naturaleza jurídica de la reserva de dominio es un tema controvertido en doctrina y jurisprudencia, pudiendo diferenciarse tres posiciones doctrinales, partidarias, respectivamente, de que la misma implica una condición suspensiva, una condición resolutoria, o un derecho de garantía similar a la prenda⁵³. La adopción de una u otra tesis tiene, obviamente, claras repercusiones en

del dominio en el título inscribible es un requisito formal que se reputa suficiente, a efectos registrales, para permitir el acceso registral de la garantía otorgada por quien debe tener la libre disposición del bien registral, aunque no haya de acreditarlo de cualquier otra manera. La referencia al dominio del hipotecante o pignorante en la primera inscripción de hipoteca o prenda es una simple mención registral, no amparada por la presunción de exactitud registral, que no puede invocarse contra el verdadero dueño.

⁵³ Una exposición de las diferentes posiciones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio puede encontrarse en BALDÓ DEL CASTAÑO, *Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías*, Madrid, 1974, pp. 126-177; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 878; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *La reserva de dominio en la quiebra*, Madrid, 1997, pp. 47-65; OCAÑA RODRÍGUEZ, *Garantía de la venta a plazos y contrato de leasing*, Madrid, 2001, pp. 51-66, y «La reserva de dominio. Naturaleza y efectos más importantes», en *La Ley de venta a plazos de bienes muebles*, U. Nieto Carol (Dir.), Valladolid, 2000, pp. 146-155; MARTÍNEZ ROSADO, *La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso*, Madrid, 2005, pp. 90-141; VAQUERO PINTO, «La eficacia del pacto de reserva de dominio sobre bienes muebles en el concurso del comprador», *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Lauroba, M.E.-Marsal, J. (Eds.), Barcelona, 2006, pp. 331 ss; MONTÁNCHER RAMOS, M.: *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Madrid, 2006, pp. 127-140; QUICIOS MOLINA, *Efectos de las garantías reguladas por la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles en caso de incumplimiento del comprador y concurrencia de acreedores*, Navarra, 2006, pp. 163-194; MIQUEL GONZÁLEZ, «La reserva de dominio», *Historia de la propiedad. Crédito y garantía*, Madrid, 2008, 551-557.

Bercovitz Rodríguez-Cano, *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1971, pp. 58 ss y 100 ss; *Comentario a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, Madrid, 1977, p. 172-182; «Comentario a la STS de 7.11.1988», *CCJC*, 1988, n.º 18, p. 993, mantiene que la reserva de dominio constituye una garantía sobre la cosa vendida similar a un derecho de prenda sin desplazamiento. A favor de la consideración de la reserva de dominio como derecho real de garantía, Baldó del Castaño, *ob. cit.*, pp. 177-200; GARCÍA SOLÉ, *Comentarios a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (Ley 28/1998, de 13 de julio)*, Madrid, 1999, p. 157; BOTANA AGRA, «Los créditos concursales por impago de cuotas o plazos del precio en el arrendamiento financiero y en la venta a plazos», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, III, Madrid, 2005, p. 2552. Sobre los argumentos favorables

el tema que nos ocupa, pues cabría dudar de la validez de la garantía real constituida sobre bienes cuya propiedad todavía no ha adquirido el hipotecante o pignorante, si el efecto traslativo de la tradición quedó sometido a la condición suspensiva del pago del precio, mientras que no surgiría el problema si el constituyente de la garantía ha adquirido el dominio, aunque sujeto a condición resolutoria o a una prenda a favor del vendedor⁵⁴.

Tras la reforma del artículo 2 LHMPSD el problema ya no es, para las garantías mobiliarias reguladas por esta Ley, que el precio esté pagado o no, admitiéndose, como se admiten, las garantías sin desplazamiento de bienes no pagados íntegramente. Hoy el problema es, como lo era ya antes, y sigue siendo, para la extensión convencional de la hipoteca inmobiliaria a los bienes muebles, la nulidad del gravamen por falta de titularidad del hipotecante o pignorante, habida cuenta de la reserva de dominio y compartiendo que la misma implica una condición suspensiva del efecto traslativo⁵⁵.

o contrarios a esta teoría, ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, pp. 366-374; MARTÍNEZ ROSADO, *ob. cit.*, pp. 152-164.

Conciben la reserva de dominio como condición suspensiva, VÁZQUEZ RICHART, *La compraventa a plazos de los bienes muebles*, 1963, pp. 177-178, 180; BOTANA AGRA, «Algunos aspectos de la reserva de dominio en la quiebra», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Alfonso Otero*, 1981, p. 61; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988; OCAÑA RODRÍGUEZ, *Garantía de la venta a plazos...*, *cit.*, p. 66; BERMEJO GUTIÉRREZ, N.: *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002, pp. 413-424; MONTÁNCHER RAMOS, *ob. cit.*, p. 139; MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 525.

Se inclina por su tratamiento como condición resolutoria, si bien en relación con los inmuebles, Díez-Picazo, *Fundamentos...*, III, p. 883; QUICIOS MOLINA, *ob. cit.*, pp. 183-185.

BLASCO GASCÓ, *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Valencia, 1991, tras un estudio jurisprudencial, concluye que lo que debe resolverse es el conflicto de intereses subyacente a la reserva de dominio, y no un debate conceptual acerca de la existencia de una condición suspensiva o una condición resolutoria. «Es decir, hay que preguntarse qué intereses son dignos de tutela jurídica y, después, como los defendemos o tutelamos. Lo contrario es mero conceptualismo dogmático que conduce a bien poco...» La cuestión esencial, sigue Blasco Gascó, respecto de la reserva de dominio, no se halla en determinar si se trata de una condición suspensiva o de una condición resolutoria «sino en precisar los intereses protegidos ante los conflictos que surjan. La protección de tales intereses debe realizarse haciendo entrar en juego diversos criterios, esencialmente: las titularidades provisionales que origina el propio pacto de reserva de dominio; la conducta del transmitente y del adquirente; la publicidad de la cláusula (que determinará el alcance de su eficacia); y la buena o mala fe de los acreedores y de los subadquirentes. La adecuación de tales criterios puede conducir a la solución justa, sin entrar en la cuestión —ciertamente conceptual— acerca de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio»

Mención especial merece, nuevamente, el trabajo de MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, donde, con sólidos y fundados argumentos, defiende la concepción clásica de la reserva de dominio como condición suspensiva y combate la posición favorable a su consideración como una prenda sin desplazamiento.

⁵⁴ *Vid.* la nota 29.

⁵⁵ Al respecto, señalaba GARCÍA-PITA Y LASTRES, *ob. cit.*, pp. 195 y 197, que si la reserva de dominio supone que la propiedad permanece en el vendedor hasta que se pague íntegramente la cosa vendida, entonces fácilmente se puede comprender la imposibilidad

Podríamos citar preceptos legales y resoluciones que avalan la conclusión de la nulidad de la garantía por conservar el vendedor el dominio del bien mueble vendido hasta el total pago del precio⁵⁶. En el Derecho positivo parece predominar la concepción tradicional de la reserva de dominio, que la configura como una condición suspensiva de la transmisión de la propiedad⁵⁷. Así, el artículo 4 ORVPBM aclara que el comprador de un bien, cuyo dominio se hubiera reservado el vendedor, carece de legitimación dispositiva y, en consecuencia, será nulo de pleno derecho cualquier acto de enajenación o gravamen por él realizado, añadiendo que el bien sólo puede ser embargado por deudas del vendedor, pero no del comprador⁵⁸. También el artículo 11.8.a) ORVPBM establece que en el modelo oficial de contrato inscribible en el Registro de Venta a Plazos se hará constar la cláusula de reserva de dominio, si así se pactare, y en ese caso se inscribirá la propiedad del bien en dicho Registro a favor de quien

de constituir una garantía de las contempladas en la LHMPSD: si sólo se puede hipotecar el pleno dominio, cuando éste no se tiene en absoluto, es imposible constituir la garantía, y la que se constituya será impugnabile por el acreedor/vendedor. La garantía dominical de la LVPBM siempre podrá servir de fundamento, termina el autor citado, para impugnar la garantía mobiliaria sin desplazamiento, incluso aunque no hubiera sido inscrita aquélla en el RHMPSD, y ello a pesar de los términos aparentemente contrarios del art. 13 RHMPSD.

FERNÁNDEZ DEL POZO, ob. cit., p. 214, y GÓMEZ MATOS, ob. cit., p. 309, entienden que si la venta a plazos es con reserva de dominio, no podrían existir gravámenes impuestos por el deudor comprador, ya que éste no tiene la libre disposición de la cosa.

SAAVEDRA MONTERO, ob. cit., p. 121, se muestra rotunda al rechazar que los bienes muebles comprados con reserva de dominio puedan ser objeto del pacto de extensión de la hipoteca a los bienes muebles. La razón es sencilla, a su juicio: no se puede extender la hipoteca a los bienes que no pertenezcan al deudor hipotecario. Además de que la LH no admite la hipoteca de cosa ajena, sigue, del art. 334 CC se extrae la misma conclusión, pues los bienes muebles separables y destinados a la finca deberán ser colocados por el propietario para ser considerados inmuebles por destino.

Asimismo, GÓMEZ GÁLLIGO, «Principios hipotecarios...», cit., p. 662, y en «El Registro de Bienes Muebles», cit., p. 993, partiendo de que la reserva de dominio supone el reconocimiento al favorecido con ella de la propiedad del bien hasta el pago total del precio, y, por tanto, una condición suspensiva de la transmisión de la propiedad, mantiene que el comprador de un bien, cuyo dominio se hubiera reservado el vendedor, carece de legitimación dispositiva, posee el bien en precario, y, en consecuencia, cualquier acto de enajenación o gravamen por él realizado sería nulo de pleno derecho.

También GUILARTE ZAPATERO, «Comentario al art. 1877 CC», cit., pp. 607 y 608, y GARCÍA GARCÍA, ob. cit., p. 1910, se refieren a la imposibilidad de que queden hipotecados los bienes muebles habiéndose pactado una reserva de dominio, pero en relación con la necesidad de que el acto de destinación de los bienes muebles al servicio del inmueble donde se hallan sea efectuado por el propietario de los mismos.

⁵⁶ A las resoluciones aquí citadas habría que añadir las mencionadas en el apartado tercero, en relación con la extensión convencional de la hipoteca a los bienes muebles.

⁵⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 545-556, en relación con el Derecho comparado y la regulación en el Derecho español. MARTÍNEZ ROSADO, ob. cit., pp. 19-76, sobre la evolución histórica de la cláusula de reserva de dominio y su regulación en el Derecho vigente.

⁵⁸ Posición que ha mantenido la DGRN en la Instrucción de 3 de diciembre de 2002, en la que se establece que los registradores deberán denegar los mandamientos de embargo sobre bienes muebles vendidos a plazos con reserva de dominio, en virtud de contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles, si el objeto del embargo es la propiedad de tales bienes y el embargo se dirige contra persona distinta del vendedor.

se hubiera reservado el dominio. A su vez, el artículo 24 ORVPBM dispone que se presumirá que el favorecido con la reserva de dominio tiene la propiedad del bien⁵⁹. Por otra parte, según la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra de 1 de marzo de 1973 es una condición suspensiva, pues La Ley 483 establece que «por el pacto de reserva de dominio el vendedor conserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio sea pagado por completo»; y para despejar dudas sobre cuál de los elementos del supuesto de hecho traslativo del dominio queda afectado por la condición, añade que «el contrato queda perfeccionado desde su celebración, pero el efecto de la transmisión de la cosa queda diferido hasta el pago total». Asimismo, en la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que incorpora al ordenamiento jurídico español esta directiva, la reserva de dominio se configura conforme a la posición clásica, de acuerdo con la cual el vendedor sigue siendo el propietario y la transmisión de la propiedad se halla sometida a la condición suspensiva del total pago del precio⁶⁰. Y, finalmente, el artículo 65 del proyecto de Reglamento del Registro de Bienes Muebles, dentro de la Sección correspondiente a automóviles y otros vehículos de motor, dispone que el comprador de un bien, cuyo dominio se hubiese reservado el vendedor, carece de legitimación dispositiva y, en consecuencia, será nulo de pleno derecho cualquier acto de enajenación o gravamen por él realizado⁶¹.

En relación con las resoluciones, la RDGRN de 7 de enero de 2005 (RJ 2005/1181) se expresa con tanta claridad, que merece la pena transcribir sus términos: «La reserva de dominio no es una mera carga o gravamen, como puede entenderse respecto de las prohibiciones de disponer (que no son más que limitaciones de dominio, que impiden actos de enajenación voluntaria e inter vivos); sino que supone un verdadero reconocimiento a la titularidad del vendedor, de forma que el comprador de un bien con reserva de dominio a favor del vendedor carece de toda facultad dispositiva. Por tanto,

⁵⁹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, T. II, cit., p. 518, partiendo de que en la LVPBM la reserva de dominio se configura como un derecho real de garantía a favor del acreedor, siendo propietario del bien el comprador, consideran ilegales algunos preceptos de la ORVPBM, por contravenir la norma de rango jerárquico superior, como los arts. 11.8.a) y 24.

⁶⁰ El art. 2 de la Directiva define la reserva de dominio como «la estipulación contractual en virtud de la cual el vendedor conserva la propiedad de los bienes en cuestión hasta el pago total del precio». Y la ley española dispone en el art. 10 que el vendedor conservará la propiedad hasta el pago total del precio.

⁶¹ También dispone dicho art. 65 que la reserva de dominio sólo se inscribirá si así se ha pactado en el contrato y que no podrán ser embargados los bienes por deudas del comprador, pero sí por deudas del beneficiario de la reserva de dominio.

no cabe la enajenación de bienes cuando los mismos estén afectados a una reserva de dominio. La única posibilidad que cabría por la vía del embargo sería la de solicitar, no ya la traba del dominio del vehículo, sino de los derechos que en este corresponden al deudor posibilidad que prevé expresamente el párrafo segundo del apartado 15.º de la Instrucción de 3 de diciembre de 2002. Como pusiere de manifiesto el Tribunal Supremo en la sentencia 10 de junio de 1958, el pacto de reserva de dominio excluye la facultad de disposición del comprador sobre el bien mientras subsista el mismo».

La SAP de Segovia de 27 de febrero de 1998 (AC 1998/4110) explica que la reserva de dominio debidamente inscrita priva al comprador de la facultad de disposición de la cosa⁶².

En el ámbito penal, para juzgar un delito de apropiación indebida al haberse vendido el vehículo a un tercero, en la SAP de León de 6 de abril de 1999 (ARP 1999/1504) se mantuvo que el pacto de reserva de dominio «desvirtúa lo que es esencial en la compraventa: el traslado del dominio, suplantado por una condición suspensiva de tal transmisión hasta el total pago de los plazos, que convierte al comprador en depositario de la cosa vendida y mantiene al vendedor en la propiedad de la misma hasta el cumplimiento de la condición, esto es, hasta el pago del total del precio convenido»⁶³.

Sin embargo, también tendríamos que mencionar la opinión de Blasco Gascó, quien argumenta en contra de la nulidad del pacto de extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria que dicho pacto está sujeto a una condición suspensiva: a la condición de que el dueño del inmueble hipotecado adquiera definitivamente los bienes con el pago total del precio⁶⁴.

Pero, en definitiva, todo depende nuevamente de la oponibilidad de la reserva de dominio, si se tiene en cuenta que la LVPBM requiere en el artículo 15 inscripción registral para dicha oponibilidad, y que esta es una exigencia aplicada con rigor por la jurisprudencia

⁶² Siendo cierta dicha afirmación, es, sin embargo, contradictoria con otra vertida por la Audiencia en dicha sentencia, al indicar que el pacto de reserva de dominio «más bien es una condición resolutoria añadida al contrato».

⁶³ No obstante, para el caso que decidió esta sentencia se absolvió al recurrente del delito de apropiación indebida porque el financiador no era el mismo vendedor, sino un tercero, caso en el cual, aunque el contrato de financiación recoja una cláusula de reserva de dominio, «no constituye una verdadera reserva de dominio, en cuanto no puede reservarse lo que no se tiene, encerrando una mera ficción con fines exclusivos de garantía de pago del precio y que en ningún caso impide que el comprador adquiera del vendedor la propiedad de la cosa vendida».

En la SAP de Barcelona de 23 de noviembre de 2005 (JUR 2006/48924) se contiene un resumen de la evolución jurisprudencial sobre el delito de apropiación indebida en relación con la reserva de dominio y la prohibición de disponer en las ventas a plazos de bienes muebles.

⁶⁴ BLASCO GASCÓ, *Objeto de la hipoteca...*, cit., p. 116, mencionando el art. 23 de la anterior Ley, hoy art. 15 de la LVPBM actual.

dencia⁶⁵. Las sentencias de las Audiencias Provinciales de Segovia de 27 de febrero de 1998 (AC 1998/4110) y 28 de febrero de 1998 (AC 1998/4108), Murcia de 9 de noviembre de 1999 (JUR 2000/76844), Cantabria de 7 de noviembre de 2002 (AC 2002/2219) y Vizcaya de 25 de mayo de 2007 (JUR 2007/349909) estimaron la demanda de tercería de dominio sobre el bien interpuesta por el financiador o vendedor, porque la cláusula de reserva de dominio surtía efectos frente a terceros, al estar inscrito el contrato en el Registro de Venta a Plazos con anterioridad al embargo trabado sobre la máquina (vehículo y fresadora, respectivamente). Y, al contrario, con base en la falta de inscripción registral, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Zaragoza de 19 de abril de 1995 (AC 1995/705) y Santa Cruz de Tenerife de 20 de mayo de 2000 (JUR 2000/223481) afirmaron la inoponibilidad de la reserva de dominio pactada en el contrato de venta a plazos del vehículo.

Con anterioridad a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1965, la jurisprudencia admitió la eficacia frente a terceros del pacto de reserva de dominio con base en las normas del Código Civil sobre la prueba (arts. 1227 y siguientes CC), de manera que era oponible a los acreedores del comprador si constaba por escrito y con fecha cierta anterior al embargo. Esta solución fue acogida en la propia LHMPD de 1954, cuyo artículo 56, en el título dedicado a la prenda sin desplazamiento, dispone que la constitución de la prenda no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos, en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas sobre los bienes pignoralados, y sin perjuicio de la responsabilidad civil y criminal en que incurriere el que defraudase fingiéndose dueño de las cosas que no le pertenecen. La eficacia de la cláusula que conste por escrito con anterioridad a la entrega o incluso la eficacia del pacto verbal ha sido también la solución adoptada en otros ordenamientos jurídicos europeos de nuestro entorno, en los que han primado otras consideraciones, como el encarecimiento del tráfico jurídico y el dato de que muchas operaciones no acceden al Registro⁶⁶. Sin embargo, parece que no es esa la tendencia de nuestro legislador, que introdujo el requisito de la inscripción registral como presupuesto de la oponibilidad a terceros de la cláusula de reserva de dominio en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1965, lo reiteró en la posterior de

⁶⁵ PAU PEDRÓN, *ob. cit.*, pp. 549-556, en relación con el principio de inoponibilidad en el Registro de la propiedad mobiliaria.

⁶⁶ MARTÍNEZ ROSADO, *ob. cit.*, pp. 144-151; VAQUERO PINTO, *ob. cit.*, pp. 334-338. La doctrina alemana, ante el silencio del legislador, admite incluso la eficacia de la cláusula en forma verbal, y los derechos francés, belga, portugués e inglés supeditan la oponibilidad a terceros a que la cláusula conste por escrito con anterioridad a la entrega.

1998, y lo consagró en la más reciente Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que dispone en el artículo 10 que la cláusula de reserva de dominio, expresa y anterior a la entrega de los bienes, surtirá efecto «en las relaciones internas entre vendedor y comprador», contrariando la inspiración de la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio, del Parlamento y del Consejo, sobre esta materia.

Ahora bien, la cuestión de la oponibilidad de la reserva de dominio requiere ciertas puntualizaciones: en primer lugar, es preciso distinguir entre oponibilidad frente a acreedores y oponibilidad frente a terceros adquirentes; en segundo lugar, admitido el requisito de la inscripción registral para este último caso, cabría preguntarse si es exigible la consulta del registro como diligencia mínima, tal y como hicimos más arriba en relación con la prohibición de disponer; y, en tercer lugar, habrá que hacer alguna precisión respecto de la reserva de dominio, puesto que ésta, a diferencia de la prohibición de disponer, no viene impuesta por la ley, y, por tanto, no puede deducirse del hecho de que esté inscrito el contrato de venta a plazos.

Comenzando por la primera puntualización, parece claro que respecto de los acreedores debería bastar con acreditar el pacto que impide la transmisión de la propiedad de los bienes en cuestión hasta el pago del precio. En efecto, si se tiene en cuenta que los acreedores no tienen más que un poder de dirigirse contra los bienes que formen parte del patrimonio del deudor, salvo constitución de una garantía sobre alguno en concreto, y se admite que no integran este patrimonio los bienes adquiridos con precio aplazado cuyo pago condiciona precisamente la transmisión de la propiedad, es obvio que los acreedores del comprador no podrán agredir bienes que todavía no pertenecen a su deudor. Distinto es el caso de los terceros adquirentes, cuyo derecho y, en consecuencia, definitiva adquisición de un específico y determinado bien sí depende de la titularidad del transmitente, cuestión en la que se involucra la publicidad registral.

En nuestra doctrina, si bien la postura mayoritaria circunscribe la oponibilidad de la reserva de dominio a la inscripción registral, no faltan voces partidarias de prescindir de la misma. Así, para Botana Agra la oponibilidad de la reserva de dominio requiere, a falta de normas de carácter general, y en aras de la seguridad del tráfico y de la protección de los terceros, la inscripción registral o, si esto no es posible, que conste por escrito con fecha cierta anterior a la entrega de la cosa, como ha requerido en ocasiones el Tribunal Supremo⁶⁷. A juicio de Lobato García-Miján, aunque la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles requiere inscripción registral

⁶⁷ BOTANA AGRA, «Algunos aspectos de la reserva de dominio...», cit., pp. 62-66.

para la oponibilidad a terceros de la reserva de dominio, lo dispuesto en la misma debe ser objeto de interpretación restrictiva con el fin de avalar la oponibilidad de este pacto en otros supuestos no contemplados en esta Ley; así, termina, en las ventas a plazos que no queden sujetas a la Ley especial, las cláusulas de reserva de dominio serán oponibles siempre que cumplan los requisitos de fecha cierta de los documentos privados (arts. 1227 y 1228 CC)⁶⁸.

Pero destaca la opinión de diversos autores, que, en la dirección explicada líneas más arriba, distinguen diferentes terceros, acreedores por un lado y adquirentes por otro, para el tratamiento del problema.

Miquel González sostiene que la reserva de dominio es eficaz *erga omnes* y no se deben imponer requisitos de publicidad a la propiedad reservada, que no se imponen a la propiedad en general. La idea contraria no toma en cuenta, sigue este autor, que acreedores y terceros adquirentes no pueden ser tratados del mismo modo. Los acreedores, dice, no tienen derecho a una composición determinada del patrimonio de su deudor en un momento dado por la supuesta publicidad posesoria; si un tercero acredita que lo poseído por el deudor le pertenece a él, podrá levantar el embargo. La propiedad es oponible, salvo que se pierda o no resulte probada. La responsabilidad del deudor, sigue Miquel, sólo puede hacerse efectiva sobre sus propios bienes y no hay ninguna regla por la que los acreedores puedan cobrarse sobre bienes ajenos, siempre que resulte probado que lo son. La inscripción en el registro correspondiente sólo será necesaria cuando la reserva de dominio se quiera hacer valer frente a terceros subadquirentes, de buena fe y a título oneroso⁶⁹.

Ocaña Rodríguez separa la posición del vendedor en relación a terceros subadquirentes, de la posición del vendedor en relación a los acreedores del comprador. Respecto de la primera, considera inoponible el pacto de reserva de dominio no inscrito o no inscribible. En cuanto a la segunda, sostiene que los acreedores del comprador han de limitarse a embargar lo que es de la estricta pertenencia de su deudor; «a quien embarga pueden sin duda oponérsele documentos de fecha auténtica o de fecha cierta, como tal resultante de la prueba en juicio de tercería, a fin de que tal embargo se reduzca a lo estrictamente necesario y procedente. Ningún ejecutante acreedor puede embargar más que aquello que está en el real patrimonio de su deudor, fuera de cualquier apariencia»⁷⁰.

Por su parte, Bermejo Gutiérrez alega fundados argumentos en contra de la opinión doctrinal mayoritaria que hace depender la

⁶⁸ LOBATO GARCÍA-MIJÁN, ob. cit., pp. 158-170.

⁶⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, ob. cit., p. 528, 569-572.

⁷⁰ OCAÑA RODRÍGUEZ, «La reserva de dominio...», cit., pp.172-184.

oponibilidad de la reserva de dominio de la inscripción registral. A su juicio, los acreedores no son terceros equiparables a los subadquirentes. Mientras que cuando se trata de éstos últimos la existencia de tráfico exige publicidad, para que los derechos constituidos sobre los bienes afecten a los terceros subadquirentes, cuando se trata de los acreedores la ausencia de tráfico hace innecesario el recurso a la misma. La eficacia de la reserva de dominio frente a los acreedores sólo queda condicionada a que conste de forma cierta la fecha en la que se constituyó.

En resumidas cuentas, la inscripción registral sería necesaria en el terreno jurídico real, aunque no en el obligacional. Hallándonos en el primer campo cuando hablamos de constitución de garantías reales sobre bienes que han de ser de la titularidad del constituyente, como en estas páginas, forzoso sería, parece, admitir el requisito de la inscripción registral para la oponibilidad de la reserva de dominio. Sin embargo, conviene tener en cuenta lo que, con acierto, observa Bermejo Gutiérrez, para quien tampoco es exacto afirmar que el pacto de reserva de dominio haya de estar dotado de publicidad para ser oponible a los subadquirentes: la reserva de dominio no es un derecho real, sino un pacto que permite al vendedor retener la propiedad hasta que haya sido íntegramente satisfecho; por tanto, si se vende el bien a un tercero, la eficacia de la reserva frente a éste no podrá plantearse en términos de oponibilidad de una garantía real, sino que habrá de analizarse desde la óptica de la adquisición de un bien de dominio ajeno; así pues, tratándose de un acto de disposición de un no dueño, la eficacia de la segunda transmisión dependerá de que aquél pague el precio, consolidando su adquisición; si no lo hace, el subadquirente quedará sujeto al ejercicio de la acción reivindicatoria del dueño, salvo la aplicación de reglas protectoras de los terceros (art. 85 CCom, art. 34 LH)⁷¹.

Compartiendo esta tesis, debemos concluir que la eficacia del gravamen del bien mueble vendido a plazos depende del pago del precio, siendo este hecho el que condiciona la adquisición de la propiedad. Más arriba aludimos a la opinión de Blasco Gascó, quien entendía sujeta la garantía a condición suspensiva, rechazando la solución de la nulidad de la misma por falta de titularidad del constituyente. También hay que recordar aquí como doctrina y jurisprudencia admitían la extensión de la hipoteca sobre el inmueble a las pertenencias siempre y cuando el constituyente de la garantía inmobiliaria fuera dueño de aquéllas en el momento de la ejecución, aunque no lo fuera en el momento de convenirse el pacto de extensión al amparo del artículo 111 LH (epígrafe 3). Por otra

⁷¹ BERMEJO GUTIÉRREZ, ob. cit., pp. 428-430,

parte, esta solución es la que mejor encaja con lo que dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 696 establece que se suspende la ejecución si se admite una demanda de tercería de dominio respecto de los mismos bienes con base en un título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la de constitución de la garantía, precepto éste que presupone la validez de la garantía constituida sobre bienes de propiedad ajena, esto es, sobre los bienes cuyo titularidad se había reservado con anterioridad el vendedor a plazos. La compatibilidad entre la garantía real y la reserva de dominio también se hace patente en el artículo 72 del proyecto del Registro de Bienes Muebles, pues, en virtud del apartado 4.º, se cancelarán las inscripciones de dominio posteriormente inscritas al gravamen que se ejecuta, aun cuando tengan fecha anterior a éste, si antes de la aprobación de la adjudicación en la realización forzosa del bien no se hubiera interpuesto tercería de dominio. Y puede mencionarse, asimismo, el artículo 107 LH, cuyos apartados 7.º y 10.º admiten la hipoteca de los bienes vendidos con pacto de retro o de los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, además del artículo 23 LH, que se refiere al cumplimiento de la condición suspensiva del acto o contrato inscrito.

En la RDGRN de 17 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9870) se analiza precisamente la concurrencia sobre el mismo bien mueble de una reserva de dominio y una hipoteca inmobiliaria con el pacto de extensión previsto en el artículo 111 LH. El registrador estimaba que el arrendador (se trataba de un contrato de *leasing*) ya contaba con una reserva de dominio como garantía del pago de las rentas, y agregar la garantía hipotecaria sobre el inmueble implicaría solidaridad en las garantías, inadmisibles teniendo en cuenta que nuestro Derecho exige distribución (art. 119 LH). La Dirección General sostiene, por el contrario, la compatibilidad de ambas, aclarando que el hecho de que el acreedor pueda tener facultades de garantía sobre el mismo bien mueble no es razón para excluir la posibilidad de agregar una garantía hipotecaria. Reserva de dominio y garantía hipotecaria, sigue el Centro directivo, «funcionan en hipótesis o ámbitos independientes y hay razones prácticas para justificar la constitución de garantías reales distintas de las que puede ofrecer un bien mueble de utilidad económica decreciente». Ante el incumplimiento de la obligación de pago de las rentas por parte del arrendatario, el arrendador tienen dos opciones: reclamar el cumplimiento o resolver el contrato. Si opta por exigir el cumplimiento, opta por no hacer efectiva ninguna de las facultades reales que tiene sobre el bien objeto de la operación financiera y sólo tendrá efecto la hipoteca en garantía del cumplimiento de las obli-

gaciones del arrendatario, de manera que no puede hablarse entonces de una concurrencia de garantías reales. Si opta, en cambio, por resolver el contrato y por hacerse con el bien objeto de la operación financiera, termina la Dirección General, sí se producirá una concurrencia de garantías reales; pero entonces las garantías reales cubren obligaciones distintas, de manera que no hay concurrencia de garantías en las mismas obligaciones: los bienes financiados, que, por la resolución, pasan al pleno poder del financiador, lo que han garantizado ha sido evitar los perjuicios que la misma resolución produce, y la hipoteca garantizará sólo las rentas vencidas y no pagadas cuando se resuelve el contrato.

Esta resolución acierta cuando distingue las posibilidades al alcance del acreedor y algunas de sus consecuencias en relación con la reserva de dominio. Así, está claro que si el acreedor opta por exigir el cumplimiento, está eligiendo el pago (condición suspensiva del efecto traslativo) y, como consecuencia del mismo, la transmisión de la propiedad al comprador, lo que, a su vez, supondrá la eficacia definitiva de la garantía hipotecaria (que dependía de la consolidación de la titularidad del constituyente); no se producirá concurrencia alguna, precisamente porque la hipoteca es eficaz cuando deja de serlo la reserva de dominio, al preferir el acreedor la transmisión de la propiedad al comprador, tras el pago. Sin embargo, tampoco puede afirmarse, como sí hace la resolución que se comenta y esto es lo criticable, dicha concurrencia cuando el acreedor elige la otra alternativa ante el incumplimiento, esto es, la recuperación de la cosa, cuya propiedad nunca perdió, porque en este caso será nula la garantía hipotecaria por falta de titularidad del constituyente. En suma, si el acreedor se inclina por el cumplimiento, no se puede admitir que la reserva de dominio concurra con la garantía hipotecaria, pues sólo quedará la hipoteca que asegura el pago por parte de quien es propietario; y si el acreedor prefiere recuperar la cosa, su decisión hace imposible el cumplimiento de la condición de la que dependía el efecto transmisivo y, consecuentemente, la eficacia de la hipoteca. Por último, tampoco puede dejar de criticarse la consideración de la reserva de dominio como garantía real que se encuentra en esta resolución de 1993, puesto que dicha reserva no es sino un pacto entre las partes contratantes (aunque con finalidad de garantía), cuya trascendencia en el ámbito jurídico real depende de otras consideraciones.

Enlazando con esta última afirmación y, siguiendo el hilo de nuestra exposición, a lo anteriormente explicado debe añadirse la necesidad de inscripción registral de la reserva de dominio. El acreedor hipotecario o pignoraticio, ante la falta de constancia registral del pacto de

reserva de dominio, podría confiar en la titularidad del constituyente, y ello aunque el contrato de venta a plazos del bien mueble sí esté inscrito, porque la reserva de dominio no es contenido obligatorio del contrato y porque en principio el impago del precio no impide el efecto transmisivo, si hay título y modo. De manera que la falta de titularidad del hipotecante o pignorante o, lo que es igual, la propiedad del vendedor a plazos, afectarán al acreedor, quedando el gravamen sujeto a condición suspensiva y admitiéndose la tercería de dominio, si el pacto de reserva de dominio accedió al Registro, mas no en el caso contrario.

En el plano sustantivo se requiere que el constituyente de la garantía sea propietario, pero si en el Registro no se hizo constar la reserva de dominio, y ni siquiera se inscribió el contrato de venta a plazos (aunque de su constancia registral no se deduce necesariamente el pacto de reserva de dominio), siendo la primera inscripción la de la garantía real, la consecuencia es el acceso al Registro de Bienes Muebles de una hipoteca mobiliaria o de una prenda sin desplazamiento sobre bienes que todavía no pertenecen al hipotecante o pignorante. No se puede olvidar, de un lado, que es posible que la inmatriculación del bien pueda tener lugar precisamente al inscribirse la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento (como se explicó más arriba, en relación con la prohibición de disponer, en el epígrafe 4.1)⁷², y, de otro, que el pacto de extensión de la hipoteca inmobiliaria a las pertenencias no accede al Registro de Bienes Muebles, cuando es precisamente en este Registro donde puede haber constancia de su venta a plazos y de la cláusula de reserva de dominio⁷³. Llama la atención que para los anteriores Registros, el de

⁷² GÓMEZ MATOS, ob. cit., pp. 215-219, señala también las dificultades para la constancia de la titularidad de los bienes muebles. También indicaba que en el desarrollo legislativo del Registro de Bienes Muebles deberían desaparecer las antiguas normas de coordinación entre Registros, y, sobre la base de una operación de inmatriculación y del folio real, proceder a verificar con toda seguridad la existencia de una venta a plazos. La RDGRN de 7 de enero de 2005 (RJ 2005/1181) afirmó que el Registro de Bienes Muebles se configura hoy como un Registro de titularidades y gravámenes, y no sólo de estos últimos, «por lo que el tracto sucesivo se encuentra en los mismos en plena aplicación».

Ahora bien, estas afirmaciones olvidan el principio de rogación, aplicable también al Registro en el ámbito mobiliario, y la expresa previsión de que los bienes queden inmatriculados precisamente al inscribirse la garantía real, de modo que el tracto sucesivo no arrancaría del propietario de los bienes.

⁷³ El proyecto de Reglamento del Registro de Bienes muebles regula en el artículo 80 la coordinación entre el Registrador de la Propiedad y el Registrador de Bienes Muebles en caso de hipoteca o prenda de bienes muebles incorporados a inmuebles. Ahora bien, lo único que prevé, como el artículo 75 de la LHMPSD, es la previa constitución de una hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre bienes muebles a los que podría extenderse posteriormente una hipoteca sobre el inmueble en que se hallan, ordenando la constancia del gravamen mobiliario por nota marginal en el Registro de la Propiedad y la preferencia del mismo frente a los posteriores.

Según el artículo 80 del proyecto de Reglamento, cuando se hipotequen o pignoren bienes susceptibles de extenderse a ellos la hipoteca del inmueble donde están instalados, de acuerdo con el artículo 111 LH, el título deberá reflejar si el inmueble está o no inma-

hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento y el de venta a plazos, se afirmara que eran meros registros de gravámenes, cuando también informaban, como se vio anteriormente, de la titularidad del transmitente al preverse, a los efectos de la prohibición del antiguo artículo 2 LHMPSD, la inscripción de una reserva de dominio, lo que no es un derecho de garantía en sentido estricto, aunque sí sea esa su finalidad. Y, sin embargo, en la actualidad el Registro de Bienes Muebles, concebido como un registro de titularidades, y no sólo de gravámenes, y como un Registro que ha de funcionar de acuerdo con el principio de tracto sucesivo y folio real, quizá no proporcione certeza sobre la titularidad del constituyente de la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento, puesto que éstas pueden ser precisamente la vía de acceso del bien al Registro.

Pero, en fin, sólo se podría impedir la inscripción de la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento por falta de titularidad del constituyente si hay constancia registral del pacto de reserva de la propiedad a favor del vendedor, o más bien, de acuerdo con lo que acaba de explicarse, sólo cabría entender el gravamen real sometido a condición suspensiva, que habría que entender cumplida en el momento de la ejecución de la garantía, admitiéndose la tercería de dominio en caso contrario, si la cláusula de reserva de dominio se había inscrito previamente. No se trata de una cuestión de aplicación del principio de prioridad, como alguna vez se ha pensado, sino de un problema de inoponibilidad de la propiedad no inscrita frente al tercer adquirente de buena fe, entendiendo por éste al acreedor hipotecario (mobiliario o inmobiliario, por el pacto de extensión a las pertenencias en este último caso) o pignoraticio.

Con la redacción anterior del artículo 2 LHMPSD se llegaba a la conclusión de que la inscripción no convalida los actos nulos, de manera que debía ser posible la impugnación de la garantía real constituida, contra la prohibición contenida en dicha norma, sobre bienes cuyo precio aplazado no se hubiese pagado en su totalidad. Hoy, tras la reforma del mencionado precepto, hay que concluir con la validez del gravamen sobre bienes no pagados íntegramente, como

tricolado en el Registro de la Propiedad y, caso de estarlo, deberán constar sus datos registrales. Para practicar la inscripción en el Registro de Bienes Muebles, sigue el apartado segundo, debe acompañarse certificación del Registro de la Propiedad correspondiente, (de fecha simultánea o posterior a la presentación de la escritura de constitución de la hipoteca o prenda en el Registro de la Propiedad) acreditativa de si el inmueble está o no inscrito, y si lo estuviere, si está hipotecado con pacto de extensión a los bienes muebles. Practicada la inscripción de la hipoteca o la prenda sobre los bienes sitos en el inmueble, en virtud del apartado 3.º, el Registrador de Bienes Muebles lo notificará inmediatamente al Registrador de la Propiedad, quien hará constar esta circunstancia por nota al margen. Extendida la nota marginal, termina el apartado 4.º, la hipoteca mobiliaria o la prenda serán preferentes en cuanto a dichos bienes respecto a cualquier hipoteca inmobiliaria o gravamen que se inscriba posteriormente con pacto de extensión a los mismos.

el propio precepto admite ahora, incluso cuando la adquisición de la propiedad por el constituyente quedó sometida a la condición suspensiva del pago del precio aplazado, por haberse reservado el vendedor el dominio del bien, dominio cuya oponibilidad depende de la inscripción registral.

La necesidad de inscripción registral del pacto por el que el vendedor conserva la propiedad de lo vendido para que pueda alcanzar al tercero en el ámbito jurídico-real viene impuesta hoy en diversas normas. El artículo 28 ORVPBM dispone que «se presume que el contenido de los derechos inscritos es conocido por todos y no podrá invocarse su ignorancia», añadiendo el párrafo segundo que «los actos y contratos inscribibles no inscritos no perjudican a tercero». Y el artículo 29, tras ordenar que la inscripción no convalida la nulidad de actos y contratos, establece el principio de fe pública en este ámbito de manera similar al artículo 34 LH: «quien adquiera a título oneroso y de buena fe algún derecho susceptible de inscripción en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, de quien según el propio Registro sea titular con facultades de disposición, será mantenido en su adquisición aunque posteriormente se anule o resuelva el derecho del transmitente por causa que no conste en el Registro. La buena fe se presume».

El artículo 22 del proyecto de Reglamento del Registro de Bienes Muebles reproduce en el apartado 1.º el artículo 28 ORVPBM, disponiendo idéntica presunción de conocimiento de los derechos inscritos e imposibilidad de invocar su ignorancia. Los apartados 5.º y 7.º de dicho artículo 22 contienen también los principios de inoponibilidad de lo no inscrito y de fe pública que se recogían en los artículos 28 y 29 ORVPBM, con igual redacción. Y el apartado 6.º introduce una nueva redacción para una norma similar de la ORVPBM, disponiendo que «los derechos garantizados, y sucesivamente inscritos o anotados, tendrán entre sí la preferencia que resulte de su respectiva presentación en el Registro». Por otra parte, hay que tener en cuenta también distintas normas dictadas para las garantías sobre bienes muebles, que reiteran el principio de inoponibilidad de lo no inscrito y la preferencia registral. Así, según el artículo 71.1, las cargas, gravámenes y derechos reales no inscritos no perjudican a tercero que inscriba su derecho en el Registro mobiliario, y, en virtud del artículo 72, las cargas, gravámenes y derechos reales inscritos o anotados gozarán de preferencia entre sí por razón de la fecha de su asiento de presentación⁷⁴.

⁷⁴ Y añade el apartado 2.º del artículo 72 que la ejecución de alguna carga anterior según Registro determinará la cancelación de las posteriores, incluso las referentes a créditos anteriores o preferentes cuando el acreedor no hubiera interpuesto tercería de mejor derecho en el proceso de ejecución de la carga anterior.

Finalmente, en relación con la buena fe del tercero, acreedor hipotecario o pignoraticio, podríamos terminar con varias observaciones, aunque éste no sea el lugar para analizarlas con la profundidad que sería deseable. La primera, que, como se ha dicho ya, a efectos de excluirla, no bastaría con la inscripción del contrato de venta a plazos, ya que la cláusula de reserva de dominio a favor del vendedor no figura en la LVPBM como contenido obligatorio de aquél, de modo que, aunque el comprador fuera un experto en la materia y a pesar de que la inscripción del contrato le suscitara sospechas acerca de la titularidad del constituyente de la garantía, todavía tendría que indagar si se convino o no.

La segunda, que, para apreciar la buena fe del tercero pueden trasladarse las observaciones realizadas en relación con la prohibición de disponer, pero también habría que tener en cuenta la doctrina en relación con la buena fe registral en el ámbito hipotecario inmobiliario y la tradicional discusión acerca de una concepción psicológica o ética de la buena fe. Si para el principio de fe pública registral del artículo 34 LH se ha discutido el alcance del requisito de la buena fe, las mismas cuestiones pueden reproducirse a la vista de los parecidos preceptos en materia mobiliaria que hemos mencionado. Ejemplo de esta similitud de problemas es la sentencia de 10 de abril de 2001 (AC 2001/1182) de la AP de Castellón, en la que se mantuvo que «el pacto de reserva de dominio es perfectamente oponible a terceros que conocieron, o pudieron conocer su existencia al margen del contenido del Registro específico». No obstante, respecto del caso que se enjuiciaba, el tribunal declaró que la reserva de dominio aparecía inscrita en el Registro al tiempo del embargo, y también figuraba en la Jefatura de Tráfico, por lo que no cabía duda de que la apelante conocía su existencia, «por lo que bien podía serle opuesta».

La tercera observación es que no parece que pueda dudarse de la aplicación del requisito de la buena fe en el ámbito mobiliario, como se deduce de los preceptos comentados. Esta última precisión surge porque no ha faltado en la doctrina quien ha pensado que el principio de inoponibilidad juega para los actos y contratos relacionados con los bienes muebles al margen de la buena fe del tercero, frente a lo que ocurre en materia inmobiliaria, donde el juego de aquel principio se basa en la buena fe. Podría citarse a Gómez Gállego como autor que señala esta diferencia entre el registro inmobiliario y los mobiliarios, ya que en el ámbito mobiliario, a su juicio, tercero es simplemente el que no ha sido parte en el contrato, sin necesidad de ulteriores requisitos, como la buena fe

o la inscripción⁷⁵. Por el contrario, Martínez-Gijón Machuca insiste en la exigencia de la buena fe del tercero en orden a la inoponibilidad de lo no inscrito, aunque los artículos 15 LVPBM y 28 ORVPBM prescindan de ella⁷⁶. Es cierto que en alguno de los preceptos citados se prescinde de la buena fe del tercero: así, el artículo 28 ORVPBM y el artículo 22. 5 del proyecto de Reglamento del Registro de Bienes Muebles en orden a la inoponibilidad de lo no inscrito. Pero se exige la buena fe en los artículos 29 ORVPBM y 22.7 del proyecto citado en relación con el tercero protegido por la fe pública registral. Resulta evidente que ello no hace sino suscitar para el ámbito mobiliario la clásica discusión entre monistas y dualistas mantenida en el terreno inmobiliario a propósito de los artículos 32 y 34 LH, tema que requeriría un estudio independiente que no procede abordar aquí.

5. BREVE REFERENCIA A LA CONCURRENCIA DE PRIVILEGIOS

Según el artículo 10 LHMPD, el acreedor hipotecario o pignoraticio goza para el cobro de su crédito de la preferencia y prelación establecidas en los artículos 1922.2 y 1926.1 CC. Asimismo, en virtud del artículo 16.5 LVPBM el vendedor-creedor del precio aplazado goza de la preferencia y prelación establecidas en los artículos 1922.2 y 1926.1 CC. Esta remisión a idénticos preceptos que realizan ambas leyes significa, por tanto, que ambos tipos de acreedores gozan de la misma preferencia y prelación.

Con anterioridad a la reforma en 2007 del artículo 2 LHMPD no podía plantearse problema de concurrencia, puesto que no cabía la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento sobre bienes cuyo precio de adquisición no hubiese sido íntegramente satisfecho. Así, Cossío, en relación con el antiguo artículo 2 LHMPD, explicaba que no se producía un problema de prelación de créditos,

⁷⁵ GÓMEZ GÁLLIGO, «Principios hipotecarios...», cit., p. 668, y «El Registro de Bienes Muebles», cit., p. 999. Esa afirmación no es sino desarrollo de otra hecha con anterioridad en relación con las prohibiciones de disponer, para las que este autor sostuvo que las no inscritas no perjudican a tercero, ni aunque las conocieran; así, GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer*, cit., p. 192.

⁷⁶ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Los registros mercantil y de bienes muebles*, cit., p. 237. Se protege al tercero de buena fe, explica, porque éste no conoce (porque no se ha inscrito o porque, estándolo, no pudo conocerlo por circunstancias atendibles) lo que se trata de hacer valer frente a su pretensión, conste o no conste en los asientos registrales; y si el tercero conoce lo que debió inscribirse, le será oponible aunque no se haya inscrito. En suma, según este autor, es oponible lo inscrito en el Registro de Bienes Muebles al poseedor de buena fe, ya que su protección legal cede ante los efectos de la inscripción; la posición del poseedor de buena fe sólo sería atendible frente a los efectos registrales si la ignorancia de lo inscrito obedece a alguna de las circunstancias establecidas legalmente)

sino una cuestión relativa a la validez o nulidad de la carga sobre bienes muebles no pagados totalmente; «nula la hipoteca o la prenda, es obvio que carece de sentido hablar de preferencia del crédito del vendedor por el precio de la cosa sobre un derecho pignoraticio que es en realidad inexistente»⁷⁷.

La actual redacción del artículo 2 mencionado hace posible la colisión entre el vendedor a plazos y el acreedor hipotecario o pignoraticio, lo que origina la duda sobre cuál ha de ser preferido o si esta concurrencia debe solucionarse de acuerdo con los criterios de prelación del artículo 1926 CC. Por otra parte, no se contempla expresamente la suspensión de la ejecución por la admisión de una demanda de tercería de mejor derecho; la única posibilidad es reconducir ésta a lo dispuesto en el artículo 698 LEC, que se refiere a cualquier reclamación del deudor, de un tercer poseedor o de cualquier interesado no comprendida en los artículos anteriores, remitiéndola al juicio que corresponda, donde ha de ventilarse sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento ejecutivo.

Para Blasco Gascó el conflicto entre el acreedor hipotecario y el vendedor de la cosa mueble por el precio de la venta (sin reserva de dominio) debe resolverse a favor de este último y en los términos de los artículos 1922-1 y 1926⁷⁸. Pero no podemos compartir esta solución por dos razones. Una de ellas es que la preferencia del crédito por los plazos impagados no se establece por la remisión al número 1 del artículo 1922, aunque en el mismo se mencionen los créditos por el precio de venta de bienes muebles, sino por la remisión al número 2 del mismo artículo, otorgándole la preferencia correspondiente al acreedor con prenda ordinaria, de manera que el legislador ha querido darle el tratamiento propio del acreedor en la prenda desplazada, quizá porque es un crédito favorecido con la regla de prelación del número 1.º del artículo 1926 (que menciona al crédito pignoraticio y no al crédito por el precio de venta de bienes muebles); el problema, como sabemos, es que también el acreedor hipotecario o pignoraticio sobre bienes muebles recibe el tratamiento del titular de la prenda desplazada.

⁷⁷ COSSIO, ob. cit., pp. 459 y 460. Ahora bien, en la práctica, seguía el autor citado, las cosas podían ser más complicadas. Podría ocurrir que el derecho de garantía accediese, indebidamente, al Registro, al no constar al registrador la falta de pago del precio, produciendo efectos la inscripción, en tanto no se declarase la nulidad. Y resultaría que el procedimiento sumario que la Ley concede al acreedor hipotecario o pignoraticio, si bien podría ser suspendido por la tercería de dominio, no podría, en cambio, ser afectado por la de mejor derecho. Esa es la razón, entiende Cossío, de que la LHMPSD contemplese la posible constitución de una hipoteca o de una prenda en garantía del precio aplazado por el vendedor: se intenta por este procedimiento evitar las dificultades que en la práctica puede encontrar su privilegio para conseguir su efectividad.

⁷⁸ BLASCO GASCÓ, *Objeto de la hipoteca*, cit., p. 123.

La otra razón es que no debe diferenciarse entre el vendedor a plazos del bien mueble con o sin reserva de dominio, puesto que también el vendedor que pactó a su favor la cláusula de reserva de dominio puede gozar de la preferencia y prelación establecidas en el Código civil. En efecto, dichas preferencia y prelación se aplicarían en el caso de que el vendedor, en lugar de pretender la recuperación de la cosa por incumplimiento de la obligación de pago, reclamase el pago y concurriese con otros acreedores del comprador. El pacto de reserva de dominio asegura al vendedor la conservación de la titularidad del bien si no se paga su precio por completo, pero no impide que el vendedor opte por la transmisión de la propiedad al comprador, exigiendo el cumplimiento y gozando de la prelación y preferencia legales si concurre con otros acreedores del comprador⁷⁹.

Pero, en definitiva, si ambos créditos gozan de la misma preferencia y prelación, parece que no quedará otro remedio que decidir de acuerdo con el número 4.º del artículo 1926: distribución a prorrata del precio de los bienes muebles entre los créditos que gozan de preferencia especial.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972.
- BALDÓ DEL CASTAÑO, *Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías*, Madrid, 1974.
- BALDÓ DEL CASTILLO, «El Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y sus principios informadores», *RCDI*, 1977, I, p. 9.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1971.
- *Comentario a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, Madrid, 1977.
- BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002.
- BLASCO GASCÓ, *Cumplimiento del contrato y condición suspensiva (Aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*, Valencia, 1991.
- *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria. Determinación legal y contractual del objeto de la hipoteca. La concurrencia de derechos sobre el objeto hipotecado. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 1994.
- «Determinación convencional del objeto de la hipoteca (En especial, la sujeción de la maquinaria a la hipoteca inmobiliaria y la concurrencia de derechos sobre la misma)», *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, T. I, Madrid, 1994, p. 275. También en *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria. Determinación legal y contractual del objeto de la hipoteca. La concurrencia de derechos sobre el objeto hipotecado. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, 1994, p. 95.
- *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Valencia, 2000.
- BOTANA AGRA, «Algunos aspectos de la reserva de dominio en la quiebra», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Alfonso Otero*, 1981, p. 47.

⁷⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 556-569, 594, 599.

- «Los créditos concursales por impago de cuotas o plazos del precio en el arrendamiento financiero y en la venta a plazos», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, III, Madrid, 2005, p. 2531.
- CABALLERO LOZANO, «La prohibición de disponer en la compraventa a plazos de bienes muebles», *La Ley*, 2001-2, p. 1620.
- «La prohibición de disponer en la compraventa a plazos de bienes muebles», *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, Santander, 2002, p. 159.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentario a la STS de 29 de marzo de 1993», *CCJC*, 1993, n.º 31, p. 325.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del Registro*, Barcelona, 2006.
- CAÑIZARES LASO, «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», *ADC*, 1991, IV, p. 1453.
- «Obligación de no disponer y prohibición de disponer (Comentario a la STS de 26 de julio de 1993)», *ADC*, 1995, I, p. 411.
- CARRASCO PERERA – CORDERO LOBATO – MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, T. I y II, Navarra, 2008.
- CECCHINI ROSELL, *Eficacia de las prohibiciones de disponer. Causa y derechos de terceros*, Navarra, 2003.
- CORDERO LOBATO, «Prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria», Lauroba-Marsal (Eds.), *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid, 2006, p. 77.
- COSSÍO, «El sistema registral mobiliario», *Centenario de la Ley del Notariado. Estudios jurídicos varios*, Vol. II, Madrid, 1962, p. 372.
- DE LA RICA Y ARENAL, «El embargo judicial y la hipoteca mobiliaria, según una sentencia del Tribunal Supremo», *RCDI*, 1966, I, p. 655.
- DE PABLO CONTRERAS, «Comentario a la STS de 10 de mayo de 1989», *CCJC*, 1989, n.º 20, p. 557.
- DÍAZ VALES, «El Registro de Bienes Muebles: bienes y derechos inscribibles según la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *RDP*, 2004, p. 78.
- DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, Madrid, 2008.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 2001.
- DURÁN RIVACOBA, «Las prohibiciones de disponer en el Derecho Civil Navarro», *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, Vol. I, Valencia, 2006, p. 1181.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, *El registro de bienes muebles. Los bienes muebles y la preferencia registral de los derechos inscritos*, Madrid, 2004.
- «La solución registral del problema de las garantías reales mobiliarias», Lauroba-Marsal (Eds.), *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid, 2006, p. 91.
- FERNÁNDEZ GALLARDO, «La prohibición de disponer como garantía en las ventas a plazos de bienes muebles», Lauroba-Marsal (Eds.), *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid, 2006, p. 431.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, «La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento», Nieto Carol (Dir.), *Garantías reales mobiliarias*, Madrid, 1998, p. 367.
- GARCÍA CANTERO, «Comentario al art. 1505», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XIX, Madrid, 1991, p. 471.
- GARCÍA GARCÍA, «Comentario al art. 1877 CC», *Comentario del Código civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1907.
- GARCÍA SOLÉ, *Comentarios a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles (Ley 28/1998, de 13 de julio)*, Madrid, 1999.
- GARCÍA SOLÉ y GÓMEZ GÁLLIGO, *Derecho de los bienes muebles. Financiación y garantías en la contratación mobiliaria*, Madrid, 2002.

- GARCÍA-PITA Y LASTRES, «La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento en el Derecho mercantil», Nieto Carol (Coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, T. II, Vol. 1, Madrid, 1996, p. 149.
- GÓMEZ GÁLLIGO, *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Madrid, 1992.
- «Principios hipotecarios de los Registros Mobiliarios», *RCDI*, 1999, n.º 651, p. 651.
- «El Registro de Bienes Muebles», *RCDI*, 2000, n.º 657, p. 973.
- «Propuesta de reforma del Registro de Bienes Muebles en general y del Registro de Condiciones Generales de la Contratación en particular», *RCDI*, 2005, n.º 692, p. 1929.
- GÓMEZ MATOS, *El Registro de Bienes Muebles*, Navarra, 2005.
- GÓMEZ-ACEBO SANTOS, «La hipoteca de establecimiento mercantil», *RDM*, 1955, I, p. 123.
- GONZÁLEZ LAGUNA, «Registro de Bienes Muebles: Tres Resoluciones y una Instrucción», *RCDI*, 2003, n.º 676, p. 1243.
- GORDILLO CAÑAS, «El «acto o contrato de trascendencia real» y las prohibiciones de disponer, como una de sus manifestaciones», *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, T. II, Madrid, 2006, p. 19.
- GUILARTE ZAPATERO, «Comentario al art. 1857 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXIII, Madrid, 1990, p. 445.
- «Comentario al art. 1877 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXIII, Madrid, 1990, p. 602.
- «Comentario al art. 1857 CC», *Comentario del Código civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1860.
- GULLÓN BALLESTEROS, «Cuestiones de preferencia en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento», *ADC*, 1964, II, p. 771.
- LACRUZ BERDEJO, «La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento», *AAMN*, 1961, n.º 11, p. 345.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Perspectiva actual de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento en relación con la venta a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1967. También publicado en *RCDI*, n.º 460.
- LOBATO GARCÍA-MIJÁN, *La reserva de dominio en la quiebra*, Madrid, 1997.
- LORCA NAVARRETE, *Embargo, hipoteca y ejecución procesal del establecimiento mercantil*, San Sebastián, 1996.
- LLOPIS GINER, «La concurrencia de dos garantías reales: la hipoteca inmobiliaria y la mobiliaria», *Libro-homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Madrid, 1998, p. 411.
- MARTÍN OSANTE, «Comentario a la STS de 10 de enero de 1992», *CCJC*, 1992, n.º 28, p. 203.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988.
- MARTÍNEZ ROSADO, *La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso*, Madrid, 2005.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *Los registros mercantil y de bienes muebles. Vol. 2. El registro de bienes muebles*, Madrid, 2006.
- «El Registro de Bienes Muebles: rasgos definidores y procedimiento registral», *RdP*, 2006, n.º 17, p. 127.
- MIQUEL GONZÁLEZ, «La reserva de dominio», *Historia de la propiedad. Crédito y garantía*, Madrid, 2008, p. 523.
- MONSERRAT VALERO, «Comentario a la RDGRN de 16 de noviembre de 1998», *CCJC*, 1999, n.º 51, p. 931.
- MONTÁNCHÉZ RAMOS, M.: *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Madrid, 2006.

- MORO ALMARAZ, «Comentario a la STS de 14 de diciembre de 2000», *CCJC*, 2001, n.º 56, p. 635.
- NIETO CAROL, *La Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, Valladolid, 2000.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, *Garantía de la venta a plazos y contrato de leasing*, Madrid, 2001.
- «La reserva de dominio. Naturaleza y efectos más importantes», en *La Ley de venta a plazos de bienes muebles*, U. Nieto Carol (Dir.), Valladolid, 2000.
- PAU PEDRÓN, «El nuevo régimen de la publicidad mobiliaria», *ARAJL*, 2002, n.º 32, p. 529.
- POVEDA MARTÍN, «Interpretación y cumplimiento del artículo 2.º de la Ley sobre Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión», *RCDI*, 1961, II, p. 937.
- QUICIOS MOLINA, *Efectos de las garantías reguladas por la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles en caso de incumplimiento del comprador y concurrencia de acreedores*, Navarra, 2006.
- RAMOS CHAPARRO, «Comentario a la RDGRN de 16 de noviembre de 1998», *CCJC*, 1999, n.º 49, p. 419.
- RODRÍGUEZ HERRERO, *La hipoteca de bienes muebles registrables*, Madrid, 1997.
- ROYO MARTÍNEZ, *Aportaciones al estudio de la hipoteca sobre bienes muebles*, Sevilla, 1933.
- SAAVEDRAMONTERO, «Los derechos susceptibles de ser objeto de hipoteca y la extensión objetiva de la misma», *AC*, 1997-1, p. 41. También en *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, Madrid, 1999, p. 149.
- «La extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria a los bienes muebles colocados permanentemente en la finca, a los frutos y a las rentas. Análisis del artículo 111 de la Ley Hipotecaria», *AC*, 1998-4, p. 939. También en *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, Madrid, 1999, p. 116.
- *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, Madrid, 1999.
- SERRA MALLOL, «La ordenanza para el registro de venta a plazos de bienes muebles y los contratos inscribibles: aspectos mercantiles y sustantivos», *RGD*, 2000, n.º 669, p. 7279.
- SERRANO GARCÍA, *La hipoteca de establecimiento mercantil*, Madrid, 1975.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, Madrid, 1996.
- SANZ FERNÁNDEZ, «La prenda sin desplazamiento», *AAMN*, T. II, p. 117.
- SEBASTIÁN HERRADOR, «Aspectos económicos de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento», *AAMN*, 1961, n.º 11, p. 21.
- VALLET DE GOYTISOLO, «La Ley de 16 de diciembre de 1954 y su reglamento de 17 de junio de 1955 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento», *ADC*, 1955, II, p. 1227. También en *Estudios sobre garantías reales*, Madrid, 1973, p. 561.
- «Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión», *AAMN*, 1961, n.º 11, p. 43; también en *RDN*, 1955, n.º 8, p. 31, y en *Estudios sobre garantías reales*, Madrid, 1973, p. 453.
- *Estudios sobre garantías reales*, Madrid, 1973.
- VAQUERO PINTO, «La eficacia del pacto de reserva de dominio sobre bienes muebles en el concurso del comprador», *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Lauroba, M.E.-Marsal, J. (Eds.), Barcelona, 2006, pp. 331.
- VÁZQUEZ RICHART, *La compraventa a plazos de los bienes muebles*, 1963.
- VIOLA SAURET, «Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento a través de los principios», *AAMN*, 1961, n.º 11, p. 401.

ZUMALACÁRREGUI, «El registro de reservas de dominio de bienes muebles vendidos a plazos», *RCDI*, 1974, I, p. 551.

SENTENCIAS Y RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

- 3 de julio de 1987 (RJ 1987/5047).
- 21 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10359).
- 7 de abril de 2001 (RJ 2001/2387).
- 27 de junio de 2007 (RJ 2007/3866).

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- Zaragoza, 19 de abril de 1995 (AC 1995/705).
- Barcelona, 27 de febrero de 1998 (AC 1998/389).
- Segovia, 27 de febrero de 1998 (AC 1998/4110).
- Segovia, 28 de febrero de 1998 (AC 1998/4108).
- Almería, 25 de abril de 1998 (AC 1998/916).
- Palencia, 19 de junio de 1998 (ARP 1998/3032).
- Albacete, 20 de mayo de 1999 (AC 1999/6193).
- León, 6 de abril de 1999 (ARP 1999/1504).
- Murcia, 9 de noviembre de 1999 (JUR 2000/76844).
- La Rioja, 10 de mayo de 2000 (AC 2000/2397).
- Santa Cruz de Tenerife, 20 de mayo de 2000 (JUR 2000/223481).
- Castellón, 10 de abril de 2001 (AC 2001/1182).
- Zaragoza, 21 de enero de 2002 (AC 2002/191).
- Madrid, 14 de mayo de 2002 (JUR 2003/47027).
- Cantabria, 7 de noviembre de 2002 (AC 2002/2219).
- Barcelona, 23 de noviembre de 2005 (JUR 2006/48924).
- Vizcaya, 25 de mayo de 2007 (JUR 2007/349909).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO:

- 17 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9870).
- 20 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8451).
- 7 de enero de 2005 (RJ 2005/1181).
- 23 de febrero de 2005 (RJ 2005/1575).

Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad¹

SILVIA GASPAR LERA

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de una de las manifestaciones de la progresiva ampliación del ámbito de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia. Se trata de los denominados pactos prematrimoniales o pactos prenupciales en cuya virtud quienes van a contraer matrimonio, y con vistas a su celebración, deciden cómo deben desenvolverse sus relaciones personales o las consecuencias de su eventual ruptura. De lo que aquí se trata es de determinar en este ámbito los límites a la autonomía de la voluntad de los otorgantes y de poner de relieve la necesidad de garantizar adecuadamente la libre emisión de su consentimiento.

PALABRAS CLAVE

Matrimonio. Autonomía de la voluntad. Acuerdo prematrimonial. Acuerdo prenupcial. Nulidad. Ineficacia.

¹ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Validez y eficacia de normas y actos jurídicos» (DER2008-01669/JURI), del que es investigador principal el Dr. Jesús Delgado Echeverría.

ABSTRACT

As a statement of contractual freedom in the field of Family Law it's becoming more common for persons contemplating marriage to seek to resolve by agreements certain issues presented by the forthcoming marriage and the consequences of an eventual marriage breakdown. The aim of the present work is to go deep into these premarital agreements between prospective spouses and to set forth the conditions under which they are void and the circumstances under which is provided parties executed the agreement voluntarily.

KEY WORDS

Marriage. Contractual freedom. Prenuptial agreement. Premarital agreement. Void contract. Ineffectiveness.

SUMARIO: 1. *Sobre la progresiva ampliación del ámbito de autonomía de la voluntad en el Derecho de familia.* 2. *Régimen jurídico de los acuerdos prematrimoniales.* 3. *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad.* 3.1. *Preliminares.* 3.2. *Acuerdos sobre relaciones personales entre los cónyuges.* 3.2.1. *Acuerdos sobre los deberes conyugales.* 3.2.2. *Acuerdos sobre indemnización por incumplimiento de los deberes conyugales.* 3.3. *Acuerdos sobre el hecho de la ruptura del matrimonio.* 3.3.1. *Acuerdos sobre causas de separación o divorcio.* 3.3.2. *Acuerdos sobre indemnización por ruptura del matrimonio.* 3.4. *Acuerdos sobre los efectos de la eventual ruptura del matrimonio.* 3.4.1. *Los acuerdos prematrimoniales como convenio regulador.* 3.4.2. *Renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico.* A. *Consideraciones iniciales.* B. *Presupuestos de validez y eficacia de la renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico.* 3.4.3. *Renuncia anticipada a la compensación por el trabajo para la casa.* 4. *La relevancia del proceso de formación del acuerdo prematrimonial: elementos de apreciación de la libertad de consentimiento.* 5. *La forma de los pactos prematrimoniales.* 5.1. *La escritura pública como garantía de validez de los acuerdos prematrimoniales.* 5.2. *Capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura.*

1. SOBRE LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO DE FAMILIA

La evolución del Derecho de familia en España a lo largo de las tres últimas décadas se ha caracterizado por el reconocimiento de un

ámbito de actuación, cada vez mayor, de la autonomía de la voluntad. Esta evolución se ha materializado en la aprobación de sucesivas disposiciones legales que han ido reforzando el poder de decisión de los cónyuges sobre los efectos derivados de la celebración y extinción de su matrimonio. En este sentido, siquiera sea sucintamente, cabe referirse hasta el momento: a la Ley 14/1975, de 2 de mayo, que esencialmente eliminó las limitaciones de la capacidad de obrar de la mujer casada; a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que consagró el principio de libertad de los cónyuges para celebrar entre sí todas clase de actos y negocios jurídicos; a la Ley 30/1981, de 7 de julio, que introdujo la figura del convenio regulador, permitiendo a los consortes determinar de mutuo acuerdo los efectos de su ruptura; y a la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha ampliado el ámbito de autonomía de los casados en orden a poner fin a su convivencia –reconociéndoles la facultad de solicitar la disolución del matrimonio sin más trabas que el transcurso de tres meses desde su celebración– y a determinar los efectos de la ruptura².

La autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de familia se ha venido ejerciendo, principalmente, a través de los siguientes instrumentos: las capitulaciones matrimoniales, para estipular, modificar o sustituir los otorgantes el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo (art. 1325 CC.); el convenio regulador homologado judicialmente –que se integra en la sentencia de separación o divorcio–, por el que los cónyuges determinan, una vez sobrevinida la crisis, los efectos de su ruptura (art. 90 CC.); y los pactos privados de la sepa-

² Es ilustrativa de la progresiva ampliación del ámbito de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia, la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se expresa lo siguiente: «La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad.– En coherencia con esta razón, el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta Ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial.– Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge». Y sobre la autonomía de la voluntad en la determinación de las medidas que han de regular los efectos de la ruptura, también son ilustrativas las consideraciones contenidas en la referida Exposición de Motivos: «La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas».

ración de hecho, a los que una consolidada jurisprudencia atribuye la eficacia vinculante propia de los contratos³.

En el momento presente, a los anteriores negocios jurídicos de familia hay que añadir los acuerdos celebrados por una pareja antes de contraer matrimonio con la finalidad de concretar las consecuencias de una futura y eventual ruptura, incluso con el objeto de adaptar la relación personal de los cónyuges, constante la convivencia, a sus particulares convicciones y circunstancias. Se trata de los que cabe denominar acuerdos prematrimoniales o prenupciales, carentes de tradición en el Derecho español, que se han ido introduciendo paulatinamente en nuestro ordenamiento por la vía convencional⁴.

Esa falta de tradición de los acuerdos mencionados se traduce en la ausencia de un régimen jurídico específico –como se verá más adelante únicamente algunas legislaciones autonómicas los

³ A partir de la sentencia de 22 de abril de 1997 (RJ 1997/3251), el Tribunal Supremo ha reconocido la validez y eficacia de los contratos celebrados entre cónyuges en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial no aprobados judicialmente. La validez de estos acuerdos, calificados por la jurisprudencia como auténticos negocios jurídicos de Derecho de familia, viene determinada por la concurrencia de los requisitos estructurales establecidos con carácter general en sede de contratos (art. 1261 CC.) y por el cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley *ad solemnitatem* o *ad substantiam* para determinados actos de disposición; se trata de acuerdos que constituyen, en suma, una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de la relaciones privadas que no está condicionada en cuanto a su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial. Entre otras muchas, a este respecto, *vid.* las SSTs de 15 de febrero 2002 (RJ 2002/1619), 3 de febrero de 2006 (RJ 2006/622), y 17 de octubre de 2007 (RJ 2007/7307).

⁴ Es en EE.UU. donde existe mayor tradición en materia de acuerdos prematrimoniales, que después de haber sido cuestionados durante largo tiempo por los tribunales, han sido objeto de regulación específica en la *Uniform Premarital Agreement Act* de 1983, en la que ocupan un lugar destacado las medidas destinadas a garantizar el libre consentimiento de los otorgantes (para un examen de los precedentes jurisprudenciales sobre la materia y del estado actual de la cuestión, *cfr.* ANGUITA VILLANUEVA, L. A., «Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos a la realidad española», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 278 a 300). Por lo que se refiere a Europa, el legislador alemán se ha limitado a reconocer en el §1408 BGB la posibilidad de renunciar a la compensación por desequilibrio económico mediante pacto expreso incluido en capitulaciones matrimoniales (sobre la admisibilidad de los pactos prenupciales en el Derecho alemán, su utilidad y la preocupación creciente en la práctica por determinar los límites a la autonomía de la voluntad, *cfr.* NARDONE, A., «Autonomia privata e controllo del giudice sulla disciplina convenzionale delle conseguenze del divorzio [a proposito della sentenza della Corte Suprema Federale tedesca dell'11 febbraio 2004]», en *Familia. Rivista di Diritto della Famiglia e delle Successioni in Europa*, 1, 2005, pp. 133 a 154 y JENS-UWE FRANCK, L. M., «So hedge therefore, who join forever: understanding the interrelation of no-fault divorce and premarital contracts», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2009, vol. 23, Issue 3, pp. 235 a 276). En Italia no se admite la renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico, al prohibir el art. 160 del *Codice civile* la derogación de los derechos previstos por la ley, mas la doctrina se ha pronunciado a favor de la admisibilidad en general de los acuerdos prematrimoniales para la regulación de otros extremos (en este sentido, proponiendo para este tipo de acuerdos un régimen jurídico *ad hoc* por estimar insuficientes las reglas aplicables a los contratos, *cfr.* BARGELLI, E., «L'autonomia privata nella famiglia legittima: el caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio», en *Rivista Critica del Diritto Privato*, n.º 2-3, 2001, p. 324).

han reconocido, con diferente alcance, de forma expresa— y en una escasa jurisprudencia al respecto. La doctrina, sin embargo, se ha ocupado con cierto interés de la materia, mostrándose favorable a este tipo de negocios. En este sentido no sólo se afirma con carácter general su validez y eficacia sino que se ha puesto de relieve la ventaja que supone para los cónyuges poder corregir convencional y anticipadamente resultados injustos o no queridos, que en defecto de consenso —difícil de alcanzar cuando se produce la ruptura— vendrían determinados por la ley⁵.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES

Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial tuvieron reflejo legal por vez primera en la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña, cuyo artículo 15 establecía lo siguiente: «En los capítulos matrimoniales puede determinarse el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial»⁶. Más completa y precisa resulta la vigente regulación al respecto contenida en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Cód-

⁵ Es verdad que plantear antes incluso de contraer matrimonio las consecuencias que habrán de seguirse de la ruptura parece poco alentador en relación con las expectativas que se pueden tener depositadas en la propia unión conyugal, pudiendo quedar en entredicho el grado de compromiso que se pretende adquirir. Pero ello no resulta determinante en orden a la cuestión relativa a la validez y eficacia de este tipo de acuerdos; antes bien, como se expone en el texto, la doctrina ha puesto de relieve su utilidad, señaladamente en los casos de personas que han soportado las consecuencias negativas de un matrimonio anterior, en los supuestos de familias reconstituidas y también cuando las fortunas de los cónyuges son muy desiguales (sobre la admisibilidad de los pactos prenupciales en previsión de una crisis matrimonial, cfr: GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LVI, 2003.II, pp. 1657 y 1658; PASTOR VITA, F. J., «La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 19, 2003, pp. 26 y 27; GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)», en *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 81, julio de 2008, p. 10; PÉREZ HEREZA, J., «La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, tomo XLVIII, 2008, pp. 597; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 80 y 81).

⁶ En relación con la cuestión que nos ocupa es significativo el incremento exponencial del número de capitulaciones matrimoniales en Cataluña —donde, como es sabido, el régimen económico legal es el de separación de bienes—, coincidiendo con la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña, que reconoció expresamente la posibilidad de prever en dicho instrumento las consecuencias de una crisis matrimonial (art. 15.1). Se ha apuntado que muy probablemente ese aumento de capítulos esté vinculado, entre otras razones, a las crisis conyugales aunque mayoritariamente todavía sigan contemplándose *ex post* y no *ex ante* (cfr. LAMARCA MARQUÉS, A., FARNÓS AMORÓS, E., AZAGRA MALO, A. y ARTEGOT GOLABARDES, M., «Separación de bienes y autonomía privada familiar: ¿Un modelo pacífico sujeto a cambio?», en *Revista InDret*, 4/2003, p. 12).

go Civil de Cataluña, cuyo artículo 231-20, además de admitir expresamente los pactos en previsión de una ruptura, establece los específicos requisitos determinantes de su validez y eficacia⁷.

Por su parte, el legislador valenciano se ha limitado a reconocer en el artículo 25 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial de Valencia, la posibilidad de los cónyuges de establecer pactos prematrimoniales, sin más límites que lo que determina dicha disposición legal, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio⁸.

Por cuanto se refiere al Derecho civil común, la falta de referencia expresa en el Código a este tipo de negocios familiares no significa que no quepan en él. Antes bien, los pactos suscritos para regular los efectos de la celebración del matrimonio y de su eventual y futura ruptura encuentran fundamento en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC.) y de la plena libertad de los cónyuges para contratar entre sí (art. 1323 CC.), así como para adoptar cualquier estipulación por razón de su matrimonio (art. 1325 CC.). Son de aplicación en esta sede –como sucede con los demás negocios familiares– las normas generales de los contratos, de modo que si se admite su validez por no ser contrarios a la ley, a la moral ni al orden público (art. 1255 CC.), sólo podrán invalidarse por falta de capacidad o vicios del consentimiento (arts. 1261 y 1300 CC.) o, en

⁷ El artículo 231.20 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, dispone lo siguiente: «*Pactos en previsión de una ruptura matrimonial.*— 1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenuptiales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio.— 2. El notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4.— 3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia.— 4. El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto.— 5. Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron».

⁸ En el artículo 25 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, se establece lo siguiente: «En la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta Ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio».

su caso, por defecto de forma (art. 1279 CC.). Y siendo acuerdos válidos, su ineficacia podrá justificarse por aplicación de la doctrina de la alteración sobrevenida de las bases objetivas del convenio suscrito entre los cónyuges (*rebus sic stantibus*).

Lo cierto es que los negocios jurídicos de familia, y en particular los que son aquí objeto de consideración, presentan unas características propias –por razón de los sujetos, finalidad, contenido y momento de celebración– que exigen un examen más estricto de su validez y eficacia. Precisamente lo que se pretende en el presente trabajo es profundizar en los presupuestos de validez y eficacia de los acuerdos prematrimoniales, para lo que se adoptará el siguiente modo de proceder: inicialmente, se analizarán los límites a la autonomía de voluntad de los cónyuges en este ámbito; posteriormente, se abordará el modo de garantizar su libertad de autodeterminación; para por último, abordar la cuestión de la forma del acuerdo alcanzado.

3. ACUERDOS PREMATRIMONIALES SOBRE RELACIONES PERSONALES ENTRE CÓNYUGES Y SU RUPTURA: LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

3.1 Preliminares

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de los acuerdos en cuya virtud los otorgantes, antes de contraer matrimonio y con vistas a su celebración, determinan convencionalmente ciertos aspectos como el modo en que se desenvolverán sus relaciones personales o las consecuencias de su eventual ruptura. En orden a concretar los límites a la autonomía de la voluntad de las partes sistematizaré los acuerdos a considerar –asumiendo que dada la gran variedad de contenidos posibles hay que desestimar de antemano cualquier pretensión de exhaustividad– en los tres grupos siguientes:

En primer lugar, me referiré a aquéllos que tienen por objeto los derechos y deberes conyugales, en particular: los que persiguen configurar el contenido personal del estado de casado y los que consisten en el establecimiento de una indemnización por su incumplimiento.

En segundo lugar, me ocuparé de los pactos atinentes al hecho mismo de la ruptura, en concreto: los que suponen el establecimiento de causas específicas para poner fin al matrimonio y los que comportan una sanción a cargo del cónyuge que insta la separación o el divorcio.

Y en tercer lugar, me detendré en los acuerdos sobre fijación preventiva de las medidas a adoptar en caso de separación o divorcio; señaladamente los relativos a la renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico y a la compensación por el trabajo dedicado a la casa.

3.2 Acuerdos sobre relaciones personales entre los cónyuges

3.2.1 ACUERDOS SOBRE LOS DEBERES CONYUGALES

Como es sabido, el Código civil establece que son deberes de los cónyuges respetarse, ayudarse mutuamente, actuar en interés de la familia (art. 67), vivir juntos, prestarse fidelidad, socorrerse mutuamente y compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo (art. 68)⁹. Desde el punto de vista que aquí interesa, los deberes mencionados constituyen junto con el principio de igualdad de los cónyuges (art. 32 CE. y art. 66 CC.) el contenido nuclear de la relación matrimonial; y en cuanto efectos típicos y esenciales del matrimonio resultan independientes de la voluntad de aquéllos de asumirlos en todo o en parte¹⁰.

Conviene poner de relieve que la indisponibilidad de los deberes conyugales se ha visto afectada por la reforma del Código civil llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha supuesto

⁹ El deber de los cónyuges de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes, descendientes y otras personas dependientes a su cargo fue introducido en el Código civil, con poca fortuna, por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Llama la atención la adición en el artículo 68 de este nuevo deber –que en realidad puede entenderse implícito en el de ayuda y socorro–. Como ha puesto de relieve la mayoría de la doctrina, parece que el legislador ha tratado de dejar claro que esas tareas incumben a ambos consortes, pero no hay inconveniente en que las dividan entre ellos válidamente como estimen más oportuno. Sobre las cuestiones que suscita el nuevo inciso del artículo 68 del Código civil, cfr: GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Comentarios a la reforma de separación y divorcio (Ley 15/2005, de 8 de julio)*, dir. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., Valladolid, Lex Nova, 2005, p. 29; ROGEL VIDE, C., «Buenos y malos tratos, los deberes de los cónyuges en la esfera personal» *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2005, p. 571; CARRIÓN OLMOS, S., «Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia de 2005*, coord. DE VERDA BEAMONTE, J. R., *Cizur Menor*, Aranzadi, 2006, p. 180; DE VERDA BEAMONTE, J. R., «Responsabilidad civil y divorcio en el Derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», en *Diario La Ley* (www.diaristolaley.es), núm. 6676, marzo de 2007; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil IV, Familia*, tercera edición revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, J., Madrid, Dykinson, 2008, pp. 66 y 68; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Curso de Derecho civil (IV), Derecho de familia*, segunda edición, 2008, Madrid, Colex, pp. 150 y 151; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 133 nota 32 y pp. 242 y 243.

¹⁰ En este sentido, cfr. LETE DEL RÍO, J. M., «Artículo 66 del Código civil», *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil*, coord. LACRUZ BERDEJO, J. L., segunda edición, Madrid, Civitas, 1994, p. 638.

una reducción del ámbito de eficacia jurídica del contenido del matrimonio¹¹. Ello no obstante, es posible seguir afirmando que su celebración comporta unas limitaciones personales que están determinadas legalmente y que asume el que se casa en virtud de un compromiso que tiene reconocimiento en la Constitución. De ahí que no puedan los cónyuges, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, eliminar de manera radical alguno de aquellos derechos o deberes que constituyen el contenido esencial del matrimonio¹². Un acuerdo prenupcial en este sentido –piénsese en la exclusión del deber de fidelidad autorizándose recíprocamente los cónyuges al mantenimiento de relaciones sexuales con otras personas o en la decisión de no vivir juntos en absoluto sin justa causa– provocaría la inexistencia de consentimiento matrimonial, debiéndose tener por no puesto en caso de haberse suscrito con posterioridad a la celebración del matrimonio (art. 45 CC.)¹³.

¹¹ En la vigente regulación del matrimonio, los deberes conyugales carecen prácticamente de relevancia jurídica, con la única excepción del deber de socorro en su dimensión patrimonial, ya que su incumplimiento no provoca casi ninguna consecuencia jurídica: ni se conceden mecanismos de reacción al cónyuge cumplidor, ni el incumplidor afronta sanción jurídica relevante como consecuencia de su incumplimiento.

¹² Aunque la continuidad del matrimonio y la subsistencia de los deberes conyugales depende de la voluntad de cualquiera de los cónyuges –pues basta para ello solicitar el divorcio en cualquier momento y sin necesidad de alegar causa alguna–, en todo caso es preciso dejar de ser cónyuges para que los deberes conyugales desaparezcan [cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «El nuevo matrimonio civil», en *Novedades legislativas en materia matrimonial* (Estudios de Derecho Judicial) núm. 130], Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 29 a 31 y en *Curso de Derecho civil (IV)*, cit., pp. 141 a 151; también LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil IV*, cit., p. 66 a 69 que afirma que la materia de la convivencia parece del todo indisponible, que pese al cambio de orientación sobre el entendimiento de la vida íntima persiste en el deber mismo de fidelidad y que cualquier incumbencia doméstica o familiar es responsabilidad de ambos cónyuges].

¹³ En el sentido de lo expuesto en el texto se ha pronunciado la mayoría de la doctrina, afirmando que el pacto prenupcial por el que se excluye de manera radical alguno de los derechos o deberes conyugales provoca la nulidad del matrimonio por inexistencia de consentimiento; cfr. GETE ALONSO Y CALERA, M.^a C., «Artículo 67 del Código civil», en *Comentario del Código civil*, tomo I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, p. 318; LACRUZ BERDEJO, J. L., «Artículo 68 del Código civil» (revisado para la segunda edición por RAMS ALBESA, J. y DELGADO ECHEVERRÍA, J., en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil* (coord. LACRUZ BERDEJO, J. L., segunda edición, Madrid, Civitas, 1994, pp. 651 a 664; MEDINA DE LEMUS, M., «Artículos 66 a 72 del Código civil», en *Comentarios al Código civil* (coord. RAMS ALBESA, J.), tomo II, vol. 1.º, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 649 y 650; PÉREZ VALLEJO, A. M.^a, *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*, Granada, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, 2000, p. 179; GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)», en *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 82, septiembre de 2008, p. 2; y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Novedades...», cit., p. 30. Con posterioridad a la reforma del Código civil operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, DE PABLO CONTRERAS se ha pronunciado en otro sentido, estimando que la condición, el término o el modo que se refieren a la disciplina del matrimonio ya no obstaculizan el nacimiento del vínculo y se tendrán simplemente por no puestas; ello porque, según explica el citado autor, tras la admisión del divorcio unilateral y sin expresión de causa no existe razón alguna para conceptualizar los deberes relacionados en los artículos 67 y 68 CC. como obligaciones jurídicas por carecer su incumplimiento de sanción alguna, de modo que no pueden servir para integrar el

Otra consideración merecen, sin embargo, los acuerdos que se limitan a concretar o modular alguno de esos derechos o deberes, pues si esa modulación no afecta a su contenido esencial —es decir, sigue siendo reconocible como tal deber— no cabe hablar de nulidad del matrimonio o de acuerdo no puesto. Ahora bien, es preciso poner de relieve que aquellos hechos que sólo se manifiestan en las relaciones íntimas de los cónyuges no pueden ser materia de convenio con eficacia jurídica y, por tanto, no cabe atribuir consecuencias a su infracción¹⁴. En cuestiones puramente personales resulta vedado al juez el conocimiento del conflicto, que debe resolverlo la pareja.

3.2.2 ACUERDOS SOBRE INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES

En la vigente regulación del matrimonio los deberes conyugales, con la única excepción del deber de socorro en su vertiente patrimonial, carecen prácticamente de relevancia jurídica, ya que su incumplimiento no se vincula a la posibilidad de solicitar la separación o divorcio por parte del cónyuge cumplidor ni tiene como consecuencia la posibilidad de que el cumplidor reclame una indemnización por daños y perjuicios, básicamente morales, derivados del mero incumplimiento del deber de que se trate¹⁵.

carácter matrimonial del consentimiento (cfr. DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho civil [IV], Derecho de familia*, coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., segunda edición, Madrid, Colex, 2008, pp. 122 y 123).

¹⁴ Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., «Artículo 68 del Código civil», cit., p. 656.

¹⁵ En la jurisprudencia española el Tribunal Supremo ha negado el resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales en dos conocidas sentencias, relacionadas ambas con la vulneración del deber de fidelidad con la consecuencia del nacimiento de hijos extramatrimoniales. Se trata de las sentencias de 22 de julio de 1999 (RJ 1999/5721) y de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/5726). En la primera de ellas no se considera procedente la indemnización solicitada por el marido ofendido, al no apreciarse una conducta dolosa de la mujer en torno a la ocultación de la paternidad biológica del menor. Y en la sentencia de 30 de julio, el Tribunal rehúsa la aplicación de los preceptos que regulan la responsabilidad por incumplimiento contractual, y aun reconociendo la existencia de una conducta dolosa por parte de la mujer, afirma que por más que se estimen como contractuales los deberes conyugales en razón de la propia naturaleza del matrimonio, el daño moral generado por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia conyugal obligaría a indemnizar. La ausencia de una doctrina jurisprudencial clara en esta materia —consecuencias del incumplimiento de los deberes conyugales— ha propiciado que las Audiencias se hayan pronunciado sobre la cuestión con criterios diversos. Así, en la SAP de Segovia de 30 de septiembre de 2003 (JUR 2003/244422), en relación con la solicitud de una indemnización por parte de la esposa alegando el sufrimiento que le había causado su marido al abandonar el domicilio conyugal, se afirma que los deberes de ayuda y socorro, comprensivos no sólo de lo que materialmente puede entenderse como alimentación sino de otros cuidados de orden ético y afectivo, son deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna. Y con referencia al deber de fidelidad, existen pronunciamientos en los que se adopta una línea más abierta que la del Tribunal Supremo, al considerar que si bien la infidelidad no es indemnizable, sí lo es la negligencia en la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultación al cón-

Sin embargo, no parece que deba negarse al cónyuge ofendido el derecho a obtener una indemnización cuando pueda acreditar la existencia de un daño moral autónomo y separable de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto a sus reglas, como el causado a su integridad física o psíquica, dignidad, libertad o intimidad¹⁶. En cualquier caso, es evidente la dificultad que suscita en el Derecho español la distinción de las conductas de los cónyuges que dan lugar a daños compensables de las que constituyen violaciones de la relación conyugal no resarcibles.

Precisamente, un acuerdo prenupcial consistente en fijar una indemnización a cargo del cónyuge incumplidor de los deberes incoercibles que derivan del matrimonio, permitiría dar trascendencia jurídica a estos últimos, eliminando incertidumbres tanto sobre la posibilidad de obtener resarcimiento como sobre su determinación. Y en cuanto a su validez, no parece que quepa cuestionarla, pues a diferencia de los acuerdos de supresión de los deberes conyugales, los que ahora consideramos no comportan una alteración del contenido indisponible del matrimonio¹⁷. Los cónyuges simplemente asumen de forma voluntaria la obligación de resarcir en caso de incumplimiento de un deber de no hacer, de carácter personalísimo, configurando así, de conformidad con sus plantea-

yuge [vid. SAP Valencia de 2 noviembre de 2004 (AC 2004/1994), SAP Barcelona 16 de enero de 2007 (JUR 2007/323682) y SAP Valencia 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007/340366)]. Mas también se ha afirmado que el mero incumplimiento del deber de fidelidad cualificado por el embarazo de un tercero, atribuido falsamente por vía de pre-nunciación al marido, es hecho que por sí mismo genera responsabilidad civil, pues la incoercibilidad de los deberes conyugales no significa que la violación de los mismos no pueda generarla [SAP Cádiz 3 de abril de 2008 (JUR 2008/234675)].

¹⁶ En este sentido, cfr.: FERRER RIBA, J., «Relaciones familiares y límites al derecho de daños», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, coord. CABANILLAS SÁNCHEZ, vol. II, Madrid, Civitas, 2003, pp. 1857 y 1858; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T., «Separación y divorcio sin causa. Situación de daños personales», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 2006, pp. 145 a 162 y «Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales», en *Daños en Derecho de familia*, coord. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 165 a 168; FARNÓS AMORÓS, E., «Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad», en *Revista InDret* 10/2007, pp. 11 y 12; RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.^a, *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paternofiliales*, Cizur-Menor, Thomson-Reuters, 2009, pp. 89 y 90; LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales», en *Revista InDret* 4/2010, pp. 32 a 34; y DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español», cit., www.diariolaley.es).

¹⁷ En contra de lo afirmado en el texto, se ha manifestado que los pactos de indemnización a cargo del cónyuge incumplidor de un deber matrimonial deben considerarse nulos, pues los artículos 67 y 68 CC. son un conjunto de deberes, no de obligaciones, lo que significa que su inobservancia no es equiparable, en cuanto a los efectos, al incumplimiento contractual: no es pensable el cumplimiento forzoso o in natura o por equivalente de un deber conyugal incumplido (cfr. PINTO ANDRADE, C., *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*, Barcelona, Bosch, 2010, p. 65). Lo cierto es que frente a esta opinión cabe aducir que una cosa es que los deberes conyugales sean incoercibles y otra que su inobservancia pueda generar la obligación de resarcir a cargo del incumplidor.

mientos, convicciones y expectativas depositadas en el matrimonio, el grado de compromiso que pretenden asumir¹⁸.

3.3 Acuerdos sobre el hecho de la ruptura del matrimonio

3.3.1 ACUERDOS SOBRE CAUSAS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO

Según ha quedado expuesto, el contenido personal que conforma el núcleo central del estado civil de casado está constituido básicamente por los deberes de los cónyuges relacionados en los artículos 67 y 68 del Código civil. Mas también forma parte de ese contenido esencial la facultad que incumbe a cada cónyuge de solicitar la separación o el divorcio con los efectos que señala la ley (arts. 81 y 86 CC.).

Respecto de esta última facultad de los cónyuges, es de sobra conocido que tras la reforma del Código civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, han desaparecido las causas para solicitar judicialmente la separación y el divorcio, exigiéndose únicamente la voluntad de una de las partes y el transcurso de un plazo mínimo tras el matrimonio. Precisamente, como reacción frente a la absoluta libertad que reconoce el vigente modelo legal, podría suceder que los cónyuges acordaran restringir la facultad de poner fin a la convivencia o al matrimonio, supeditándola a la concurrencia de determinadas causas; así por ejemplo: las contempladas en los artículos 82 y 86 CC. en su redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la mencionada Ley 15/2005¹⁹.

Lo cierto es que un acuerdo con dicho contenido supondría configurar convencionalmente un sistema propio de causas de separación y/o divorcio para el matrimonio proyectado, modificando el legal existente, lo que no parece estar al alcance de la autonomía de la voluntad de las partes²⁰.

Otra cosa es que, como sucede en EE.UU., los contrayentes puedan optar entre el matrimonio sujeto a divorcio no culpable (*no*

¹⁸ En este sentido, cfr.: MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, cit., p. 92 y PAZ-ARES, I., «Previsiones capitulares», en *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y provisiones capitulares. Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 140.

¹⁹ Sostiene la validez de este tipo de pactos, sobre la base de considerar que no comportan una vulneración del orden público por cuanto no infringen ninguna norma fundamental ni suprimen el derecho a instar la separación o el divorcio, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal», en *Economist & Jurist*, 2008, pp. 19 y 20.

²⁰ En este sentido, cfr.: GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)», cit., p. 3; LÓPEZ MARCO, P., «Desistimiento unilateral en el contrato de matrimonio»; en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 37 de octubre de 2007, p. 60 y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, cit., pp. 89 a 91.

fault divorce) y el matrimonio sometido a un sistema tasado de causas de separación y divorcio (*covenant marriage*) que tiende a dificultar la ruptura y a permitirla sólo en los casos extremos de imposible convivencia matrimonial²¹. Pero este no es el caso del Derecho español, a pesar del énfasis puesto en la libertad individual de los cónyuges por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma el Código civil en materia de separación y divorcio.

Distintas consideraciones merecen, sin embargo, en cuanto a su validez, los acuerdos que tienen por objeto penalizar económicamente al cónyuge que decide poner fin a la vida en común. De ellos nos ocupamos a continuación.

3.3.2 ACUERDOS SOBRE INDEMNIZACIÓN POR RUPTURA DEL MATRIMONIO

Los acuerdos prenupciales también pueden consistir en establecer a cargo del cónyuge que insta la ruptura del matrimonio la obligación de abonar al otro una determinada cantidad. Se trata de pactos vinculados al hecho mismo de la separación o divorcio, con independencia de la existencia o no de causa, aunque luego veremos la incidencia de esta circunstancia sobre su eficacia.

En orden a un examen de la validez de este tipo de acuerdos resulta interesante partir de la SAP de Almería de 17 de febrero de 2003 (AC 2003/623), que hasta donde conozco es la única que se ha pronunciado al respecto. El marido, español, había asumido la obligación, para el caso de cese de la convivencia conyugal, de indemnizar determinada cantidad a su mujer, rusa, después de transcurrido el primer año de convivencia. Dicha cantidad se incrementaría progresivamente en función de los años de convivencia del matrimonio. Todo ello sin perjuicio de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio prevenidos en el Código civil. El marido pone fin a la convivencia y la mujer reclama entonces la correspondiente indemnización. El juez de primera instancia declara la nulidad de la estipulación por ser contraria al orden público matrimonial, las buenas costumbres, la moral y la ética social, pues supone penalizar el cese

²¹ En algunos Estados de EE UU el legislador ha regulado junto al matrimonio formalmente disoluble otro opcional (*covenant marriage* o matrimonio blindado o matrimonio-alianza) en el que los cónyuges asumen determinadas causas de ruptura y el compromiso formal de procurar superar las eventuales dificultades que pudieran amenazar la continuidad de la unión. Se trata de iniciativas legales orientadas al fortalecimiento del matrimonio –otra cosa es que efectivamente supongan una reducción del número de rupturas o de sus efectos negativos– que permiten la plasmación positiva de la libertad de los cónyuges de comprometerse (cfr. NAVARRO VALLS, R., «El matrimonio institucional en dos recientes leyes estadounidenses», en *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp. 764 a 770; CAÑIVANO SALVADOR, M. A., «El *covenant marriage* como alternativa a las *no-fault divorce laws*: una reflexión sobre la permanencia del vínculo matrimonial», en *Revista de Derecho Privado*, 2002, núm. 86, pp. 166 a 182).

de la convivencia conyugal, no siendo admisible que se pague por ésta. La Audiencia ratifica el pronunciamiento de instancia en lo relativo a la nulidad del acuerdo, mas afirmando lo siguiente:

«... de admitirse la validez de la estipulación se estarían autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho de separación matrimonial reconocido implícitamente en el artículo 32.2 de nuestra Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de los derechos de los cónyuges y los colocaría a uno de ellos en desigualdad no sólo con respecto al otro en el ámbito del matrimonio sino en general con los demás al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial [...] Por otra parte la nulidad de la cláusula alcanza a los casos en que no se instase judicialmente la separación, pues se prevé su operatividad para los casos de simple cese de la convivencia. La razón de ello estaría en la falta de igualdad de los cónyuges que ocasiona aquélla y que sería contraria al artículo 32.1 de la Constitución que consagra el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Esta igualdad se perdería desde el momento en que la convivencia conyugal se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal que con el transcurso del tiempo puede hacer muy gravoso o de casi imposible cumplimiento el abono de la indemnización contractual.»

Pese a lo que se afirma en la sentencia de referencia, creo que el establecimiento de una pena convencional por la ruptura del matrimonio no supone la introducción de un elemento de racionalización en un derecho que se configura legalmente en términos de libertad ni comporta una limitación a su ejercicio²². La clave sobre la invalidez de un acuerdo prematrimonial del tipo que nos ocupa se encuentra en otros razonamientos que aparecen apuntados en la propia sentencia de referencia; a saber:

a) De un lado, en la imposibilidad del cónyuge que quiere separarse o divorciarse de asumir la pena establecida convencio-

²² La doctrina no es unánime. Sostiene PÉREZ HERESA, que los acuerdos que vinculan la indemnización al solo hecho de la ruptura son contrarios a la moral, pues el ordenamiento jurídico establece derechos que nacen con ocasión de la crisis matrimonial cuyo fundamento es variable pero que en general se inspiran en la necesidad de reparar el perjuicio causado por la ruptura; si estamos en un caso en que no concurren los presupuestos para el nacimiento de estos derechos, acordar la indemnización a cargo de un cónyuge supone, según el citado autor, «convertir al matrimonio en un mecanismo para prosperar económicamente» (PÉREZ HERESA, J., «La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales», cit., pp. 589 y 590). En sentido diverso, afirmando la validez de los acuerdos que consideramos, se ha pronunciado GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Los pactos prematrimoniales...», cit., p. 1670, en cuya opinión: «... la consideración de que la pena convencional pactada limita el implícito derecho constitucional a separarse del obligado a su pago, olvida que la declaración de nulidad de la cláusula puede impedir el, éste sí, derecho constitucional expreso a contraer matrimonio de quienes deseen hacerlo con acuerdos como el descrito; y de otra parte, debe tenerse en cuenta que el esposo obligado tendrá tanto menos que pagar cuanto antes se separe, lo cual, al contrario de lo que afirma la Audiencia, más que impedir, induce a la separación».

nalmente a cargo del que ejercita dicha facultad; ello por cuanto la fijación de una cantidad exorbitante en dicho concepto supondría privarle *de facto* de su derecho a poner fin al matrimonio.

b) De otro lado, en la vulneración del principio de igualdad de los cónyuges en lo que se refiere al ejercicio de la facultad de instar la separación o divorcio; ello en el sentido de no poder resultar más gravoso para uno que para el otro. Conviene poner de relieve que en este punto el principio de igualdad no significa que la cantidad a abonar para el caso de ruptura tenga que ser idéntica para ambos cónyuges, ni siquiera que deba imponerse a los dos la cláusula penal en cuestión. Antes bien, si la situación económica de los consortes fuera diversa, el principio de igualdad no impide que la cuantía sea diferente para cada uno o que, incluso, sólo uno de ellos hubiera de asumir la obligación de abonar al otro por la ruptura del matrimonio²³.

Para terminar el examen de este tipo de acuerdos, quisiera hacer una observación acerca de la incidencia que en orden a su eficacia puede tener el incumplimiento de los deberes conyugales. Y es que podría suceder que uno de los cónyuges quisiera instar la separación o divorcio en razón del incumplimiento por parte del otro de los deberes conyugales, con la paradójica consecuencia de tener que indemnizar a este último el incumplidor. Parece razonable que en estos casos, el cónyuge que pone fin al matrimonio debería poder alegar que el otro no ha observado sus deberes conyugales, a fin de eludir la pena convencional establecida para el supuesto de desistimiento. Precisamente para evitar este posible resultado injusto, sería conveniente que la eficacia del pacto se condicionara al hecho de no haber incumplido el beneficiario ningún deber conyugal propiciando con ello la ruptura.

3.4 Acuerdos sobre los efectos de la eventual ruptura del matrimonio

3.4.1 LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES COMO CONVENIO REGULADOR

Los acuerdos prematrimoniales en previsión de una separación o divorcio pueden servir, en su caso, como convenio regulador que se presentará como tal, para su aprobación judicial, en el proceso matrimonial. Y es que por el hecho de haberse celebrado antes de

²³ En el caso de diferencias patrimoniales entre cónyuges, una misma pena convencional por ruptura podría suponer un gran esfuerzo económico para uno y, sin embargo, no ser demasiado gravosa para el otro, lo que supondría una vulneración del principio de igualdad, pudiendo propiciar abusos de uno frente a otro (cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales...*, cit., pp. 94 y 95).

la crisis no dejan de ser «acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio» (art. 90, párrafo segundo, CC.). Por esta misma razón parece que lo acordado debe quedar sujeto al régimen establecido para el convenio regulador; esto es: los pactos de que se trate precisarán aprobación judicial, que procederá «salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges» (art. 90, párr. segundo, CC.).

Con fundamento en lo anterior, los cónyuges pueden determinar preventivamente, al margen de las tensiones que caracterizan la crisis matrimonial, y con vistas a ésta, el contenido del convenio regulador, pactando una solución anticipada, entre otros, sobre los siguientes extremos²⁴: atribución de la vivienda familiar, reglas de liquidación del régimen económico matrimonial, compensación por desequilibrio o el modo de ejercicio de la patria potestad de los hijos comunes y la guarda y custodia de éstos²⁵.

En todo caso, llegado el momento de cumplir el pacto prematrimonial, el juez deberá comprobar que la estipulación de que se trata es válida y eficaz. Y aunque la doctrina no es unánime en cuanto al proceso en que debe ventilarse la cuestión relativa a la nulidad o ineficacia del acuerdo, se advierte en la práctica de los

²⁴ Conviene poner de relieve que los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura también pueden hacerse valer por los cónyuges en los casos en que el proceso no sea consensual, acumulándolos a la demanda de separación y divorcio. A este respecto, el artículo 233-5.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña establece lo siguiente: «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con el artículo 231-20 y los adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador vinculan a los cónyuges. La acción para exigir el cumplimiento de estos pactos puede acumularse a la de nulidad, separación o divorcio y puede solicitarse que se incorporen a la sentencia. También puede solicitarse que se incorporen al procedimiento sobre medidas provisionales para que sean recogidos por la resolución judicial, si procede».

²⁵ Aunque se ha afirmado que el pacto prematrimonial no puede ir más allá de la facultad de los padres de decidir y tomar acuerdos de aplicación inmediata sobre sus hijos (cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, cit., p. 112), también se ha defendido con carácter general la utilidad de los acuerdos prematrimoniales sobre los hijos —a reserva de que el juez no los considere contrarios al *favor filii*—, señaladamente en el caso de matrimonios interraciales o con elemento extranjero o cuando pertenecen a ámbitos culturales muy diferenciados; ello con el fin de determinar anticipadamente, por ejemplo, el tipo de educación escolar, religiosa o laica, que han de recibir los menores, si han de ser educados en los valores de una religión u otra o si acudirán a centros de enseñanza públicos o privados (cfr. ROCA TRÍAS, E., «Artículo 92 del Código civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, p. 579; REBOLLEDO VARELA, A. L., «Pactos en previsión de la ruptura matrimonial», en *Libro homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. I, Aranzadi, 2008, p. 746 y GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «Acuerdos... [II]», cit., pp. 6 y 7). Así pues, parece que también cabe admitir los pactos de los cónyuges en previsión de ruptura relativos a las medidas a adoptar respecto de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos. A este respecto es muy explícito el legislador valenciano, que en el artículo 25 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial, incluye la posibilidad de que la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales contenga pactos sobre «los hijos ya nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo».

tribunales una inclinación a que las acciones correspondientes se interpongan en el mismo proceso matrimonial²⁶.

Tratándose de pactos inválidos, lo propio es que las partes emprendan acciones específicas; esto es: las relativas a la impugnación de los contratos por nulidad de pleno derecho (arts. 1261 y 1255 CC.) o anulabilidad (art. 1300 CC.)²⁷.

Pero el control judicial se extenderá también a la eficacia del acuerdo, debiendo pronunciarse el juez que decide la separación o el divorcio sobre la conveniencia de su contenido para los cónyuges y los hijos, si los hay, constatando que su efectiva realización no resulta incompatible con la situación personal, familiar y social de unos y otros en el momento de la ruptura²⁸. Así pues, el cambio sustancial de las circunstancias en la vida de los otorgantes entre el momento de suscripción del acuerdo y aquel en que se pide su ejecución, siendo imprevisible y no propiciado por aquéllos, podrá conducir a dejar sin efectos el acuerdo prematrimonial.

Sentado todo lo anterior, es preciso poner de relieve que desde la perspectiva que aquí interesa existe una diferencia fundamental

²⁶ En este sentido, entre la doctrina, cfr: EGEA FERNÁNDEZ, J., «Pensión compensatoria...», cit., p. 4561; PÉREZ HEREZA, J., «La autonomía de la voluntad...», cit., 596 y PINTO ANDRADE, C., *Pactos prematrimoniales...*, cit., p. 106. Sin embargo, para PASTOR VITA, F. J. sería preciso un procedimiento diverso (cfr. «La renuncia anticipada...», cit., p. 55).

²⁷ En relación con la nulidad de los acuerdos conyugales determinando los efectos de la ruptura reviste interés la SAP de A Coruña de 7 de mayo de 2002 (JUR 2002/198111), que versa sobre la estipulación de un convenio regulador en cuya virtud se atribuía la custodia de las hijas comunes del matrimonio a la madre, determinando los cónyuges que «para el caso de que la madre llegase a tener relación de pareja con otra persona, la custodia de las hijas pasaría al padre, salvo que éste también tenga relación de pareja», y añadían que «el padre también obtendrá la custodia de sus hijas en caso de que la madre traslade su residencia fuera de Santiago de Compostela o no pueda pernoctar con sus hijas en esta ciudad». El tribunal declara la nulidad de la cláusula por constituir un claro atentado contra la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad, que no se justifica en un hipotético interés de las menores, sin que pueda condicionarse de antemano la atribución de la guarda y custodia a la permanencia en Santiago sin merma del derecho a la libertad de residencia. En la misma línea, la SAP de Ciudad Real de 27 de enero de 2003 (CENDOJ ROJ SAP CR 24/2003) declara nula la cláusula del convenio regulador de la separación que impedía a la esposa, que tenía la custodia del hijo común, trasladar su domicilio fuera de la localidad de Ciudad Real durante siete años.

²⁸ Corresponde a la autoridad judicial, *ex art. 90 CC.*, comprobar que no ha habido un cambio sustancial de las circunstancias determinante de un grave perjuicio para alguno de los cónyuges o de un daño para los hijos como consecuencia de lo estipulado. A este respecto, el artículo 231-20.5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, establece lo siguiente: «Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron». Y con referencia, en concreto, a los pactos sobre la vivienda familiar, la citada disposición legal establece en el artículo 233-21.3 que: «En previsión de ruptura matrimonial, puede pactarse sobre la atribución o distribución de la vivienda y sobre las modalidades de este uso. No son eficaces los pactos que perjudiquen el interés de los hijos, ni tampoco, si no se han incorporado a un convenio regulador, los que comprometen las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso».

entre el acuerdo prematrimonial y el convenio regulador, que estriba en el hecho de que este último se celebra sobre la base de una crisis conyugal ya surgida, mientras que aquél se suscribe en previsión de que ésta llegue a suscitarse. Ello obliga a plantear, en particular, la validez y eficacia de los acuerdos que consisten en la renuncia a derechos que todavía no han nacido al tiempo de su celebración; a saber: la compensación por desequilibrio económico, que viene determinada por la sentencia de separación o divorcio, y la compensación por el trabajo dedicado a la casa, que surge con ocasión de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes.

3.4.2 RENUNCIA ANTICIPADA A LA COMPENSACIÓN POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

A. *Consideraciones iniciales*

La llamada pensión compensatoria hasta la reforma del Código civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio, es uno de los efectos de las sentencias de separación y divorcio. Configurada a partir de dicha reforma como una compensación por desequilibrio económico, que puede consistir o no en una pensión, constituye uno de los contenidos más típicos de los acuerdos prematrimoniales.

Pues bien, la cuestión relativa a los límites de la autonomía de la voluntad en relación con este tipo de acuerdos pasa por recordar que el reconocimiento de la referida prestación exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges –que ha de ser apreciada al tiempo en que acontezca 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. Como ha declarado el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de enero de 2010 (RJ 2010/417): «Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones porque el artículo 97 del Código civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de la 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».

Con estos presupuestos, cabe sostener la validez de los pactos en cuya virtud los cónyuges fijan anticipadamente los términos en que se satisfará la compensación por desequilibrio. En este sentido

debe ponerse de relieve que el legislador, según se ha expuesto, no contempla la culpa como elemento determinante del importe de la prestación, aunque se ha afirmado que el último inciso del precepto citado –*cualquier otra circunstancia relevante*– puede dar lugar a que la autoridad judicial la tome en consideración a los efectos indicados²⁹. Precisamente un acuerdo prematrimonial de los cónyuges sobre el grado de incidencia que en la cuantía de la compensación debería tener el incumplimiento de los deberes conyugales por parte del que se encuentra en peor situación económica, no solo sería válido, sino que evitaría la discrecionalidad judicial al respecto, impidiendo que la referida prestación se fijase al margen de dicha circunstancia³⁰.

Y, en principio, tampoco cabe oponer objeción alguna a los pactos de renuncia a la compensación por desequilibrio, habida cuenta que no aparece configurada como una prestación de alimentos sino, como ya se ha afirmado, para compensar la desigualdad económica entre cónyuges tras la separación o divorcio. Sobre la posibilidad de renunciar a la compensación por desequilibrio ya se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9174) con referencia a un pacto en dicho sentido incluido por los cónyuges, una vez surgida la crisis, en el convenio regulador aprobado judicialmente; en el caso enjuiciado, la licitud de la renuncia se fundamenta en el carácter dispositivo de la norma contenida en el artículo 97 CC. y en la consiguiente posibilidad de las partes de no hacer valer el derecho subjetivo que en ella se contiene³¹.

²⁹ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 97.2 CC., a falta de acuerdo de los cónyuges, el juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges –en tanto que va a compensar determinados desequilibrios–, e incluso, su situación anterior al matrimonio, así como cualquier otra circunstancia relevante. Ello sentado, sobre la posibilidad del juego de la culpa del cónyuge con derecho a la compensación como factor determinante no de ésta sino de su cuantía, considerando que ello permitirá en ocasiones la obtención de resultados más justos, cfr: REQUERO IBÁÑEZ, J. L., «Reformas del Código civil al servicio de una empresa ideológica», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655 y GUILARTE GUTIERREZ, V., «Comentarios al nuevo artículo 81 del Código civil», en *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio*, Valladolid, Lex Nova, 2005, pp. 50 y 51.

³⁰ Cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, cit., pp. 140 y 141.

³¹ En la sentencia de referencia, el Tribunal Supremo declara: «... si, pues, la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil (desequilibrio en relación con la posición del otro, empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio), es 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 y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva, todo ello con independencia de la facultad de pedir

También se ha pronunciado la jurisprudencia sobre la licitud de la renuncia efectuada, una vez surgida la crisis, en la esfera privada, es decir, al margen del convenio regulador aprobado judicialmente. Esta cuestión fue abordada en profundidad por la Resolución de la DGRN de 10 noviembre de 1995 (RJ 1995/8086) en la que se dejó claro que los referidos acuerdos tienen el valor de un contrato, resultando en esa medida vinculantes para las partes, aunque carezcan de la eficacia procesal propia del convenio homologado judicialmente³². Con posterioridad, son numerosos los casos en que los tribunales han tenido ocasión pronunciarse en el mismo sentido. A este respecto cabe citar la STS de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002/1619) en la que se enjuicia la validez y eficacia de un convenio que los cónyuges separados de hecho habían celebrado, no para su presentación ante la autoridad judicial sino para regular las cuestiones económicas a raíz de la crisis surgida; el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia, que había reconocido la validez y eficacia jurídica del referido convenio como negocio extrajudicial³³.

alimentos, si se cumplen los requisitos legales, como derecho concurrente [...] Hay, pues, un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al arbitrio de la parte, que puede hacerlo valer o no, sin que deba intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos; se pretende sólo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio».

³² La Resolución de la DGRN fundamenta la validez de la renuncia a la compensación por desequilibrio económico en los siguientes argumentos: 1) el amplio margen con que se admite la contratación entre cónyuges (art. 1323 CC.); 2) el contenido del pacto exclusivamente patrimonial y concertado entre personas plenamente capaces (art. 322 CC.); 3) la regla general de renunciabilidad de los derechos, siempre que no se contrarie el interés o el orden público o se perjudique a terceros (art. 6 CC.); 4) la plena autonomía funcional y conceptual de la pensión compensatoria respecto del derecho de alimentos (aunque a veces los engloba) fundada exclusivamente en el desequilibrio económico determinante del empeoramiento de uno de los cónyuges; 5) la facultad de los cónyuges de decidir sobre las consecuencias exclusivamente patrimoniales de la declaración judicial de separación o divorcio; 6) el principio de rogación que rige esta materia; 7) que de acuerdo con el artículo 90 CC., literalmente, debería exigirse también la aprobación judicial para la eficacia de la liquidación del régimen económico matrimonial pactada durante la tramitación de la separación o divorcio, lo que no resulta congruente con el derecho de los cónyuges para, en cualquier momento, pactar otro régimen y liquidar el anterior; 8) que la disposición adicional 6.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que regula el trámite para las separaciones y divorcios de mutuo acuerdo, deja claro, en sus números 6 y 7, que la aprobación judicial no se predica respecto de todos los acuerdos a que se refiere el artículo 90 CC. sino solo exclusivamente de los relativos a los hijos; 9) que la frase «gravemente perjudicial para uno de los cónyuges» mantiene pleno sentido aun cuando la aprobación judicial se contraiga a los acuerdos relativos a los hijos, pues no cabe asegurar los intereses de los hijos con grave detrimento de uno solo de los cónyuges.

³³ En la sentencia citada en el texto, el Tribunal Supremo se pronuncia en los términos siguientes: «... Esta Sala comparte la apreciación [...] efectuada por la Sentencia recurrida, en el sentido de que el mismo –el documento conteniendo los pactos conyugales– no se generó como propuesta de convenio regulador para presentar en proceso matrimonial, ni quedó supeditado o condicionado en su eficacia a la homologación judicial. Y asimismo comparte la doctrina que recoge en relación con dichos acuerdos, pues los cónyuges, en

Así pues, validez del pacto de renuncia a la compensación por desequilibrio, tanto si se incorpora a un convenio regulador para su aprobación judicial como si se celebra al margen de éste, cuando la crisis conyugal ya ha surgido. Veamos ahora el fundamento de la validez del acuerdo de renuncia anticipada a la referida prestación y los límites a la autonomía de la voluntad de las partes.

B. *Presupuestos de validez y eficacia de la renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio económico*

La mayor dificultad que han suscitado los pactos de renuncia a la compensación por desequilibrio se ha centrado en el carácter preventivo o anticipado de la renuncia³⁴. Ello con fundamento en la línea jurisprudencial que sostiene que no cabe renunciar a un derecho que todavía no ha nacido³⁵. Precisamente esta tesis es la que acoge la SAP de Asturias de 12 de diciembre de 2000 (AC 2001/151), para declarar la nulidad de la renuncia a la compensación por desequilibrio realizada años antes de la demanda de separación, por versar sobre un derecho inexistente. Los cónyuges habían contraído matrimonio canónico en el año 1969 y otorgaron en 1992 escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales en la que ambos renunciaban a la pensión compensatoria. Siete años después demandaron la separación, limitándose el juez de primera instancia a adoptar medidas en relación con la vivienda conyugal, que atribuyó a la mujer. Ésta interpuso recurso de apelación solicitando que se fijara

contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (separación, o divorcio), en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CC.), pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (S. de 22 de abril de 1997 [RJ 1997/3251]), tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter «ad solemnitatem» o «ad substantiam» para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia [...] que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial». En el mismo sentido, *vid.* la STS de 2 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9649); y entre las Audiencias, *vid.* los siguientes pronunciamientos: SAP Barcelona de 8 de enero de 1998 (AC 1998/176); SAP Barcelona 1 de diciembre de 1998 (AC 1998/8726); SAP Murcia 9 de mayo de 2000 (AC 2000/1104); SAP Málaga 15 de enero de 2001 (JUR 2001/162070); SAP Córdoba 11 de febrero de 2003 (AC 2003/326).

³⁴ Como se ha hecho notar, la compensación por desequilibrio se concibe en el artículo 97 CC. como una consecuencia de la separación o divorcio, por lo que, literalmente, cualquier pacto anterior, aun adoptado cuando hubiera surgido la crisis, pero antes del planteamiento judicial, siempre se referiría a un derecho no nacido y nadie discute su validez (cfr. EGEA FERNÁNDEZ, J., «Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Civitas, Madrid, 2003, pp. 4568 y 4569).

³⁵ *Vid.*, entre otras, las SS. TS de 18 de marzo de 1982 (RJ 1982/1385) y 21 de abril de 1997 (RJ 1997/3434).

pensión compensatoria a su favor y subsidiariamente alimentos, alegando que la renuncia era nula porque no había prestado libremente el consentimiento. Aunque la existencia o no de un vicio del consentimiento no podía ser objeto del proceso de que se trataba –pues constituía una cuestión previa a la solicitud de la pensión– la Audiencia entra de oficio a examinar la validez de la renuncia:

«... se trata de una renuncia a un futuro, hipotético e incierto derecho, que sólo nace temporalmente en el momento de la separación, y está sujeto al condicionante de que la misma produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en relación con la situación que se mantenía en el matrimonio, debiendo tenerse en cuenta al respecto, que como ya declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de noviembre de 1957, la renuncia a los derechos o beneficios otorgados o concedidos por las leyes, sólo cabe respecto de los que tienen por objeto algún concreto elemento de los que se hallen en el patrimonio jurídico del renunciante, por haberlos adquirido ya éste en el momento de la renuncia, la cual como acto de enajenación de hacer ajeno lo propio o de desapoderarse de lo que en su poder tiene, constituye un acto voluntario de disposición que no puede producirse sino sobre aquello de que se puede disponer, y las posteriores de 18 de marzo de 1982 (RJ 1982/1385), y 21 de abril de 1997 (RJ 1997/3434), sobre que no se puede renunciar a un derecho que todavía no ha nacido, o sólo se puede renunciar a lo que existe, criterio jurisprudencial recogido por esta Audiencia en sentencia de 15 de noviembre de 1999 (AC 1999/2265), al decir que no se puede renunciar a un derecho a la sazón inexistente, lo que aplicado al presente caso al haberse hecho la renuncia varios años antes de la demanda de separación ha de reputarse nula de pleno derecho.»

El Código civil no se pronuncia sobre la posibilidad de renunciar anticipadamente a la compensación por desequilibrio; sin embargo, no parece existir ningún obstáculo legal al respecto³⁶. Antes bien, el fundamento normativo para la admisión de tal renuncia lo ofrecen los artículos 6.2 y 1271, que en lo que aquí importa conducen a los mismos resultados prácticos. El primero de los preceptos que se invocan permite excluir voluntariamente la ley aplicable cuando no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a tercero; y el segundo de los artículos citados autoriza la

³⁶ Aunque parece coherente con el papel crecientemente importante que se atribuye a la voluntad de los cónyuges y con el carácter dispositivo de la compensación mantener la validez y eficacia de los pactos que nos ocupan, en contra se ha afirmado la nulidad de la renuncia preventiva a la compensación por desequilibrio económico, sobre la base de considerar «que podría llevar a comprometer el derecho a poner fin a una convivencia no deseada, solicitando el divorcio o separación cuando hubiere causa, ante el temor de sufrir las graves consecuencias que se derivarían en el terreno económico para la demandante» (CABEZUELO ARENAS, A. L., «¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?», en *Aranzadi Civil*, núm. 18, 2004, p. 2383).

contratación sobre derechos futuros, siempre que se respeten los límites de la ley, la moral y el orden público que el artículo 1255 señala a la autonomía de la voluntad³⁷.

En la línea de lo expuesto es ilustrativa, entre otras, la SAP de Madrid de 27 de febrero de 2007 (JUR 2007/151411) en la que se plantea la problemática relativa a la licitud de la renuncia a la pensión compensatoria en escritura de capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al matrimonio y, por ende, años antes de la sentencia de divorcio. Admite el tribunal que, en efecto, el derecho a la pensión no ha llegado a existir, al no haberse producido siquiera la celebración del matrimonio, que condiciona necesariamente el posterior nacimiento de dicho derecho que se concreta en el momento de la ruptura acreditado el desequilibrio económico entre los esposos. Ello sentado, respecto del pacto de renuncia se añade lo siguiente en el pronunciamiento de referencia³⁸:

«... no se trata de una renuncia anticipada a un derecho, sino más bien ante [sic] una renuncia a la ley, a la que se refiere el artículo 6.2 del Código Civil, al hablar de la exclusión a la ley aplicable, lo que supone excluir voluntariamente, mediante un negocio jurídico, el régimen regulador de un determinado derecho, lo que implica la previa renuncia de los derechos aún no ingresados en el patrimonio de su eventual titular, por haberlo dispuesto así voluntariamente los destinatarios de la norma dispositiva, que han sustituido la regulación de una determinada institución, la pensión compensatoria en nuestro caso, por otra distinta.»

Así pues: licitud de la renuncia a la compensación por desequilibrio realizada con carácter previo a la crisis o incluso antes del matrimonio con fundamento, principalmente, en la posibilidad de los cónyuges de excluir la ley aplicable (cfr. art. 6.2 Cc. en relación con el art. 97 Cc.).

Ahora bien, la exclusión convencional de la norma que regula la compensación por desequilibrio no será válida si, como establece el

³⁷ En el sentido de lo expuesto en el texto, cfr: DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., «La autonomía de la voluntad en el actual derecho español sobre la familia», número monográfico (65) del *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, 1986, pp. 64 y 65; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.^a T., *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 70; GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Los pactos prematrimoniales...», cit., pp. 1661 a 1665; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a P., *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Granada, Comares, 2005, p. 155; REBOLLEDO VARELA, A. L., «Pactos en previsión...», cit., p. 749; PASTOR VITA, F. J., «La renuncia anticipada...», cit., pp. 39 y ss. y GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., «Acuerdos y contratos prematrimoniales (II)», cit., p. 5.

³⁸ Vid. en el mismo sentido: SAP Valencia 25 enero 2002 (JUR 2002/111451); SAP Madrid 27 noviembre 2002 (JUR 2003/92086) y SAP las Palmas de Gran Canaria de 20 de abril de 2007 (JUR 2007/171088).

propio artículo 6.2. Cc., resulta contraria al orden público³⁹. Y habrá que considerar nulo por vulnerar el orden público el acuerdo prematrimonial de renuncia que atente contra los derechos fundamentales de los cónyuges o que suponga un quebrantamiento del principio de igualdad de éstos (art. 32 C. y arts. 66 y 1328 CC.). Ahora bien, no creo que la igualdad deba interpretarse en el sentido de ser necesaria la renuncia a la compensación por parte de ambos cónyuges⁴⁰. A este respecto debe ponerse de relieve que la referida prestación por desequilibrio puede corresponder potencialmente a cualquiera de los consortes, pero sólo se reconoce efectivamente a uno de éstos; en consecuencia, la renuncia por quien es evidente que no va a tener derecho a ella carece de toda trascendencia práctica, de modo que la realizada únicamente por el otro no cabe traducirla en una quiebra de la igualdad conyugal⁴¹.

La contravención del referido principio de igualdad se produciría, sin embargo, cuando el abono de la compensación se dejase al arbitrio de uno de los cónyuges. En este sentido se ha pronunciado la SAP de Córdoba de 11 de febrero de 2003 (AC 2003/326). La cláusula objeto del litigio decía lo siguiente: «como la esposa buscará trabajo para suplementar el desequilibrio económico personal

³⁹ El artículo 6.2 Cc. establece que la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros. A este respecto conviene precisar que el derecho a la compensación por desequilibrio afecta únicamente a intereses particulares y patrimoniales de los cónyuges, de modo que el interés público no parece que pueda resultar afectado por la renuncia individual del titular de ese derecho (cfr. PÉREZ VALLEJO, A. M.^a, *El juego de la autonomía de la voluntad...*, p. 96). Y en cuanto al perjuicio a terceros como causa de validez de la exclusión voluntaria de la ley aplicable, entiende GARCÍA RUBIO que cabría invocarlo en relación con los acuerdos que resultaren perjudiciales para los hijos o los acreedores o el beneficiario de la pensión; según la citada autora, «evidentemente, todos ellos estarían perjudicados por el acuerdo y, en consecuencia, la renuncia a la pensión sería nula de pleno derecho» (GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Los acuerdos...», cit., p. 1672). Lo cierto es que en la práctica parece difícil que un derecho que afecta exclusivamente a los cónyuges pueda comportar un perjuicio para los hijos, pues éstos ya cuentan con un derecho de alimentos al margen de la compensación renunciada; y en cuanto al acreedor del renunciante tampoco parece probable que pueda quedar lesionado su derecho como consecuencia de la renuncia por el deudor a la compensación por desequilibrio (cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales...*, cit., p. 175).

⁴⁰ En contra se ha afirmado que: «desde un punto de vista técnico, como es obvio, la renuncia habrá de formularse en capitulaciones por ambos contrayentes. Evidentemente, ello no deja de constituir un mero trámite, con más trascendencia en el orden puramente formal, que la que efectivamente pueda presentar desde el punto de vista material»; y añade: «en el supuesto de que en capitulaciones sólo se estipulase una renuncia que afectara a uno de los futuros esposos, nos hallaríamos en presencia de un pacto lesivo a la igualdad de los cónyuges y, por ende nulo, según se prevé en el artículo 1328 Cc.» (CABEZUELO ARENAS, A. L., «¿Es válida la renuncia...», cit., p. 2379).

⁴¹ Otra cosa es que al tiempo de la sentencia de separación o divorcio se hubiera producido un cambio de circunstancias que hicieran al no renunciante acreedor de la compensación. En estos casos cabría entender la existencia de una renuncia implícita a la compensación por parte de este último, que se hizo explícita sólo en los concretos términos que se consideraban más probables en caso de ruptura (cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales*, cit., p. 182).

y de sus hijos con motivo de la separación, no se considerará que existe alteración sustancial, a los efectos de revisión de la contribución de las cargas, y a la pensión compensatoria, el que desarrolle un trabajo retribuido en menos del doble del salario mínimo. En todo caso se considerará exento de dicho importe de los salarios mínimos de cómputo para considerar si existe o no esa alteración». El marido alega el grave perjuicio que le comporta dicha cláusula, resolviendo el tribunal que:

«... teniendo presente el sentido práctico de lo que la cláusula literalmente conlleva, la consecuencia no debe ser otra que la de considerar que dicha cláusula –moduladora no sólo de la pervivencia de la pensión, sino de los criterios para la apreciación de una variación sustancial de las circunstancias– es nula. En efecto, deja la virtualidad del pacto de abonar una pensión compensatoria al arbitrio de la esposa, quien siempre tendrá la posibilidad de rechazar un trabajo que suponga una remuneración superior al límite del abono, pero que implique una percepción global inferior al suprimirse, por aquella circunstancia, la pensión compensatoria.»

Hasta aquí los presupuestos de validez de la renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio. Mas debe tenerse en cuenta que un acuerdo válido con este contenido puede devenir ineficaz por alteración sobrevenida de las circunstancias⁴². A este respecto es preciso tener en cuenta que la compensación por desequilibrio renunciada anticipadamente como tal –esto es, como prestación para corregir el empeoramiento de la situación económica respecto de la disfrutada durante el matrimonio–, podría cumplir al tiempo de su nacimiento una función alimenticia. Ello sucederá, en concreto, cuando al dictarse sentencia de divorcio el renunciante careciere de lo imprescindible para subsistir, esto es⁴³: si hubieren sobrevenido

⁴² Como es sabido, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* presupone, en orden al equilibrio adecuado entre lo que las partes pactaron y la necesidad de dar respuesta a la alteración de las circunstancias, que la alteración sea sobrevenida e imprevisible y que resulte extremadamente oneroso el cumplimiento para uno de los contratantes, es decir, que ocasione un grave perjuicio para el cónyuge renunciante. Sobre las alteraciones que cabe considerar sustanciales a los efectos que aquí consideramos, cfr. GARCÍA RUBIO, M.^a P., «Los pactos...», cit., p. 1672; AGUILAR RUIZ, L. y HORNERO MÉNDEZ, C., en «Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 76, 2006, pp. 40 y 41 y MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales...*, cit., pp. 189 a 194.

⁴³ Téngase en cuenta que los alimentos se circunscriben a la separación matrimonial, puesto que se entiende que con el divorcio desaparecen los deberes de asistencia y socorro mutuo y con ellos también aquel deber legal; por consiguiente, en el divorcio la posible situación de necesidad de uno de los *ex* cónyuges solo podría paliarse mediante la compensación por desequilibrio. De ahí que a ésta se le atribuya una naturaleza mixta o híbrida –asistencial y compensatoria–, primando una u otra faceta según las peculiares circunstancias de cada caso concreto. Es ilustrativa a este respecto la STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2002 (RJ 2002/10439), relativa a un proceso de divorcio que siguió al de separación, en el que el marido se comprometía a abonar a la esposa una cantidad mensual

dificultades tales que impidieran al que hubiere renunciado a ella por anticipado lograr un mínimo digno de subsistencia⁴⁴.

Pues bien, en estos casos, el acuerdo de renuncia no desplegará sus efectos. De ahí que cuando se pacta en capitulaciones la renuncia a la pensión se estime aconsejable añadir una cláusula en la que ambos cónyuges se comprometan, para el supuesto de que lleguen a separarse o divorciarse y si alguno de ellos resulta en tales eventos necesitado de auxilio económico, a pagar el uno al otro, según proceda, una pensión alimenticia cuya cuantía podrá determinarse de antemano o dejar su fijación para el momento oportuno⁴⁵. Como ya ha quedado expuesto en otro lugar, dichas dificultades deberán ser apreciadas por el juez cuando se pretenda el cumplimiento del acuerdo⁴⁶.

en concepto de prestación alimenticia, acordando ambos cónyuges no reclamarse nada más entre ellos. La Audiencia sustituye la pensión alimenticia por una pensión compensatoria del mismo importe, argumentando que dado que el divorcio determina la extinción de la pensión alimenticia, esta extinción deja sin fundamento la renuncia a la pensión compensatoria, y considera que en este caso se renunció: «... porque las necesidades de la esposa ya venían cubiertas por la pensión de alimentos y si como consecuencia de la demanda de divorcio interpuesta precisamente por el marido se había de extinguir la pensión de alimentos y no habiéndose acreditado que se hayan modificado las circunstancias que determinaron su procedencia por voluntad expresa de los cónyuges, hemos de entender ajustada a derecho la tesis de la sentencia de apelación favorable a interpretar el convenio regulador en el sentido de mantener la pensión alimenticia en una ayuda equivalente a favor de la esposa, mientras subsistan las circunstancias que determinaron su constitución en el convenio regulador... ya que mientras el marido pagaba la pensión por alimentos, puede afirmarse que la pensión compensatoria se hallaba en situación latente y si después de la sentencia de divorcio los ex cónyuges no establecen ningún otro convenio para suplir la falta de pensión alimenticia puede corregirlo la resolución judicial por la vía de establecer una pensión compensatoria por el mismo importe».

⁴⁴ Con carácter general, el artículo 231-20.5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia establece que: «Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron si podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron». Y con referencia expresa al pacto de renuncia a la compensación por desequilibrio, el artículo 233-16.2 de la referida disposición legal determina que: «Los pactos de renuncia no incorporados a una propuesta de convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender las necesidades básicas del cónyuge acreedor».

⁴⁵ Sobre la oportunidad de este tipo de pactos y su validez a tenor del artículo 153 Cc., cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *La autonomía de la voluntad...*, cit., p. 65.

⁴⁶ PASTOR VITA considera que no procede el control judicial de la eficacia de la renuncia a la compensación por desequilibrio, aduciendo que en los cambios de circunstancias del matrimonio faltaría el juicio de la imprevisibilidad propio de la cláusula *rebus sic stantibus*, precisando al respecto el citado autor que: «Otra cosa es que el juez, en la práctica, revistiéndose de unas funciones que legalmente no le corresponden, argumente con base en el art. 91 Cc. que tales acuerdos no tendrán fuerza vinculante y acuerde la concesión de la pensión, lo que puede ser considerado como una decisión comprensible, pero atentatoria contra la necesaria seguridad jurídica. Creemos, pues, que el juez, siendo como es la materia de pensión de derecho dispositivo o voluntario deberá respetar los acuerdos a que hayan llegado los interesados, limitándose a controlar que los pactos alcanzados no sean fruto de presiones, engaños o coacciones, debiendo abstenerse de inmiscuirse en los acuerdos alcanzados por los cónyuges de manera libre y meditada, dado que ellos son los que mejor conocen las necesidades y posibilidades» (PASTOR VITA, F. J., «La

En el sentido de lo expuesto se ha pronunciado la SAP de Granada de 14 de mayo de 2001 (AC 2001/1599). En el caso enjuiciado los cónyuges, que tenían sus propios ingresos al estar ejerciendo cada uno su profesión, antes de contraer matrimonio suscribieron capitulaciones matrimoniales para establecer que su régimen económico sería el de separación de bienes, incorporando además una estipulación por la que convenían que la separación personal o disolución del futuro matrimonio, en ningún caso llevaría como consecuencia la fijación de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código civil. Cuando la esposa presenta la demanda de separación solicita, no obstante, la pensión compensatoria, porque las circunstancias son en ese momento, a su juicio, muy distintas de aquéllas que sirvieron de base para pactar la cláusula en cuestión. En concreto aduce el hecho de haber dejado su ocupación profesional después de casada para seguir a su marido que, por razones laborales, se veía obligado a desplazarse a diferentes destinos. El tribunal, después de afirmar que la cláusula de renuncia es válida por ser la pensión por desequilibrio un derecho disponible y, por tanto, perfectamente renunciable, reconoce sin embargo a la esposa el derecho a exigirla argumentando lo siguiente:

«... Se puede traer aquí a colación la teoría de la base objetiva del negocio jurídico, tímidamente admitida en algunas resoluciones del TS (SS. 30 junio 1948, 30 diciembre 1985 y 20 abril 1994) que puede tener lugar cuando la base o la causa que se tuvo en cuenta en el acuerdo negocial desaparece al no tener ya ningún sentido su mantenimiento. Entre las circunstancias cabe señalar que, además de la dedicación de la esposa al marido durante seis años, incluso atendiendo durante algún tiempo a un hijo de éste, carece, a excepción de unos ahorros que no superan los tres millones de pesetas, de medios económicos suficientes para poder vivir independientemente, careciendo igualmente de vivienda propia, sin contar, en la actualidad, con un puesto de trabajo y tampoco con una proyección más o menos inmediata para incorporarse al mundo laboral.»

También en la SAP de Madrid de 27 de febrero de 2007 (JUR 2007/151411) se emplea el argumento de la teoría de la base objetiva del negocio, si bien en este caso no se aprecia la alteración de las circunstancias personales y profesionales alegadas por la esposa, que había renunciado a la compensación en capitulaciones otorgadas antes de la celebración del matrimonio. El tribunal, considerando que entre el momento de otorga-

renuncia...», cit., p. 55). En la misma línea, favorable a la eficacia directa del acuerdo previo de los cónyuges relativo al importe, modalización y renuncia de la prestación compensatoria, cfr. PINTO ANDRADE, C., *Pactos prematrimoniales...*, cit., p. 112.

miento de las capitulaciones y la ruptura no se han producido cambios determinantes del componente alimenticio de la pensión, afirma la virtualidad del pacto de renuncia.

3.4.3 RENUNCIA ANTICIPADA A LA COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO PARA LA CASA

Como es sabido, el juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares ha tenido su más clara y tradicional manifestación en la posibilidad de elección por los cónyuges o contrayentes del régimen económico que consideren más conveniente para sus intereses (art. 1325 Cc.). Generalmente la opción por un determinado régimen de ordenación de la economía familiar incluirá las normas de liquidación para cuando su disolución se produzca. Mas puede suceder que los cónyuges o contrayentes que admiten como útil el modelo tipificado decidan modificarlo en algún punto –el relativo a la liquidación– por no considerarlo eficiente para la regulación de sus intereses. Pues bien, en este contexto se sitúan los acuerdos prematrimoniales relativos a la compensación por el trabajo dedicado al hogar prevista en el artículo 1438 CC. en sede de separación de bienes.

Según resulta del citado precepto, el trabajo para la casa, además de considerarse como contribución a las cargas del matrimonio, dará derecho a una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, al tiempo de la extinción del régimen de separación⁴⁷. La finalidad de la norma en este último punto es la de corregir las situaciones de exceso de contribución a las cargas familiares, es decir, aquellas en las que uno de los cónyuges, además de contribuir con un trabajo, realiza labores para la casa o para el otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente.

Pues bien, en orden a un pronunciamiento fundado sobre la validez de los pactos relativos a la referida prestación hay que partir, de entrada, del carácter dispositivo del artículo 1438 CC. –que no se encuentra entre las normas del denominado régimen primario, de marcado carácter imperativo–, al menos en el aspecto que estamos considerando. De modo que el poder de autorregulación de los cónyuges comprende la posibilidad de configurar un régimen de separación con una independencia económica más absoluta –como sucede en el Derecho aragonés y en el Derecho balear que

⁴⁷ A tenor de lo dispuesto en el artículo 1438 del Código civil: «Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación».

no regulan la prestación que nos ocupa—, ya fijando los criterios determinantes de la cantidad a percibir en concepto de compensación por el trabajo para la casa ya renunciando anticipadamente a ésta⁴⁸.

Por cuanto se refiere, en concreto, al acuerdo prematrimonial de renuncia a dicha prestación, la doctrina se muestra en general favorable a su validez⁴⁹. Y en sede jurisprudencial, hasta donde conozco, únicamente la SAP de Murcia de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003/71008) se ha pronunciado al respecto, también a favor de la validez del pacto. En el caso enjuiciado se desestima la pretensión de la mujer sobre reclamación de la compensación por el trabajo dedicado a la casa, al haber quedado constancia de la renuncia a ella, formulada en capitulaciones matrimoniales de separación de bienes otorgadas por los litigantes —ambos divorciados y con un concreto núcleo familiar derivado de sus precedentes nupcias— antes de casarse. Sostiene el tribunal, que siendo clara y explícita la renuncia a la aplicación de la medida compensatoria prevista en el artículo 1438 del Código Civil, carece de sentido por su gratuidad y falta de consistencia que se alegue por la recurrente el desconocimiento del pacto, no pudiendo ello implicar en modo alguno su falta de eficacia.

Por consiguiente: validez del acuerdo de renuncia anticipada de la referida prestación; acuerdo respecto del que raramente podrá

⁴⁸ Esta es la opción que expresamente ha acogido el legislador catalán en el artículo 232-7 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, en el que se establece lo siguiente: «*Pactos sobre la compensación*.— En previsión de una ruptura matrimonial o de disolución del matrimonio por muerte, puede pactarse el incremento, reducción o exclusión de la compensación económica por razón del trabajo de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-20».

⁴⁹ Sobre la validez del acuerdo de renuncia anticipada a la compensación del art. 1438 Cc., cfr: REBOLLEDO VARELA, A. L., *Separación de bienes en el matrimonio*, Madrid, 1983, p. 439 y «Pactos en previsión...», cit., pp. 744 y 745; MARTÍNEZ CORTÉS, J., «El régimen económico de separación de bienes», en *Instituciones de Derecho Privado*, tomo IV (Familia), vol. 2.º, coord. GARRIDO DE PALMA, Madrid, Civitas, 2002, p. 385; ROCA TRÍAS, E., «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», en *Libro homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol* (coords. ABRIL CAMPOY, J. M. y AMAT LLARI, M.ª E.) vol. 2.º, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 2133; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», cit., pp. 263 y 264; y PINTO ANDRADE, C., *Pactos matrimoniales...*, cit., pp. 83 y 84. Se ha defendido también la validez del pacto de renuncia pero con matizaciones, es decir, sólo si concurren circunstancias especiales, como la percepción de rentas por ambos cónyuges o la colaboración de éstos en las labores de la casa (cfr. ÁLVAREZ OLALLA, M.ª O., *Responsabilidad patrimonial en el régimen de separación de bienes*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pp. 108 y 109). Sobre la nulidad del acuerdo de renuncia anticipada a la compensación del trabajo para la casa regulada en el art. 15 del derogado Código de familia de Cataluña de 1998, cfr: EGEA FERNÁNDEZ, J., «Pensión compensatoria...», cit., p. 4571; LÓPEZ BURNIOL, J. J., «Artículo 15 del Codi de Família», en *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mutua* (dirs. EGEA FERNÁNDEZ, J. y FERRER RIBA, J.), Madrid, Tecnos, 2000, p. 158.

prosperar la doctrina de la alteración sobrevvenida de las circunstancias en orden a la declaración de su ineficacia atendida la naturaleza exclusivamente compensatoria de la medida que constituye su objeto⁵⁰.

4. LA RELEVANCIA DEL PROCESO DE FORMACIÓN DEL ACUERDO PREMATRIMONIAL: ELEMENTOS DE APRECIACIÓN DE LA LIBERTAD DE CONSENTIMIENTO

Los acuerdos prematrimoniales son auténticos contratos que, como tales, quedan sometidos a las reglas de formación de éstos y, muy especialmente, a aquellas que garantizan la integridad del consentimiento. Por consiguiente, si una de las partes logra probar que el acuerdo fue celebrado concurriendo error, dolo o violencia, o con falta de capacidad, el que hubiere sufrido el vicio o la falta de capacidad podrá instar la anulación del acuerdo en los términos y plazos que establecen los artículos 1300 y siguientes del Código civil.

Hay que asumir que en las estipulaciones prematrimoniales, a diferencia de lo que sucede en otros contratos, la relación de confianza entre los contrayentes puede influir en el proceso de formación de voluntad de las partes, propiciando que una de ellas se extralimite imponiendo su criterio a la otra. Ahora bien, es evidente que la sola circunstancia de la relación de confianza entre los otorgantes del pacto no puede considerarse determinante en todo caso de la existencia de un vicio del consentimiento, pues ello desembocaría en una sistemática anulación de los acuerdos prenupciales y conyugales.

Otra cosa es que, al no existir en el Código civil normas especiales dirigidas a reforzar la integridad del consentimiento en los casos que analizamos, deban ser los tribunales particularmente cautelosos en el proceso formativo del contrato⁵¹. En este sentido,

⁵⁰ Siquiera sea teóricamente, se ha afirmado que la renuncia será ineficaz cuando se produzca un cambio extraordinario de las circunstancias en que se pactó que suponga una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, respecto de la situación en que hayan de quedar los cónyuges (en este sentido: MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales...*, cit., p. 107 y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., «Acuerdos prematrimoniales...», cit., p. 24). Sin embargo, PINTO ANDRADE, desestimando la posibilidad de un ulterior control judicial del pacto en cuestión, sostiene su eficacia directa (PINTO ANDRADE, C., *Pactos matrimoniales...*, cit., p. 112). En opinión de DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. lo que quedará a salvo en caso de un cambio sustancial de las circunstancias es el hipotético ejercicio de una pretensión judicial por enriquecimiento injusto, a tenor de las reglas generales, cuando se demuestre la presencia de los rigurosos requisitos que exige la jurisprudencia para su reconocimiento («La libertad de pacto...», cit., p. 264).

⁵¹ Precisamente la regulación de los acuerdos prematrimoniales en EE.UU., donde existe como ya se ha expuesto mayor tradición en la materia, gira en torno a garantizar la libertad de consentimiento de los otorgantes, señaladamente cuando su diferente situación

para apreciar si en el supuesto concreto hubo o no vicios invalidantes del acuerdo pueden ser relevantes ciertos factores, como la proximidad de la boda y la existencia o no de una información adecuada sobre las consecuencias de la renuncia y la situación patrimonial de los cónyuges⁵². De ahí que, como se verá a continuación, no obstante regir en este punto el principio de libertad de forma se considere conveniente, en orden a garantizar la libertad contractual de las partes, la suscripción del acuerdo en escritura pública.

5. LA FORMA DE LOS ACUERDOS PREMATRIMONIALES

5.1 La escritura pública como garantía de validez de los acuerdos prematrimoniales

La ausencia de un pronunciamiento específico del legislador sobre la forma de los acuerdos prematrimoniales determina que en esta materia sea de aplicación la regla de libertad que rige al respecto en materia de contratos. De ahí que deba afirmarse la validez de dichos acuerdos tanto si celebran en documento público como privado⁵³.

Ahora bien, la importancia que en esta sede tiene la libre formación de la voluntad de las partes conduce, precisamente, a remarcar

económica inicial plantea el riesgo de que uno de ellos, prevaleciendo de su superioridad negociadora, fuerce la prestación del consentimiento del otro o fije unilateralmente el contenido del pacto. En este sentido, el artículo 6 de la *Uniform Premarital Agreement Act* (1983) establece lo siguiente: «(A) No se podrá ejecutar un acuerdo prematrimonial si la parte contra la que se ejecuta el acuerdo acredita que: (1) esa parte no suscribió el acuerdo de forma voluntaria o (2) el acuerdo era abusivo cuando fue suscrito y, antes de su suscripción, dicha parte: (i) no fue suficiente y razonablemente informada sobre el patrimonio o la situación financiera de la otra parte, (ii) no renunció voluntaria y expresamente, por escrito, al derecho a recibir más información sobre el patrimonio o la situación financiera de la otra parte que le fue suministrada, (iii) no tenía, o no podía razonablemente haber tenido, un conocimiento adecuado del patrimonio o de la situación financiera de la otra parte».

⁵² De la importancia que en esta materia adquiere la libertad de consentimiento se ha hecho eco el legislador catalán, estableciendo expresamente en el artículo 231-20 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, que los pactos en previsión de una ruptura matrimonial sólo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio. El mismo precepto dispone que el notario, antes de autorizar la escritura pública en que se otorgue el acuerdo, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio; y debe advertirles también de su deber recíproco de proporcionarse información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esa información sea relevante en relación con el contenido del pacto.

⁵³ No sucede así en Derecho catalán, pues el modo en que se ha redactado el artículo 231.20.1 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil, no permite la opción del documento privado, al establecer que: «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial se pueden otorgar en capítulos matrimoniales o en escritura pública».

la relevancia de la forma. A este respecto se considera que la intervención de un fedatario público en la formalización de este tipo de acuerdos les dota de unas garantías en cuanto a su validez de las que carece el pacto suscrito en documento privado⁵⁴. Y es que la escritura pública constituye una garantía no solo de la efectiva concurrencia de los elementos estructurales del pacto sino muy en particular de la libre emisión y conformación del consentimiento; esto último, en razón del deber del notario de proporcionar a las partes la información que, según se ha expuesto con anterioridad, resulta determinante de la inexistencia de vicios de la voluntad.

A lo anterior hay que sumar la ventaja de la mayor fuerza probatoria en un proceso judicial del instrumento público frente al documento privado. De hecho, los órganos judiciales suelen considerar que no hay vicio del consentimiento en los supuestos de intervención notarial, siendo preciso para acreditar su existencia una prueba fehaciente de la efectiva falta de un consentimiento libre y voluntario en el otorgamiento.

5.2 Capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura

Hechas las consideraciones anteriores se suscita ahora la cuestión relativa a la idoneidad de las capitulaciones matrimoniales para pactar los contrayentes o cónyuges los efectos de su eventual y futura ruptura⁵⁵.

Si se defiende una interpretación estricta del artículo 1325 CC., en el sentido de considerar que por medio de capítulos los otorgantes pueden establecer lo que estimen conveniente sobre el régimen económico matrimonial, la respuesta a la cuestión planteada debería ser negativa. Pero, como es sabido, en el momento presente puede entenderse superada dicha interpretación, admitiéndose con carácter general como contenido de las capitulaciones todo tipo de estipulaciones que acuerden los otorgantes por razón de su matrimonio⁵⁶.

⁵⁴ Sobre la labor crucial del notario como vía de control privado –no judicial– de los acuerdos prematrimoniales, cfr. PINTO ANDRADE, C., «La genérica validez de los pactos en previsión de la ruptura matrimonial», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 49, 2010, p. 71.

⁵⁵ En este sentido se ha afirmado que en el Derecho civil común el posible encaje de los pactos prematrimoniales en las capitulaciones tiene un dudoso fundamento en el art. 1325, pues estas últimas están diseñadas para regular el régimen económico del matrimonio cuya vigencia presuponen (cfr. CABEZUELO ARENAS, A. L., «¿Es válida la renuncia...», cit., pp. 2376 - 2377 y 2390 - 2391).

⁵⁶ En los Derechos forales, las dudas al respecto han sido resueltas expresamente por el legislador. En este sentido, el artículo 231-20.1 de la ley 25/2010, de 29

Cabría entonces aducir que los acuerdos prenupciales en previsión de separación o divorcio se contraponen al contenido típico del mencionado instrumento –la organización familiar– y que la determinación consensual de los efectos de la crisis conyugal tiene el cauce específico del convenio regulador. Lo cierto es que tampoco esta objeción constituye obstáculo suficiente para admitir ese tipo de pactos en capitulaciones⁵⁷. Antes bien, se ha afirmado que el tratamiento conjunto de estos últimos con las decisiones relativas al régimen económico del matrimonio presenta la ventaja, frente a las escrituras públicas aisladas, de poder dotar de mayor coherencia a la situación del matrimonio y lograr resultados más justos, evitando que después devengan ineficaces por resultar gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges⁵⁸.

Sentado lo anterior la regla de capacidad de las partes vendrá entonces resuelta por lo dispuesto al respecto en sede de capitula-

de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, dispone lo siguiente: «Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública». Y el artículo 25 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano establece: «En la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta Ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio».

⁵⁷ Es significativo que los casos litigiosos sobre acuerdos prematrimoniales que han llegado a los tribunales españoles, en su mayoría habían sido otorgados en capitulaciones matrimoniales (*vid*: SAP Granada 14 mayo 2001 [AC 2001/1599]; SAP de Madrid 27 noviembre 2002 [JUR 2003/92086] y SAP Madrid 27 febrero 2007 [JUR 2007/151411]). Entre la doctrina, refiriéndose al hecho de la subjetivización de la institución matrimonial en el mundo occidental, sostiene RAMS ALBESA que ésta obedecerá y responderá a las ideas, convicciones y acuerdos que los cónyuges establezcan, «si bien solo tendrán trascendencia en la medida en que éstas se plasmen en estipulaciones capitulares; de lo contrario habrá que conformarse con las recomendaciones sin acción jurídica para hacerlas efectivas, de los paupérrimos artículos 67 y 68 CC., pues su incumplimiento y desatención no son ni siquiera causa de separación o de divorcio» (RAMS ALBESA, J., «La autonomía de la voluntad en las instituciones matrimoniales», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 82). En esta línea se ha afirmado incluso que el artículo 1325 Cc., al no imponer literalmente como contenido necesario de los capítulos las estipulaciones sobre régimen económico –pues sólo las menciona y yuxtapone a cualesquiera otras por razón del mismo–, los acuerdos en previsión de ruptura, por sí solos, también podrían constituir el contenido típico de aquéllos (cfr: PÉREZ VALLEJO, A. M., *El juego de la autonomía de la voluntad...*, cit., p. 122; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Pactos prematrimoniales...*, cit., p. 211).

⁵⁸ Así, los pactos de renuncia anticipada a determinados derechos de naturaleza patrimonial –por ejemplo la compensación por el trabajo para la casa– estipulada en capitulaciones otorgadas antes de la celebración del matrimonio o durante su vigencia, no atentarán contra la necesidad de igualdad de los cónyuges si, por ejemplo, se ha fijado una compensación por desequilibrio más elevada (cfr. ROCA TRÍAS, E., *Familia y cambio social [De la casa a la persona]*, Madrid, Civitas, 1999, p. 149 y PASTOR VITA, F. J., «La renuncia...», cit., pp. 52 y 53, MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *op. cit.*, pp. 110 y 111).

ciones de manera que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1329 Cc., podrán suscribir los pactos que nos ocupan los menores que hubieren obtenido dispensa de edad para contraer matrimonio con el asentimiento de sus representantes legales⁵⁹.

⁵⁹ Sostiene MARTÍNEZ ESCRIBANO que los artículos 1328 y 1329 Cc. deberán aplicarse a los pactos de naturaleza económica, pero no a los de naturaleza personal, pues atendida su trascendencia será exigible la mayoría de edad y la plena capacidad de obrar (cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *op. cit.*, pp. 211 y 212).

Fundación del Instituto Europeo de Derecho. European Law Institute

CARMEN JEREZ DELGADO

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

Se ha dicho que todo lo grande comienza siendo pequeño. El pasado 1 de junio se celebró en París el Congreso inaugural del Instituto Europeo de Derecho (en adelante ELI¹). La fundación del Instituto ha sido el resultado de un proceso de debate intenso y no exento de dificultades, puesto en marcha por un grupo de prestigiosos juristas europeos. Cabe destacar en el origen la figura de un «Savigny» de nuestro tiempo, Christian von Bar² y del *Study Group on a European Civil Code*.

La idea nace a la luz con el presente siglo. Tras sus primeros albores, destacados profesores comienzan a reunirse para darle forma³. El punto de referencia parece ser, desde el primer instante,

¹ European Law Institute es el nombre oficial que recibe el Instituto. Su traducción al castellano y a otras lenguas europeas muestra la delicadeza que requieren en el futuro los trabajos desarrollados en el ELI: Así, se ha discutido si «European» debía hacer referencia a «Law», o si bien debiera hacerla a «Institute». Los nombres castellanos del Instituto pudieran ser, dependiendo del criterio que se siga, «Instituto de Derecho Europeo» o «Instituto Europeo de Derecho». Esta última denominación ha sido aprobada por el Instituto, en junio de 2011, como la más conveniente.

² Christian von Bar lanzó la idea por primera vez en una conferencia en Estocolmo el 30 de marzo de 2001. En un contexto informal, ya desde finales de los años 90 había tratado la idea con diversos Ministros de Justicia europeos.

³ En octubre de 2008 se promueve un encuentro en Bruselas, con dos sesiones alternativas (1 y 9 de octubre), convocado por Christian von Bar, con el respaldo de Hugh Beale, Eric Clive, Hans Shulte-Nölke, y Matthias Storme. Se presenta el documento «Towards a European Law Institute via Consortium of European Law Schools and a European Law Forum. A new initiative for the field of European legal research» (Christian von Bar y Hans Shulte-Nölke, 09.07.2008), para su discusión a fin de ir perfilando la idea en un reducido círculo de académicos y sacarla después a la arena de grupos más amplios de debate. Asistieron a una de estas sesiones preliminares, entre otros, Antonio-Manuel Morales Moreno, Javier Díez-Hochleitner, Esther Arroyo, Reinhard Zimmermann, Bénédicte Fauvarque-Cosson, o Christiane Wendehorst. En las minutas de la reunión del 9 de octubre de 2008, escritas por Hugh Beale, queda constancia del deseo de fundar un instituto europeo de Derecho, que sirva como network de facultades de Derecho, institutos de investigación

el *American Law Institute* (ALI), como fuente de inspiración más que de copia, ya que el proyectado *European Law Institute* debería modelarse en torno a las condiciones y tareas específicas que Europa requiere. El modelo de los *restatements* producidos por el ALI parece constituir, para el núcleo duro de este primer grupo de académicos, la fuerza de atracción que incita al movimiento. Aunque quizás no para todos. ¿Debería tener el nuevo instituto la función de producir *restatements*? ¿Se corresponde esta función con una necesidad en el ámbito europeo? ¿O más bien la peculiaridad europea, frente a la norteamericana, requiere otro tipo de funciones para el instituto, tales como el asesoramiento a los Estados miembros en la transposición de las Directivas o el asesoramiento a la Unión Europea en los procesos de elaboración de su normativa?

El debate está servido. El grupo promotor sigue adelante, liderado por los partidarios de la elaboración de *restatements* como proyecto esencial del instituto que se pretende crear, pero abriéndose a un abanico de objetivos más amplio, que abarca todo el espectro jurídico europeo: Y así, en el segundo trimestre de 2010, se constituye la Asociación para la fundación del Instituto Europeo de Derecho (ELIA) con la finalidad de convocar como miembros a juristas de reconocido prestigio en el ámbito del Derecho europeo, tanto público como privado, sean académicos o pertenezcan al mundo extra-académico. En muy pocos meses, la Asociación cuenta con el respaldo de unos 300 miembros.

Pero ese mismo año, el Instituto Universitario Europeo de Florencia convoca para el mes de octubre un congreso con la pregunta «*A European Law Institute?*» como título, seguida de la afirmación «*Towards innovation in European Legal Integration*». Surge en este contexto una segunda iniciativa para la fundación de un instituto europeo de Derecho y, con ello, la necesidad de un árbitro que logre aunar ambas. Coordinados por Reinhard Zimmermann, se reúnen en Hamburgo representantes de una y otra iniciativa, con la voluntad de fundar un instituto europeo de Derecho como denominador común.

A partir de entonces, el Profesor Zimmermann ha jugado un papel decisivo como moderador, tomando las riendas como Presidente finalmente, junto con la Dra. Irmgard Griss⁴, del Comité Fun-

y particulares, a fin de facilitar la investigación comparada en toda Europa, pudiendo desarrollar tanto proyectos por encargo de las instituciones europeas o de los países miembros de la UE, como proyectos de iniciativa individual o de grupos de trabajo. Siguió a esta reunión otros encuentros semestrales (Praga/2009, Estocolmo/2009, Frankfurt/2010, Viena/2010, Atenas/2011), hasta celebrarse finalmente el Congreso inaugural del Instituto en París, el 1 de junio de 2011.

⁴ La Dra. Irmgard Griss es presidenta del Tribunal Supremo austriaco. Otras dos juristas, Bénédicte Fauvarque-Cosson y Christiane Wendehorst, recibieron, como ella, una

dador del Instituto. Son muchos los puntos que han sido objeto de debate y discusión⁵. A continuación de estas líneas, queda a disposición de todos los lectores el discurso que Reinhard Zimmermann pronunció en el Congreso inaugural de París el 1 de junio de 2011, vertido al castellano por el Profesor Antoni Vaquer. En este excelente discurso, se esculpe de forma magistral el proyecto cristalizado como resultado del proceso anteriormente descrito.

El Instituto Europeo de Derecho es una institución independiente que tiene por objetivo contribuir a la formación de una cultura jurídica europea y al desarrollo de textos jurídicos en el seno de la UE, constituyendo un foro de discusión y diálogo entre universitarios, profesionales y juristas, con pleno respeto por la diversidad de tradiciones jurídicas. Se concibe también como un laboratorio de la armonización jurídica europea, que dé a conocer el derecho de la UE en beneficio de los ciudadanos y de los juristas de todos los ámbitos y que facilite la investigación de los principios y reglas comunes a los distintos sistemas europeos.

Una vez fundado, el ELI afronta el reto de sus primeros proyectos, de cuyo éxito depende su solvencia y consiguiente consolidación.

mención especial de parte de Reinhard Zimmermann, merecida por el esfuerzo aportado en la preparación del Congreso inaugural de París y en el proceso de negociación entre las diversas iniciativas, respectivamente.

⁵ Por ejemplo, el papel primordial que jugaban las Facultades de Derecho y el interés por la formación de juristas europeos en el proyecto inicial, se ha visto luego desdibujado.

Retos del Instituto de Derecho Europeo *

REINHARD ZIMMERMANN

Codirector del Instituto Max Planck de Derecho comparado
y Derecho internacional privado, Hamburgo

I. PARÍS 1990

«Puisqu'il y a un mouvement irrésistible de pénétration juridique et législative, peut-il y avoir et doit-il y avoir une science qui ait pour objet, non seulement d'observer ce mouvement, qui vient de la nature et qui vient de l'homme, mais de le régler, de le discipliner, de le diriger, s'il le peut? Cette science-là, si elle existe et si elle peut exister, sera vraiment, non plus la méthode comparative ou la méthode de Droit comparé, mais la science du Droit comparé, au sens juridique du mot» [Porque hay un movimiento irresistible de penetración jurídica y legislativa, ¿puede y debe existir una ciencia cuyo objeto sea no solo la observación de este movimiento, que tiene su origen en la naturaleza y en el hombre, sino también su regulación, su disciplina, su dirección? Esta ciencia, si existe y si puede existir, en realidad ya no será el método comparativo o el método de derecho comparado, sino la ciencia del derecho comparado, en el sentido jurídico de la expresión]. Así es como Raymond Saleilles describía el tema principal en la agenda del Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en París, en su sesión plenaria de clausura del 4 de agosto de 1900; su discurso, que culminó en un sentido llamamiento a «un gran amor por la humanidad y un gran amor por el derecho y la justicia», fue ovacionado «con una triple salva de aplausos».

Hay consenso en considerar al Congreso de París de 1900, como el estímulo a la aparición del derecho comparado como una

* *Discurso pronunciado en la conferencia de inauguración del Instituto de Derecho Europeo.*

(Traducción de Antoni Vaquer Aloy, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Lleida.)

disciplina específica, como una rama de la ciencia jurídica. Creo que hoy puede decirse que, en verdad, el derecho comparado se ha convertido en un campo de estudio e investigación vibrante e intelectualmente estimulante, con lo que los sueños que inspiraron a Saleilles, Edouard Lambert y muchos otros conferenciantes en el Congreso de París de 1900 se han convertido, ni que sea parcialmente, en realidad. Una de las tareas esenciales de la ciencia del derecho comparado era, según Lambert, la unificación internacional del derecho. «L'action unificatrice attribué au droit comparé... se bornera à effacer progressivement les diversités accidentelles entre législations régissant des peuples de même civilisation» [La acción unificadora atribuida al derecho comparado (...) borrará progresivamente las diversidades accidentales entre legislaciones que rigen los pueblos de una misma civilización], señaló. Esta afirmación suscita una serie de dudas. ¿Son las diferencias que separan las legislaciones de los estados modernos en verdad accidentales? ¿No deberían centrarse los comparatistas en muchos otros aspectos además de las leyes? ¿Es la unificación jurídica deseable por igual en todas las ramas del derecho? Estas y otras muchas preguntas permanecen todavía abiertas hoy. Y, sin embargo, el derecho comparado se ha embarcado con entusiasmo en la preparación de bases para la unificación jurídica tanto a nivel mundial como europeo. Igualmente, la europeización de la doctrina jurídica ha logrado progresos considerables en los dos últimos decenios, con la producción de una destacable literatura que incluye monografías, manuales, *casebooks* y revistas que cubren un variado abanico de disciplinas. Con todo, el sello distintivo de la doctrina comparatista en pos de la europeización se encuentra en la sorprendente proliferación de grupos de investigación transnacionales. La interacción a que han dado lugar ha supuesto un significativo cambio de mentalidad, en particular entre la generación más joven de académicos.

II. PARÍS 2011

A nadie entre el público se le habrá escapado que París es un lugar muy simbólico para el Congreso Inaugural de una nueva iniciativa que ansía también aunar juristas de muy distintos países. París evoca la que se ha llamado la *belle époque* del derecho comparado y el idealismo con que nuestros predecesores buscaron superar el nacionalismo político y jurídico que entonces predominaba. Pero a la vez nos recuerda el salto que existe entre los enfo-

ques propuestos, los sentimientos manifestados, el lenguaje elevado y las tareas afrontadas 111 años atrás.

Esta nueva iniciativa en virtud de la que se ha convocado este Congreso Inaugural es el Instituto de Derecho Europeo (ELI por sus siglas en inglés, European Law Institute). La fundación de un Instituto como este se ha venido repetidamente sugiriendo, incluso demandando, durante los últimos diez o quince años, en particular por la existencia de algunos déficits estructurales que han entorpecido la armonización jurídica en Europa. Estos llamamientos motivaron, por una parte, la creación de la Asociación para un Instituto de Derecho Europeo (ELIA), y, por otra, la convocatoria del congreso «¿Un Instituto de Derecho Europeo? Hacia la Innovación en la Integración Jurídica Europea», organizado por el Instituto Universitario Europeo de Florencia. Las ponencias de este congreso pusieron de relieve un amplio consenso en que era deseable la fundación de un Instituto de Derecho Europeo. Podría incluso decirse, usando una famosa frase acuñada hace 200 años, que es parte de la «vocación» de nuestro tiempo en relación con el derecho y la doctrina jurídica. Las reuniones subsiguientes y distintas conversaciones desembocaron en una iniciativa conjunta que, a su vez, se tradujo en la creación del ELI a mediados del mes de abril.

Como presidente, junto con la Dra. Irmgard Griss [presidenta del Tribunal Supremo austriaco], del Comité Fundador, me corresponde familiarizarles con las características principales de este Instituto y con su manera de funcionar. Intentaré hacerlo subrayando una serie de retos que debe afrontar el ELI. De vez en cuando haré referencia a la iniciativa que comúnmente se menciona como fuente de inspiración del ELI: el American Law Institute, cuya creación la preparó un «Comité para el Establecimiento de una Organización Permanente para el Perfeccionamiento del Derecho» presidido por Elihu Root, quien fuera Secretario de Estado. La denominación del Comité es reveladora de la finalidad perseguida, al igual que, tal vez con mayor detalle, su acta constitutiva, donde se lee que su misión consiste en «promover la clarificación y la simplificación del derecho y su mejor adaptación a las necesidades sociales, garantizar la mejor administración de justicia y fomentar y proseguir con la labor jurídica científica». Esto ciertamente concuerda con los objetivos del ELI tal como los enuncia el art. 3 de sus Estatutos, a la vez que incita al lector a pensar en el Plan de la Comisión Europea «Legislar mejor» [http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_es.htm], pues, como razona el Presidente de la Comisión, «El Derecho europeo es la esencia de la especificidad de la Unión Europea»

y, por ello, «hemos de asegurarnos de que las disposiciones legislativas y reglamentarias europeas estén bien canalizadas, se apliquen de manera apropiada al nivel correspondiente y sean proporcionales a las necesidades». Una mejor legislación se ha convertido en una «prioridad de base» de la Comisión, y el ELI, pienso, contribuirá en la medida de lo posible a ello.

El American Law Institute se fundó el 23 de febrero de 1923, hace ya 88 años, y sería de necios no preguntarse qué podemos aprender de su experiencia.

III. MIEMBROS

El primer, y quizás obvio, reto que debe afrontar el ELI es el de sus miembros. El American Law Institute lo forman 4.000 abogados, jueces y académicos de todas las áreas del derecho tanto estadounidenses como extranjeros. El ELI, a fecha de hoy, tiene cincuenta y dos miembros fundadores, procedentes de veintidós países distintos, entre los que se cuentan profesores, jueces, procuradores de los tribunales, registradores, notarios y abogados, especializados en derecho público, privado, procesal, internacional privado o comunitario, y que representan una veintena de redes o organizaciones activas en el campo del derecho europeo. La lista de miembros fundadores, en esencia, refleja la génesis del ELI, por cuanto se consideró adecuado y oportuno implicar y conjuntar los dos organismos que iniciaron el proceso que ha culminado en su creación, esto es, ELIA (Asociación para un Instituto de Derecho Europeo) y el Instituto Universitario Europeo de Florencia. Sus respectivas iniciativas se mostraban complementarias, ya que si ELIA se basaba en la membresía individual (en poco tiempo fue capaz de atraer a más de 300 miembros), el Instituto Universitario Europeo había invitado a representantes de las diversas redes activas en tema de derecho europeo. Se organizaron tres grupos de trabajo, uno encargado de redactar los artículos de los estatutos, otro de determinar la composición del Comité Fundador, y el tercero de preparar el congreso fundacional de París; cada grupo estaba coordinado por un miembro del Instituto Universitario Europeo, otro del ELIA y un tercero elegido de consuno por los dos. Con ello, los miembros del Comité Fundador señalados por cada uno de estos grupos de trabajo devinieron miembros fundadores del ELI. Algunos de ellos pertenecían al comité del ELIA, otros representan asociaciones o redes de profesionales o académicos. Sin embargo, los miembros fundadores se han limitado a

poner en marcha al ELI. Cualquier persona física que desee contribuir activamente al desarrollo del derecho europeo puede convertirse en miembro, siempre que se comprometa a hacerlo en base a sus propias convicciones personales y profesionales y no como valedor de intereses particulares, es decir, siempre que actúe con independencia. Los miembros son admitidos por el Consejo del ELI por mayoría de dos tercios. En el formulario de registro de asistencia al Congreso se preguntaba si se quería ingresar como miembro del ELI. Hay otras categorías de miembros que se detallan en el art. 8 de los estatutos, como los Miembros de oficio, los Observadores individuales y los Observadores institucionales. A diferencia del American Law Institute, no se ha fijado un número máximo de miembros, pues el ELI intenta ser incluyente, no elitista. No se trata de constituir una academia. En particular, se ha intentado estimular la incorporación de la generación de juristas más jóvenes, y de hecho por lo menos dos de los miembros del primer Consejo pertenecen a esta generación.

IV. ORGANIZACIÓN

El segundo reto del ELI, probablemente igual de obvio, consiste en diseñar mecanismos de funcionamiento operativos, en particular en cuanto a la coordinación de los diversos órganos que lo componen. Algunos aspectos claves de la gobernanza del ELI se han inspirado en el American Law Institute, puesto que, como este, se organiza en una Asamblea General (de la que forman parte todos los miembros del ELI), un amplio Consejo (60 personas en el caso del ELI, hasta un máximo de 65 en el American Law Institute), y un Comité Ejecutivo integrado por el Presidente, el Vicepresidente, el Tesorero y cuatro miembros ordinarios. Los miembros del Consejo los elige la Asamblea General, y los del Comité Ejecutivo el Consejo de entre sus miembros. El ELI se ha registrado como asociación internacional sin fin lucrativo de acuerdo con el derecho belga, que se consideró el más flexible y, por ello, el más adecuado para constituirse. Según el derecho belga, una tal asociación debe contar con un «órgano directivo general» y un «órgano administrativo general», por lo que a esa Asamblea no solo le corresponde elegir los miembros del Consejo, sino también aprobar las cuentas y el presupuesto, así como los resultados de los proyectos que acometa la asociación. Por su parte, el Consejo, en tanto que «órgano administrativo general», juega un papel fundamental en la gestión de los proyectos del ELI. Hubiera sido posible configurar un Con-

sejo de hasta 60 miembros como el «órgano directivo general» y al Comité Ejecutivo como «órgano administrativo general», lo que fue objeto de largo debate, si bien finalmente se optó por la presente estructura por cuanto, al implicar más intensamente a los miembros del ELI en su funcionamiento, se ganaba un mayor grado de legitimidad.

Un rasgo distintivo del ELI es la existencia de un «Senado». El Senado es un «órgano formado por personas de destacada reputación» nombrados con carácter vitalicio. Los diez primeros miembros los ha escogido el primer Consejo, y posteriormente será el mismo Senado quien coopte nuevos miembros, hasta un máximo de 21 personas que no hayan cumplido los 80 años. El Senado debe ser informado por el Consejo de las acciones y las decisiones acordadas, y puede «hacer recomendaciones y aconsejar por iniciativa propia o por consulta elevada por cualquiera de los restantes órganos de la Asociación». Además, corresponde al Senado la resolución de cualquier conflicto interno.

Finalmente, el ELI dispone de una secretaría. Se realizó una oferta pública para cubrir este cargo. De los términos de la oferta ya se deducía que el ELI no deseaba generar burocracia. La secretaría la forman un Secretario General con dedicación exclusiva y personal de apoyo como un administrativo y un informático. La concepción es más la de un utilitario que la de una limusina. La secretaría no se concibe que ejecute ningún proyecto del ELI, sino que sus funciones consisten en vigilar y coordinar el trabajo que se lleve a cabo dentro del ELI, crear y mantener el sitio web de modo que favorezca la más amplia participación de los miembros del ELI en sus actividades, y publicar una *newsletter* sobre estas actividades y los avances que se produzcan en el derecho europeo. Otra tarea consiste en facilitar la comunicación dentro del ELI así como entre el ELI y otras redes y organizaciones responsables de, o interesadas en, el desarrollo del derecho europeo. La sede de la secretaría, por un primer período de cuatro años, será fija, y durante el último año de este cuatrienio se decidirá si continúa en la misma sede o se muda a otro lugar. La oferta de la Universidad de Viena para este primer período ha sido aceptada. El puesto de Secretario General se publicitará de inmediato.

Así pues, el ELI posee una estructura compleja. Serán necesarios los esfuerzos de todos para lograr que funcione correctamente y que sus órganos desarrollen un modelo de interacción que encuentre el punto justo de equilibrio entre eficiencia y legitimación.

V. PROFESIONALES DE PROCEDENCIA DIVERSA

Los Miembros Fundadores del ELI practican un amplio abanico de profesiones jurídicas. Si bien es innegable que el proceso constitutivo ha sido dominado por los académicos, no lo es menos que uno de los retos determinantes del ELI es la implicación en sus actividades de jueces, procuradores, notarios, abogados, letrados de los parlamentos y otros profesionales con más intensidad de lo que hasta la fecha ha sido posible. La colaboración estrecha entre académicos y juristas prácticos es una de las características del American Law Institute, y una de las claves de su éxito. Las siete personas que otorgaron su acta constitutiva eran prácticos del derecho, en su mayoría jueces, entre ellos un ex presidente y un futuro presidente del Tribunal Supremo norteamericano. La mayor parte de los otorgantes ejercían en el Distrito de Columbia. Hoy son menos de una cuarta parte los miembros que son académicos, lo que es revelador del prestigio que merecen los juristas prácticos en relación con los académicos en Estados Unidos y en Europa, respectivamente, y de quiénes se considera que juegan el papel determinante en el desarrollo del derecho. No debe olvidarse que también en Europa el derecho lo han conformado y lo siguen conformando académicos y prácticos, o, citando el título del libro de Raoul van Caenegem, «jueces, legisladores y profesores». Al mismo tiempo, hay que notar que no existen muchos foros a nivel nacional o supranacional donde los distintos profesionales del derecho puedan discutir y colaborar. Fue por esta razón que se creó el Fórum de Juristas Europeos, que viene organizando congresos bianuales desde 2001, y que se basa en la idea de un *Juristentag* como el que por primera vez se celebró en Berlín en 1860, persiguiendo aunar prácticos y académicos para debatir problemas legales contemporáneos e influir en el desarrollo judicial y legislativo del derecho. Este modelo ha tenido mucho éxito en Alemania, lo mismo que en otros países vecinos, pero sin embargo el impacto del Fórum Europeo ha sido más bien escaso. Entre las razones que lo explican cabe señalar que este Fórum de Juristas Europeos es itinerante, pues consiste en un gran congreso que cada dos años organiza el gobierno de un país distinto donde se debaten tres cuestiones que se consideran de interés y en el que se presentan y discuten comunicaciones y una ponencia general.

Por consiguiente, hay espacio para una entidad que observe, evalúe y estimule el desarrollo del derecho europeo sobre una base de permanencia y sistematicidad y desde la independencia, esto es, que no esté auspiciada por ningún gobierno u organización política

o empresarial, sino únicamente por juristas europeos. El Fórum de Juristas Europeos carece de sede permanente y de carácter institucional, por lo que no puede embarcarse en ningún diálogo fructífero con la Comisión Europea, ni estar disponible para asesorar o realizar comentarios críticos con continuidad, a diferencia del ELI. Ello no obsta, por supuesto, a que sea imaginable algún tipo de colaboración con el Fórum, en particular por la diferente composición de ambas entidades.

VI. DIVERSIDAD DE DISCIPLINAS

Los Miembros Fundadores del ELI abrazan un amplio abanico de disciplinas jurídicas, tanto el derecho público como el privado, el derecho sustantivo y el procesal. Con todo, los iusprivatistas han predominado en el proceso constituyente, lo que puede deberse al papel central que la europeización del derecho privado ha tenido en la agenda jurídica europea de los últimos veinte años. Asimismo, el derecho privado, por diversas razones, ha sido el centro de atención principal de la doctrina de derecho comparado que se ha esforzado en la armonización internacional del derecho. Al mismo tiempo, el derecho comunitario es principalmente derecho público, al Tribunal de Justicia Europeo se le denomina confusamente como Tribunal Constitucional de la Unión Europea, y se ha desarrollado un cuerpo significativo de derecho administrativo puramente europeo. Por ello, el ELI debe pelear por involucrar a administrativistas y constitucionalistas, así como a juristas de otras ramas que hasta la fecha han tenido poca representación, por ejemplo penalistas (quizás históricamente la rama del derecho más vinculada con la soberanía nacional) y expertos en derecho internacional público y privado, derecho del trabajo, derecho de sociedades o derecho de la competencia. En este sentido, ha habido un amplio consenso desde el inicio en que el ELI debe ser lo más incluyente posible por lo que a las disciplinas legales se refiere.

Cabe, pues, albergar la esperanza de que el ELI actúe como antídoto a la creciente especialización que ha amenazado la unidad del derecho durante algún tiempo. Son incontables las nuevas revistas que, a lo ancho y largo de Europa, se han centrado exclusivamente en nuevas subdisciplinas como el derecho de la seguridad social, el derecho deportivo, el derecho del tráfico y la seguridad vial, el derecho de la contratación pública, el derecho concursal, etc., de modo que con tan especializadas publicaciones estos campos tienden a alejarse de quien no los practica. Cada nueva subdis-

ciplina desarrolla sus propias estructuras y conceptos, su discurso peculiar, y esto incluso sucede con el Derecho de la Unión Europea. En cierta medida es inevitable, pues para tratar de contribuir con originalidad al progreso del Derecho, el jurista debe acreditar la profundidad con que conoce su área de conocimiento, de modo que todos acabamos por saber más y más de menos y menos. Y esto vale para muchos campos del Derecho. Pero así corremos el riesgo de perder de vista los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y nuestro patrimonio jurídico en su conjunto. Los planes de estudio de nuestras facultades de derecho no actúan como contrapeso, porque han tendido a reducir el peso de las materias fundamentales, como la historia del derecho o la teoría del derecho, que son esenciales para una reflexión crítica sobre la ley. Los especialistas siempre se arriesgan a adoptar y a dar por supuesta una perspectiva sesgada. El derecho de obligaciones europeo proporciona un buen ejemplo de un área del derecho continuamente amenazada por esta perspectiva sesgada desde el momento en que se asume que su fuente de legitimación es su contribución al funcionamiento del mercado interior. Pero el derecho contractual es mucho más que una herramienta para crear mercados, pues al basarse en la libertad contractual, es un medio de promover la autodeterminación del ser humano (aunque, por supuesto, un contrato solo puede ser aceptado por la comunidad jurídica si es el resultado de una decisión autónoma de *ambas* partes contractuales).

Hay pocos estrados cuyo objetivo sea hoy establecer vínculos entre juristas pertenecientes a un ámbito de estudio o práctica con los de otros. Iusprivatistas y iuspublicistas tienden a constituir asociaciones separadas y a reunirse en congresos distintos, e incluso dentro del derecho privado hay fronteras invisibles pero efectivas que separan a quienes cultivan el derecho contractual, los derechos reales, el derecho de daños o el derecho de sociedades, por citar algunos supuestos. El propósito del ELI es convertirse en un lugar de encuentro en que los juristas puedan tomar conciencia de su excesiva concentración disciplinar, de que la línea divisoria entre el derecho público y el derecho privado no es tan diáfana ni consolidada en todos los ordenamientos jurídicos (el *common law* proporciona probablemente el mejor ejemplo de ello), y en que atestigüen que los lindes clásicos entre disciplinas se están difuminando. Todos conocemos el fenómeno de la gradual penetración en el derecho privado de los derechos y principios fundamentales constitucionales y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, asumimos que cada vez más sectores del derecho no pueden catalogarse como de derecho público o privado (derecho de la competencia,

derecho fiscal), observamos tanto que el Estado moldea las relaciones jurídicas entre los ciudadanos cuanto que el derecho privado es utilizado con frecuencia creciente para regular la economía, con lo que, al cabo, nos vemos obligados a cuestionar y a repensar la relación entre la gobernanza pública y la gobernanza privada.

VI. TRADICIÓN(ES) JURÍDICA(S)

El ELI debe ser integrador en otro aspecto igualmente crucial: debe reflejar la diversidad de «tradiciones jurídicas» y de «culturas jurídicas» que conviven en Europa. Así se ha enfatizado, una y otra vez, en los diversos documentos que se han elaborado en el proceso fundacional del ELI. Estas dos expresiones, sin embargo, plantean diversas cuestiones. Según Zweigert y Kötz, el derecho europeo está formado por cuatro familias jurídicas: la romanista, la germanista, la nórdica y el *common law* inglés. Patrick Glenn, por su parte, sólo se refiere a las tradiciones jurídicas del *civil law* y del *common law*. Harold J. Berman contempla a Europa como la cuna de una tradición jurídica «occidental». René David y Camille Jauffret-Spinosi, aunque emplean el término «familia jurídica» como Zweigert y Kötz, distinguen solo a dos a semejanza de Glenn. Pero también hay quienes ligan el concepto de tradición jurídica o de cultura jurídica a los modernos Estados-nación. Entonces, tendríamos 27 culturas jurídicas (o más, si contamos a Escocia o Cataluña, entre otras regiones) en la Unión Europea. ¿Qué relación existe entre los conceptos «familia jurídica», «tradición jurídica» y «cultura jurídica»? ¿Cuál es su valor epistemológico? ¿Cuál es su punto de referencia? ¿No se trata más bien de mantos para enmascarar convenientemente la perpetuación de ciertos mitos y preconcepciones? La relación entre derecho y cultura, o cultura jurídica, es mucho más compleja de cuanto a veces se insinúa.

Pongamos ejemplos y acudamos al derecho de sucesiones, que habitualmente se considera como estable y como muy moldeado por las peculiaridades culturales de cada lugar, pues se dice que pertenece al «alma» de la cultura de cada nación por lo que no es susceptible ni de estudio comparado ni, todavía menos, de armonización jurídica. ¿Qué requisitos formales debe cumplir la persona que quiere otorgar testamento? El derecho alemán reconoce el testamento ológrafo y el notarial, Holanda solo el testamento notarial, y el *common law* inglés solo el testamento ante testigos. Sin embargo, el testamento ante testigos rigió en amplias zonas de Alemania hasta fines del siglo XIX, el derecho Romano-holandés lo había

admitido aunque con solo cinco testigos en vez de los tradicionales siete, y los tribunales eclesiásticos introdujeron a finales del siglo XVI el testamento ológrafo en Inglaterra. Por consiguiente, no cabe concluir que los requisitos formales del testamento exigidos en Alemania, Holanda o Inglaterra sean una característica profundamente arraigada y determinante de las culturas jurídicas de estos países. Además, no se vislumbra ninguna explicación cultural al hecho de que dos países tan cercanos como Alemania y Holanda no puedan al unísono aceptar o rechazar la forma ológrafa. El derecho alemán estuvo a punto de lo segundo, pues se argumentó que no había que otorgar tanto peso a las costumbres y tradiciones de pueblos no germánicos (¡como los franceses!) que admitían este tipo de testamento, y fue en el último momento que logró deslizarse dentro del BGB. Así pues, las diferencias entre ordenamientos jurídicos pueden ser un tanto «accidentales», por usar el término de Lambert en el Congreso de París de 1900. Esto no significa, sin embargo, que una vez que un ordenamiento jurídico ha adoptado una forma testamentaria, esta no pueda acabar más pronto o más tarde por ser percibida como un componente constituyente de una determinada cultura jurídica, es decir, de aquello a que están habituadas las personas que viven en un determinado país dotado de un Derecho propio. Los trasplantes jurídicos a gran escala, como la recepción del derecho romano en la Europa central, del derecho alemán en Japón, del derecho suizo en Turquía, del derecho inglés en Sudáfrica, o del derecho de sociedades norteamericano en Europa, permiten albergar la duda del arraigo del derecho en una cultura concreta, y lo mismo los desarrollos legales a que empuja la globalización económica contemporánea.

«Cultura» es un concepto espinoso, especialmente conocido en la literatura antropológica y sociológica, que se supone que encapsula la especificidad de una concreta sociedad. Se utiliza para definir dicha sociedad, para describir su identidad, y para distinguirla de otras. Por ello, con frecuencia presenta una connotación esencialista y de contraposición. Lo mismo vale para la expresión «cultura jurídica», que ha ganado actualidad en el discurso comparatista para enfatizar que el estudio del derecho comparado no consiste exclusivamente en la comparación entre normas jurídicas. Esto último es correcto, pero olvida explicitar que el Derecho, por lo menos en nuestra experiencia europea, constituye una tradición. Tiene una historia que lo ha moldeado, y se caracteriza por su capacidad intrínseca de desarrollarse.

La peculiar dinámica y vitalidad de la tradición jurídica europea se explica por la fértil tensión entre unidad y diversidad, pues

el derecho medieval y de principios de la edad moderna se componía de distintos elementos: derecho romano, el derecho propio de cada territorio, el derecho canónico, el derecho feudal, la costumbre mercantil y la teoría del derecho natural. Incluso la práctica jurídica durante la recepción del derecho romano estaba impregnada de un pluralismo legal apenas imaginable hoy en día. Con todo, era una diversidad en el marco de una unidad intelectual, determinada por la enseñanza del derecho y por una literatura jurídica culta que bebían de las mismas fuentes. Esta unidad intelectual empezó a resquebrajarse cuando los escritores «institucionales» de los siglos XVII y XVIII dejaron de debatir sobre el Derecho romano y comenzaron a hacerlo sobre el Derecho romano-holandés, romano-escocés, romano-español, o romano-sajón, y se perdió con el movimiento codificador que sacudió la Europa continental, pues se asumió que los códigos nacionales contenían un sistema de normas cerrado y completo que debía interpretarse autónomamente. Y, sin embargo, aún hoy se mantiene este patrón tradicional de unidad y diversidad, pues nos hemos dado cuenta de que pese a las diferencias que muestran nuestros ordenamientos jurídicos contemporáneos, pueden concebirse como manifestaciones actuales de una misma tradición genuinamente europea. No es una coincidencia que igualmente hayamos comenzado a cuestionar la idea de que todo el Derecho emana del Estado-nación moderno y a estudiar el fenómeno de las «codificaciones no legislativas» (Nils Jansen) en una dimensión histórica y comparada.

Por lo tanto, si nuestro objetivo es superar la fragmentación nacional del Derecho y reestablecer la doctrina jurídica como una disciplina cuyas fronteras ya no coinciden con las políticas, debemos (por lo menos así lo procurará el ELI) hacer lo posible por facilitar esta tarea reconstruyendo la base común existente entre los ordenamientos jurídicos nacionales europeos, pero partiendo de que todos pueden contribuir a ello con su peculiar mentalidad, su modo de tratar las fuentes del derecho, su estilo, su sabor, sus instituciones jurídicas distintivas, y su experiencia: el «trust sin equity» escocés, los conceptos italianos de daño injusto, daño biológico y daño existencial, el «sistema flexible» austriaco, la manera como en Suiza se maneja la diversidad lingüística con un solo ordenamiento jurídico, la unificación jurídica en Escandinavia, los nuevos derechos de sucesiones neerlandés y catalán, o la recepción de las reglas-modelo internacionales en las recodificaciones de la Europa central y oriental. El discurso comparado en Europea es frecuentemente dominado por Inglaterra, Francia y Alemania, con lo que no siempre se tiene en cuenta la riqueza de otros ordenamientos jurídi-

cos. El ELI solo resplandecerá si atiende a este tesoro de experiencias. Es claro que este aspecto su tarea será mucho más complicada que la del American Law Institute.

VIII. DERECHO Y LENGUA

Lo mismo sucede como consecuencia del hecho de que mientras los juristas norteamericanos hablan una misma lengua, el inglés, en Europa nos comunicamos mediante muchas lenguas distintas. Solo la Unión Europea tiene 23 idiomas oficiales. La carga de trabajo de la Dirección General de Traducción no cesa de aumentar, pues el año 2010 su producción fue de 1,86 millones de páginas con un coste estimado de 300 millones de euros. El ELI carece de la capacidad de cubrir tal volumen de costos y de tener todos sus documentos traducidos a todas las lenguas europeas. Por consiguiente, deberá adoptar la lengua que sea más fácilmente accesible a todos sus miembros en tanto que habitual en los negocios, lengua que es el inglés, y que ya ha sido adoptado en ciencias naturales, medicina, psicología, economía y otras ciencias sociales, de modo que quien quiere ser citado internacionalmente sabe que debe publicar en inglés. Cada vez más esto sucede con el Derecho. Hasta en Bruselas ya no predominan los dos idiomas tradicionales (el buen francés y el mal francés), pues cada vez más documentos se redactan en inglés y más reuniones se desarrollan en inglés. Esto no significa que las lenguas nacionales vayan a perder importancia. Mientras existan ordenamientos jurídicos nacionales, la literatura y el discurso que se ocupen de ellos será, mayoritariamente, en la correspondiente lengua nacional. Pero tendremos que acostumbrarnos a, por lo menos, un régimen de bilingüismo, lo que no es nuevo en Europa, pues los juristas doctos de los siglos XIII a XVIII estaban habituados a una situación semejante, ya que, aparte de su lengua materna, tenían que dominar el latín.

Diversos argumentos han sido esgrimidos en contra del uso del inglés como una nueva *lingua franca* en la doctrina y la práctica jurídica europea. Por ejemplo, se ha señalado que el inglés que emplean los juristas europeos no es la rica lengua de Jane Austen o Anthony Trollope, sino un inglés básico cuando no pobre. O que el lenguaje jurídico inglés es la expresión del genuino pensamiento jurídico inglés y que, por ello, no puede ser apropiado como medio de comunicación de un Derecho y una doctrina verdaderamente europeos. Aún más, que la confianza exclusiva en una sola lengua

no conduce sino al empobrecimiento cultural, igual como la unificación del Derecho entraña una pérdida de diversidad cultural.

Aunque estos argumentos poseen un núcleo de verdad, no deben ser exagerados. No todas las traducciones son tan horribles como las que proporcionan algunos programas informáticos. Entre las nuevas generaciones de juristas el dominio del inglés es común. Por otra parte, lengua y cultura jurídica no siempre se muestran indisolublemente unidos. El derecho romano-holandés en Sudáfrica, Luisiana y Escocia son ejemplos de ordenamientos jurídicos en los que se utiliza el inglés sin que se aplique el *common law*. El derecho alemán y el suizo fueron recibidos en Japón y Turquía, respectivamente, pero no el alemán ni ninguna de las lenguas helvéticas. Lo mismo cabe decir de la terminología que han acuñado los grupos internacionales. Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos usan las palabras «solidary» y «prescription of claims» en vez de «joint and several» y «limitation of actions», intentando crear una terminología europea en un inglés correcto pero que no acarree el bagaje del *common law* inglés. Del mismo modo, el latín de Vinio o de Voet no era el clásico de Virgilio o Cicerón. El gran éxito de Pothier se explica en parte porque expresaba en buen francés lo que previamente había escrito en mal latín Dumoulin, y su influencia en el desarrollo del derecho de obligaciones inglés se debe a la traducción de su *Traité des obligations* al inglés en 1806.

Esto nos lleva al asunto de las traducciones. Quienquiera que ha acometido la traducción de un texto jurídico a otra lengua ha experimentado las considerables dificultades que implica, pero sabe que no es imposible lograr una buena traducción, y se da cuenta de lo mucho que aprende en el proceso sobre su propia lengua y su manera de razonar. El gran historiador del arte Erwin Panofsky, obligado a abandonar Alemania en los años 1930, dijo: «Cualquier historiador del arte formado en Alemania que pretende comunicarse en inglés debe construir su propio vocabulario. Durante este proceso, se dará cuenta de que su terminología materna era con frecuencia innecesariamente difícil de comprender o muy imprecisa, pues el alemán permite por desgracia esconder un pensamiento trivial bajo un tupido velo de aparente profundidad. (...) En pocas palabras, hasta un historiador del arte que escribe o habla inglés debe saber, poco o mucho, lo que piensa y lo que quiere decir, y esto tiene un efecto extraordinariamente saludable para todos nosotros». Incluso cabría afirmar que la traducibilidad constituye no solo un indicador fiable de la claridad de ideas, sino también de la buena doctrina.

Lo anterior supone para el ELI que, si bien frecuentemente se expresará en inglés, debe ser más pragmático que normativo. Debería alentar a sus grupos de trabajo a emplear aquella lengua que consideren más adecuada para su quehacer. En particular, tiene que contribuir a que los hitos de sus comunidades jurídicas estén a disposición de la comunidad de juristas europeos. Así, por ejemplo, debe apoyar o acometer la traducción de textos jurídicos y literatura –por ejemplo, las recodificaciones de los países de la Europa central y oriental– a una lengua más mayoritaria que el estonio, el polaco o el húngaro; tampoco, hasta donde mi conocimiento alcanza, el código civil portugués de 1966 ha sido traducido a ninguna otra lengua. El ELI debería promover el trilingüismo para una formación jurídica verdaderamente europea: la lengua materna, el inglés y un tercer idioma. Esto, según mi experiencia, representa un modo efectivo de deshacerse de los prejuicios nacionales por cuanto permite el acceso directo por lo menos a tres tradiciones jurídicas.

IX. EL LUGAR DEL ELI

1. EN RELACIÓN A OTRAS «REDES»

El siguiente reto que debe afrontar el ELI es su posicionamiento en relación a organizaciones preexistentes. En primer lugar, a las distintas «redes» constituidas para el progreso en la europeización del Derecho. La propuesta del Instituto Universitario Europeo de Florencia descansaba en la idea de aunar esas redes. Es sorprendente cuántas hay. Algunas de ellas se orientan a la enseñanza del Derecho, otras son redes de investigadores comprometidos en la redacción de principios de derecho europeo o a la búsqueda del núcleo común, otras solo pretenden ser una plataforma para el debate o para la cooperación entre expertos. Unas representan sectores de las profesiones jurídicas, otras son asociaciones de facultades de derecho, de institutos de investigación, de académicos que cultivan una rama del Derecho como el derecho administrativo, el derecho de obligaciones y contratos o el derecho de familia. La redacción de instrumentos de *soft law* por grupos formados por profesores, centrados en el acervo común europeo o en el acervo comunitario, ha gozado de gran predicamento. Los Presidentes de los Tribunales Supremos de los Estados de la Unión Europea tienen su propia red, al igual que los jueces de lo contencioso-administrativo, los ministros de justicia, los registradores o los procuradores. Se organizan de modo diverso, algunos infor-

malmente mientras o constituyendo en algún tipo de entidad o en algún país, sin sede fija y o con una sede en una ciudad. También hay redes supranacionales creadas con el objetivo general de incrementar la participación de juristas de un determinado país en el desarrollo del derecho europeo. Incluso cabe que existan dos asociaciones en un mismo ámbito con fines más que similares. Algunas de estas redes se financian con las cuotas que pagan sus miembros, otras reciben fondos de gobiernos nacionales, de academias, de organizaciones profesionales o de la Comisión Europea. Difícilmente podría hallarse una imagen más variopinta. Pero tanta variedad genera confusión. Muchas organizaciones se desconocen entre sí e ignoran cuáles son sus actividades. Una de las funciones del ELI es la de proporcionar una plataforma donde puedan converger todas estas iniciativas, comunicarse y, llegado el caso, cooperar. A lo largo del proceso fundacional del ELI ha existido total unanimidad en que no tiene que absorber ni reemplazar a ninguna de las redes u organizaciones existentes. Sí debe actuar como un fertilizante que permita florecer a las otras plantas del jardín del derecho europeo sin asfixiarlas. Es por ello que todas las redes y organizaciones están invitadas a participar en las actividades del ELI y en su orientación.

2. EUROPA

A continuación, hay que tomar en consideración los órganos oficiales de la Unión Europea responsables de la legislación europea, en primer lugar la Comisión. El ELI se fundamenta, y este es su compromiso, en el principio de independencia política y económica. Ello constituye un rasgo distintivo del ELI, lo que significa, en particular, que no ha sido creado ni por la Comisión, ni por ningún gobierno nacional, ni por ningún grupo de *stakeholders*. Como consecuencia, el proceso de constitución ha resultado complicado, y puede implicar un cierto grado de complejidad en su funcionamiento. Pero es un aspecto clave sobre el que se sustentará la legitimidad que el ELI tenga o pueda llegar a tener, pues si la Comisión Europea solicita consejo para una mejor legislación, o para la revisión del acervo en materia de derecho de consumo, o en cualquier otra materia de derecho europeo o de política jurídica, será porque desea un asesoramiento imparcial e independiente, y lo querrá de un organismo que reúna todos los grupos de *stakeholders* sin estar dominado por ninguno de ellos. Es obvio que el asesoramiento en la preparación de anteproyectos va a ser un quehacer esencial del ELI, así como la evaluación de la legislación ya existente, los estu-

dios comparados de implementación o las valoraciones de impacto. Puesto que otras intervenciones en este Congreso fundacional tratarán estas cuestiones, no voy a entrar en más detalles. Simplemente me gustaría subrayar que el ELI no debe pecar de excesivamente ambicioso. El American Law Institute únicamente preparó nueve *Restatements* en sus primeros diecinueve años de vida, por lo que será suficiente si el ELI da sus primeros pasos con dos o tres proyectos propios. La elección de estos proyectos debe basarse no exclusivamente en sus méritos académicos sino también en si responden a una necesidad práctica (como la había, por la desoladora situación del derecho americano a principios del siglo xx, para los *Restatements*) y en si otros grupos europeos tratan ya la cuestión. El ELI, pues, debe estimular y, si es necesario, asumir nuevos proyectos, pero no duplicar lo que otros estén ya realizando. Podría, en este sentido, aplicarse al ELI la idea del principio de subsidiariedad. Tampoco debe considerarse como de mérito un proyecto solo porque lleve la marca del ELI, ni cabe esperar que un proyecto del ELI gane prestigio *ratione imperii*, sino que será necesario persuadir a la comunidad jurídica de la calidad de sus resultados.

La comparación con el American Law Institute conduce a otra observación. El American Law Institute se ganó su reputación, en primer lugar, con los *Restatements* antes mencionados. La noción del *restatement* ha sido muy atractiva e influyente en los debates sobre el derecho privado europeo, en especial desde la publicación de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Pero también ha sido a veces empleada para abastecer de reglas modelo redactadas por grupos de académicos basadas en lo que se estima que es aceptable, o aceptado, en Europa. En muchos ámbitos del derecho en Europa la idea del *restatement* carece de sentido porque no hay nada que pueda ser objeto de *restatement*. Se requieren muchos trabajos preliminares antes de poder disponer de textos que puedan aspirar a ganar un reconocimiento parecido al de los *Restatements* americanos. Para estos trabajos preliminares es difícil que el ELI sea la institución adecuada. Esto no significa que el ELI no pueda, como se expone en su Manifiesto, llevar a cabo y facilitar la investigación en un plano paneuropeo, en particular mediante la redacción, la evaluación o el perfeccionamiento de principios y reglas que sean comunes a todos los estados miembros. Pero hay que tener mucho cuidado en escoger los ámbitos en que esto sea posible. También en las áreas en que no sea factible, la elaboración de principios sobre la base de la investigación comparada y el debate transnacional puede resultar un ejercicio útil, pero no porque vayan a reflejar lo que pudiera ser una solución acepta-

ble para los ordenamientos jurídicos europeos, sino en la medida en que, por su capacidad de convicción, contribuyan a una aproximación gradual de dichos ordenamientos jurídicos nacionales. El mismo American Law Institute ya no se limita a confeccionar *Restatements*, sino que, desde 1970, ha empezado a formular «Principios» para aquellos sectores del Derecho en que observa la necesidad de reforma, o de regulación, contribuyendo así –normalmente en colaboración con la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*– a la redacción de leyes modelo (pese a que la influencia de los *lobbies* en esta última ha sido criticada y ha abierto un interrogante a esta cooperación).

No es fácil definir qué es Europa. Con frecuencia se equipara a Unión Europea y a los Estados miembros, mientras que los ingleses tienden a identificar Europa con la Europa continental. Durante más de 500 años se ha debatido si Rusia forma parte de Europa. Lo mismo sucede ahora con Turquía. Tanto la Federación Rusa como Turquía son miembros del Consejo de Europa, una organización internacional que ha auspiciado la adopción del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y que, dicho sea de paso, es responsable del primer éxito en la armonización jurídica en Europa, el Convenio sobre responsabilidad de los hoteleros de 1962). Son 47 los miembros del Consejo de Europa frente a los 27 de la Unión Europea. A lo largo del proceso fundacional del ELI no ha existido ninguna duda de que sus actividades y miembros no se limitan a la Unión Europea, sino que por el contrario el deseo es trabajar conjuntamente con aquellas organizaciones interesadas en el desarrollo del derecho europeo en su sentido más amplio posible. De nuevo, la filosofía que late en el ELI es la de la mayor inclusión.

3. LA PERSPECTIVA GLOBAL

Hay, también, iniciativas que persiguen la armonización jurídica en otras partes del mundo. Ya se ha mencionado repetidamente al American Law Institute, con el que el ELI quiere tejer lazos estrechos. El ELI podrá beneficiarse, así, de la experiencia acumulada al otro lado del Atlántico, pero sin olvidar las diferencias que existen entre ambas empresas y teniendo en cuenta los retos específicos a que se enfrenta el ELI. (Una de las diferencias, por ahora, radica en que el American Law Institute recibió una donación de más de un millón de dólares de la Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching, cantidad que pronto se duplicó gracias

a otros donantes. De momento el ELI no ha encontrado patrocinadores tan generosos).

Otras organizaciones e iniciativas las encontramos en Sudamérica con MERCOSUR y en África con OHADA, así como los Principios Asiáticos de Derecho de los Contratos en China, Corea y Japón. Por último, existen las organizaciones que promueven la unificación global del Derecho, como Uncitral, UNIDROIT y la Conferencia de La Haya sobre derecho internacional privado, que son las más activas en las áreas del derecho privado, del derecho mercantil y del derecho internacional privado. El ELI anhela una fructífera colaboración con todas ellas. Al igual que el American Law Institute, puede embarcarse en proyectos de ámbito internacional o realizar proyectos conjuntos, pudiendo servir como muestras de ello los Principios Jurídicos y Económicos del Derecho del Comercio Mundial del American Law Institute o los Principios del Derecho Procesal Civil Transnacional del American Law Institute y UNIDROIT.

He intentado delinear algunos de los retos a los que se enfrenta el Instituto de Derecho Europeo. Sin duda que hay más, pero he escogido aquellos que, a lo largo de su proceso fundacional, me han parecido más relevantes. Yo soy un jurista alemán que trabaja en el mundo académico, lo que ha influido en los ejemplos que he utilizado. Espero que ello no haya distorsionado la imagen que pretendía transmitir. El ELI ya ha sido fundado y hoy ha comenzado formalmente su singladura. Ha sido un camino largo, no exento de dificultades, hasta París, pero finalmente lo hemos logrado. 52 personas de 22 países diferentes, con currículos profesionales y disciplinas variados, y representantes de un amplio abanico de tradiciones jurídicas, redes y organizaciones, han dado el paso inicial. El primer Presidente del ELI es Sir Francis Jacobs, un distinguido jurista que ha sido abogado y profesor, habiendo ejercido tanto en Londres como durante 18 años en Luxemburgo. Se ha ganado un respeto universal y tiene la experiencia necesaria para dirigir con éxito el ELI durante su primer año de existencia. Estoy muy satisfecho y agradecido por su disposición a asumir una tarea tan desafiante como gratificante.

Todos los juristas activamente implicados en el desarrollo del derecho europeo están invitados a unirse a esta iniciativa. La estructura del ELI es lo suficientemente maleable para que durante los dos próximos años pueda acabar de definirse en todos sus detalles. El Consejo actual tiene un carácter transnacional y termina su man-

dato en la Asamblea General prevista para 2013. Para entonces, lo que ahora puede aparecer como falto de equilibrio o provisional habrá sido perfeccionado. Pero si queremos que esto suceda todos debemos contribuir al debate con el espíritu constructivo que ha caracterizado las reuniones preparatorias celebradas en Hamburgo, Viena y Atenas.

Hace apenas unos días la Ministra alemana de justicia me escribió saludando la creación del ELI y expresando su esperanza de que contribuya significativamente a una mejor legislación. Y llamó mi atención sobre el lema de París que se contiene en su escudo de armas y que bien puede aplicarse al ELI: «*Fluctuat nec mergitur*», «Es batida por las olas, pero no hundida». Sólo nos cabe confiar que el año 2122, cuando hayan transcurrido otros 111 años, este Congreso de París de 2011 sea tan recordado como hoy el Congreso de París de 1900.

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Participan en esta crónica:

Coordinación: Esther Arroyo Amayuelas. Colaboran: Miriam Anderson, Beatriz Añoveros Terradas, Lidia Arnau Raventós, Esther Arroyo Amayuelas, Alejandra de Lama Aymà, Martin Ebers, Mirko Faccioli, Cristina González Beilfuss, Laura Huici Sancho, Sonia Martín Santisteban, Cédric Montfort, Leire Mugueta García, Pedro del Olmo, Bárbara Pasa, Javier Pou de Avilés Sans, Rodolfo Sacco, M.^a Paz Sánchez González, Héctor Simón Moreno, Mauro Tescaro, Belén Trigo García, Stefano Troiano, M.^a Luisa Zahino Ruiz.

SUMARIO: PRESENTACIÓN.–EDITORIAL: «La venta de consumo en el Proyecto de Marco Común de Referencia» (M.^a Paz Sánchez González).–RAPPORTS NATIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO Y COMPARADO: Alemania (Martin Ebers), España (Esther Arroyo Amayuelas, M.^a Luisa Zahino Ruiz), Francia (Cédric Montfort), Italia (Mirko Faccioli, Barbara Pasa, Mauro Tescaro, Stefano Troiano).–SECCIÓN TEMÁTICA: I. Espacio Judicial europeo (Beatriz Añoveros Terradas). II. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea (Esther Arroyo Amayuelas). III. Derechos reales en la Unión Europea (Héctor Simón Moreno). IV. Derecho de familia en la Unión Europea (Cristina González Beilfuss). V. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea (Alejandra de Lama Aymà). VI. Derecho de autor en la Unión Europea (Javier Pou de Avilés Sans). VII. Derecho de daños en la Unión Europea (Belén Trigo García). VIII. Derecho de *trusts* en la Unión Europea (Sonia Martín Santisteban).–JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Leire Mugueta-García).–JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (Lidia Arnau Raventós).–JURISPRUDENCIA NACIONAL (Miriam Anderson).–LIBROS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO: RECENSIONES.–AJANI, Gianmaria - ANDERSON, Miriam - ARROYO AMAYUELAS, Esther - PASA, Barbara: *Sistemas Jurídicos Comparados. Lecciones y materiales*, 2010 (Rodolfo Sacco).–AKKERMANS, Bram: *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, 2008 (Héctor Simón Moreno).–ANGERMAN, Juliane: *Die Verletzung vertragsschlussbezogener Informationspflichten des Europäischen Privatrechts. Unionsrechtliche Vorgaben und Sanktionierung fehlerhafter Informationserteilung nach nationalem Recht*, 2010 (Martin Ebers).–BÖRGER, Andreas: *Sanktionen für die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten. Eine Untersuchung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben und deren Umsetzung in Deutschland, Frankreich und Großbritannien*, 2010 (Martin Ebers).–GHIDINI, Gustavo: *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, 2010 (Javier Pou de Avilés Sans).–Nergelius, Joakim: *The Constitutional Dilemma of the European Union*, 2009 (Laura Huici Sancho).–SAMUEL, Geoffrey: *Law of Obligations*, 2010 (Pedro del Olmo García).

Presentación

Esta 14.^a crónica se cierra el 15 de junio de 2011. La fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión europea,

el TJUE, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el Diario Oficial de la Unión Europea, el Boletín Oficial del Estado, el Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alicante, sin perjuicio de otras consultas esporádicas al Centro Europeo de Derecho del consumo, el Boletín de la *Bundesverband der Deutschen Industrie*, del *Bulletin Droit de la Consommation* (MEDEF), el *Centre Européen des Consommateurs Allemagne-Kehl*, entre otros.

La crónica está coordinada por los Prof. Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid) y Esther Arroyo Amayuelas (Universitat de Barcelona) que es quien también ha traducido (del alemán, francés e italiano) las contribuciones no originariamente escritas en castellano.

La venta de consumo en el proyecto de Marco Común de Referencia

M.ª PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ *

I. PREVIO

El Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR)¹, dentro de la sección dedicada al contrato de compraventa (Libro IV, Parte A), establece una serie de normas específicamente diseñadas para la venta de consumo que, en su conjunto, configuran el peculiar régimen de este tipo transacciones. Se trata, por lo demás, de reglas de diversa naturaleza que se hallan diseminadas a lo largo del texto y cuyo común denominador radica en el establecimiento de un régimen particularmente tuitivo para el consumidor al que pueda resultar aplicable esta propuesta de regulación.

II. CONCEPTO DE VENTA DE CONSUMO EN EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA (DCFR)

La venta de consumo es objeto de definición en el DCFR, que encara esta tarea incidiendo en la condición de los sujetos afectados. En efecto, de acuerdo con lo preceptuado en el Art. IV.A.- 1:204, el contrato de compraventa de bienes de consumo es un contrato en el que el vendedor es un empresario y el

* Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Cádiz. El trabajo se enmarca dentro de las actividades del proyecto de investigación MICINN DER2009-1369-C03-02.

¹ Son muchos los trabajos publicados en los que se efectúa una buena síntesis del proceso conducente a la aparición del DCFR y al análisis de su significado como posible instrumento normativo. A título meramente ejemplificativo pueden citarse, entre otros muchos, los siguientes: F. J. INFANTE RUIZ, «Entre lo público y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo», *InDret*, abril de 2008, pp. 1 y ss., concr. p. 22 a 25; A. VAQUER ALOY, «El Marco Común de Referencia», en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho Contractual Europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239 y ss., esp. pp. 247 a 249; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea», *Homenaje al profesor Didier Opperti Badán*, Fundación Cultural Universitaria, Montevideo, 2005, pp. 157-192; H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo», *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, 2009, 4, pp. 1461 y ss.

comprador un consumidor. Quiere ello decir que sólo estará justificada la aplicación del peculiar régimen en la medida en que las posiciones de vendedor y comprador sean específicamente ocupadas por un empresario y un consumidor, respectivamente².

1. El consumidor en el DCFR

Para la propuesta de normativa con vocación internacional, consumidor es cualquier persona física que actúa principalmente para fines no relacionados con su actividad comercial, empresarial o profesional, concepto éste parecido –que no idéntico–, al propuesto por la Academia de Pavía. En efecto, de acuerdo con el artículo 9.2.º del Código Europeo de Contratos, de la mencionada Academia: «... se entiende por consumidor la persona física que actúa con fines ajenos al ámbito de su actividad profesional»³. Pese al evidente parecido existente entre ambas definiciones, hay un importante matiz que las diferencia ya que, así como en el DCFR la calificación como consumidor no queda desvirtuada por un posible uso mixto del bien adquirido (siempre que el destino principal sea ajeno a la actividad comercial, empresarial o profesional del adquirente), semejante posibilidad no parece factible en la propuesta de la Academia de Pavía, dado los radicales términos empleados en la elaboración de aquella noción⁴.

En todo caso, de acuerdo con la amplia definición de venta de consumo del DCFR, no representaría un inconveniente para la apreciación de este tipo de contrato –y la consiguiente aplicación de su peculiar régimen– la circunstancia de que el comprador obtuviese beneficios, siempre que no se tratase de una actividad habitual, ya que, en este último caso, muy posiblemente, nos estaríamos aproximando a la noción de profesional.

² Aunque en algún caso, el DCFR, en sede de compraventa, se refiere al contrato celebrado entre empresarios al objeto de establecer alguna regla particular. Así sucede, por ejemplo, en Art. IV.A.- 4:302. Sobre la noción de venta de consumo en el Derecho inglés, véase, J. MACLEOD, *Consumer Sales Law*, London-Sydney, 2002. En Derecho italiano, puede consultarse, entre otros, Luminoso, *La compraventa*, Torino, 20045, pp. 297-369; L. GARIFALO, V. MANNINO, E. MOSCATI, P. M. VECCHI, *Commentario alla disciplina Della vendita dei beni di consumo*, Padova, 2003. Por su parte, en Derecho español, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLCU), no precisa un concepto específico de venta de consumo, pero sí contiene uno genérico de contrato de consumo en su art. 59.1.º, de modo que, de acuerdo con el mismo, «son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario». Este mismo texto legal, al regular las garantías y servicios postventa, expresamente establece la genérica obligación del vendedor de entregar «al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato...» (art. 114), de donde se deduce que, necesariamente, el comprador ha de ser un consumidor o usuario para que la venta pueda calificarse de consumo. Véase J. R. GARCÍA VICENTE, «Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del Derecho contractual de consumo», en R. Bercovitz (dir.), *Tratado de contratos*, II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 1452 y ss.

³ C. VATTIER FUENZALIDA, «El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía», ADC, 2008, 4, pp. 184 y ss.

⁴ Sobre este extremo, la STJCE de 20 de enero de 2005, Gruber, C-464/01, avala la opción del DCFR, por cuanto en la misma, resolviéndose un problema relativo a la jurisdicción competente, entendió que podía hablarse de consumidor no sólo cuando se contrata con una finalidad estrictamente privada, sino, también, en los contratos mixtos, cuando la finalidad profesional es apenas relevante. En el caso enjuiciado, el Sr. Gruber había comprado tejas para su granja -dentro de la que tenía, también, su domicilio-, lo que implicaba un doble uso privado y profesional.

Ahora bien, sólo las personas físicas pueden tener la condición de consumidor y, consecuentemente, gozar del especial régimen previsto para las ventas de consumo en el DCFR. Ya con anterioridad, en el ámbito comunitario, el TJCE tuvo ocasión de pronunciarse sobre este particular: lo hizo en la Sentencia de 22 de noviembre de 2001⁵, en la que, en relación con la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, precisó que el concepto de consumidor debía interpretarse «en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas»⁶.

Así pues, el consumidor del DCFR puede, puntualmente, obtener beneficios con la transacción (siempre que, por su reiteración, no pueda llegar a considerarse como actividad profesional o empresarial); puede hacer algún uso profesional del bien adquirido (condicionado a que el uso privado sea el principal); pero, necesariamente, ha de tratarse de una persona física. Ello supone un claro contraste con la análoga concepción de esta figura actualmente vigente en Derecho español, que resulta más amplia que la propuesta por el texto con vocación internacional, ya que, a diferencia del contenido en el DCFR, nuestro TRLCU admite la posibilidad de atribuir la condición de consumidor (y la subsecuente protección) a las personas jurídicas. Esta discrepancia, evidentemente, podría plantear un problema de compatibilidad entre ambas normativas, al quedar fuera de la cobertura especialmente diseñada en el DCFR para las ventas de consumo, aquellos adquirentes que, actuando con un propósito ajeno al ámbito de su actividad profesional, sean personas jurídicas⁷.

Aun cuando en el DCFR, para aplicar la regulación especial prevista para las compraventas de bienes de consumo se exige, con carácter general, que frente al comprador/consumidor exista un vendedor/empresario, en algún concreto precepto se excepciona el régimen general —estableciéndose un tratamiento más favorable—, incluso, en el supuesto de que el consumidor sea el vendedor⁸.

2. El empresario en el DCFR

En el DCFR, es empresario cualquier persona física o jurídica, con independencia de su titularidad pública o privada, que actúe para fines relacionados

⁵ STJCE de 22 de noviembre de 2001, Cape, C-541/99 y C-542/99.

⁶ En la STS de 21 de septiembre del 2004 (RJ 4476), nuestro Alto Tribunal tuvo ocasión de referirse al concepto de consumidor contenido en el Directiva 93/13/CE: «el concepto de consumidor sólo cabe atribuirlo a las personas físicas y así lo establece el art. 2 b de la Directiva 93/13... sin embargo el de profesional comprende tanto a personas físicas como las jurídicas y esta atribución es exclusiva conforme declaró la Sentencia de 22 de noviembre de 2001 (TJCE 2001, 330), pronunciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». Sobre la corrección de la restricción de la noción de consumidor a las personas físicas, véase E. ARROYO AMAYUELAS, «Hacia un derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario», en BOSCH (dir.), *Derecho Contractual*, pp. 209 y ss., esp. p. 227, así como la bibliografía citada por esta autora.

⁷ No obstante, la cuestión de incompatibilidad podría quedar resuelta en un futuro en caso de aprobarse la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Derechos de los Consumidores (COM 2008- 614 final) en sus originales términos, al constreñir el concepto de consumidor a la persona física (art. 2, 1.º) y establecer para los Estados miembros una exigencia de armonización plena (art. 4).

⁸ Es lo que acontece en el Art. IV.A.- 4:202 (1). Sobre las razones que justificarían esta limitación de responsabilidad establecida a favor del vendedor-consumidor, véase *Draft Common Frame of Reference. Full edition*, edited by C. VON BAR and E. CLIVE, vol. II, München, *sub* Art. IV.A.-1:204, p. 1245.

con su propio negocio, trabajo o profesión, incluso si dicha persona no pretende obtener un beneficio en el curso de la actividad [Art. I.- 1:105 (2)]. De acuerdo con esta última precisión, una actuación gratuita por parte del vendedor no resultaría óbice para que la relación sea calificable de acto de consumo (siempre, claro está, que la contraparte sea un consumidor). Podemos ejemplificar este último supuesto aludiendo a determinadas ventas promocionales cuyos márgenes de beneficios pueden ser, prácticamente, inexistentes⁹.

En otras palabras, desde el punto de vista del empresario, lo decisivo para calificarlo como tal, a los efectos de aplicar las especialidades de la compraventa de consumo, es la realización de una actividad finalísticamente relacionada con su negocio, trabajo o profesión y no la inmediata obtención de beneficios con la referida actuación¹⁰. Creo que esa es la interpretación más acorde con el sentido del precepto, habida cuenta que, tratándose de una venta relacionada con la propia actividad profesional, lo normal es que se encuentre encaminada a la obtención de lucro.

III. ESPECIALIDADES DE LA VENTA DE CONSUMO EN EL DCFR

El particular régimen protector del consumidor al que venimos aludiendo se concreta en una serie de disposiciones que afectan al cumplimiento de la obligación de entrega de los bienes, al régimen de conformidad y remedios utilizables en caso de ausencia de la misma, a la transmisión de riesgos de un sujeto contractual a otro, y a la fijación de un específico sistema de garantía comercial.

1. Entrega de los bienes

En relación con una de las cuatro esenciales obligaciones que pesan sobre el vendedor, la entrega de la cosa¹¹, el DCFR, en sede de compraventa, se remite a las normas generales sobre cumplimiento de las obligaciones que, con relación al tiempo de cumplimiento, se encuentran en el Art. III.- 2:102.

Cabe la posibilidad de que la entrega precise de operaciones de transporte de los bienes desde vendedor a comprador, en cuyo caso, la norma general sobre la materia aparece contenida en el Art. IV.A.- 2:201 (2). De acuerdo con la misma, el vendedor cumpliría su obligación de entrega con la puesta a disposición de los bienes al primer porteador¹². No obstante, tratán-

⁹ Así, para el Derecho español, art. 14.1.º de la L. 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM).

¹⁰ En nuestro Derecho, el TRLCU considera como empresario a «toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada» (art. 4). Por su parte, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Derechos de los Consumidores, en su redacción originaria de 2008, define al comerciante como «toda persona física o jurídica que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre de un comerciante o por cuenta de éste» (art. 2.2.º).

¹¹ Las tres restantes obligaciones básicas del vendedor hacen referencia a la entrega de los documentos representativos de los bienes, la transmisión de la propiedad de los mismos y la garantía de su conformidad con lo dispuesto contractualmente (Art. IV.A.- 2:101).

¹² Esta cuestión, fuera del ámbito del DCFR, fue objeto de un pronunciamiento específico en la STJCE de 25 de febrero de 2010 (Car Trim, C-381/08). Sustancialmente, los

dose de una venta de consumo para la que se haya establecido un concreto plazo de entrega, no es suficiente con que, dentro de ese plazo, se haya verificado la entrega al primer porteador, sino que, de acuerdo con la regla del párrafo tercero del Art. IV.A.- 2:202: «... los bienes deben ser recibidos del último porteador o encontrarse disponibles para su recogida de éste en dicho plazo». Ello, evidentemente, llevará al vendedor a extremar su diligencia en la elección de los transportistas ya que, tratándose de venta de consumo, el retraso de los mismos en la función que tienen encomendada puede traducirse en un incumplimiento del plazo de entrega, incumplimiento por el que puede tener que responder¹³. Por el contrario, tratándose de una venta que no participe de este carácter, lo que se exigirá del vendedor es la entrega dentro del plazo al primer transportista, quedando liberado de la responsabilidad por los retrasos que, a partir de ese momento puedan generarse (y de los que, en su caso, será responsable el porteador mismo). Esta última regla coincide con la contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, por lo que buena parte de los comentarios efectuados en relación con este precepto, resultarán también aplicables a la norma del DCFR¹⁴.

De otra parte, se contempla en el DCFR la posibilidad de que, al verificarse esta obligación del vendedor, se transmita más de lo estipulado en el

hechos se circunscriben a un contrato concluido por dos empresas en virtual del cual, una de ellas se comprometía a suministrar sistemas de airbags a otra dedicada a la fabricación de automóviles. Cuando surgen entre ellas controversias por supuestos incumplimientos contractuales, una de las cuestiones que se someten a la consideración del Tribunal es la relativa al lugar en el que debía haberse verificado la entrega de los bienes, dado que el contrato en cuestión revestía el carácter de una venta a distancia (en la sentencia se habla de «venta por correspondencia»). Pues bien, sobre la base del artículo 5.1.º b, del Reglamento 44/2001, el Alto Tribunal concluyó que, en relación con este tipo de ventas, en principio el lugar de entrega será el señalado por las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad y «si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud del cual el comprador adquirió o hubiera podido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa»: M. CANEDO ARRILLAGA, «Notas breves sobre la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 25 de febrero de 2010 (Car Trim: Asunto C-381/08): los contratos de compraventa y los contratos de prestación de servicios en el Reglamento 44/2001», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2001, vol. 3, núm. 1, pp. 263 y ss., esp. p. 269. En el mismo sentido, A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, «El lugar de entrega de las mercancías en la contratación internacional», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VIII, 2008, p. 297.

¹³ Dentro de la normativa española destinada a la protección del consumidor, para las ventas a distancia que tengan como destinatarios a consumidores prevé el artículo 103 TRLCU que «Salvo que las partes hayan acordado otra cosa, el empresario deberá ejecutar el pedido a más tardar en el plazo de 30 días a partir del día siguiente a aquel en que el consumidor y usuario haya prestado su consentimiento para contratar». Por su parte, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Derechos de los Consumidores, en su art. 22.1.º, contenía una fórmula que resolvía la cuestión en términos análogos a los del DCFR.

¹⁴ Así, refiriéndose a esta hipótesis, L. FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, «Comentario al artículo 31», en L. DÍEZ-PICAZO (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, 1997, pp. 255 y ss., esp. p. 260 precisa cómo del ámbito de aplicación de esta norma quedan «excluidas ... aquellas hipótesis en que el vendedor realiza operaciones de transporte en la fase preparatoria del contrato de compraventa, con el fin exclusivo de procurarse las mercaderías de sus proveedores, cuando aquellas otras en que el transporte realizado es directamente promovido por el comprador con posterioridad al momento de recepción de las mercaderías (lugar de establecimiento del vendedor, lugar de fabricación o de almacenaje)». Véase, también, J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías*, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 149 a 151.

contrato (Art. IV.A.- 3:105), en cuyo caso, el comprador podría optar por aceptar o rechazar este exceso. Si se decide por lo primero, habría de pagarlo de acuerdo con lo dispuesto en el contrato. Ahora bien, si la transacción es de consumo, resulta perfectamente posible que el comprador adquiriera el exceso sin tener que sufrir ningún incremento adicional del precio. Ello acaecería si concurren las especiales circunstancias descritas en el párrafo cuarto del Art. IV.A.- 3:105, de modo que, no tendrá que abonar por el exceso de bienes recibidos si «razonablemente cree que el vendedor ha entregado el exceso de cantidad intencionadamente y sin error, a sabiendas de que no ha sido solicitado. En tal supuesto se aplican las normas relativas a bienes no solicitados». De acuerdo con estas últimas, la propiedad de los bienes no solicitados se transferiría al comprador/consumidor sin necesidad de verificarse pago alguno¹⁵.

Esta regla es excepcional respecto del régimen general del DCFR, pero no conserva ese carácter si la comparamos con la normativa española invocable frente a tal supuesto de hecho, que aparece contenida en el artículo 100 TRLCU. En este precepto, tras establecer la prohibición del suministro al comprador de bienes o servicios –no gratuitos– que previamente no hayan sido solicitados por él, se prevé que el receptor de los mismos no estará obligado a su devolución, ni podrá reclamársele su precio¹⁶. Aún cuando es cierto que en el referido artículo no se establece de modo expreso que el consumidor haya adquirido la propiedad de los bienes recibidos, parece lo más lógico entender que es así, pues, de lo contrario, habría que convenir que la propiedad de los bienes no solicitados continuaría en manos del vendedor que, no obstante, no podría reclamar su devolución a un consumidor/poseedor –que no, propietario– que, además, parece que estaría facultado para el uso de los bienes, en la medida en que no responde de los deterioros que puedan experimentar¹⁷. Los resultados absurdos a los que conduciría la negación de la adquisición de la propiedad de lo no solicitado por parte del consumidor, nos inclinan a decantarnos por la primera solución, en el entendimiento de que se habrá producido, *ex lege*, la transmisión del dominio¹⁸.

¹⁵ Según A. VAQUER, «Los envíos no solicitados de bienes a los consumidores y el sistema de adquisición de los derechos reales: breve apunte a la luz del proyecto de Marco Común de Referencia», en F. BADOSA y M.C. GETE-ALONSO (dirs.), *La adquisición y la transmisión de los derechos reales en el Código civil de Cataluña*, Barcelona, 2009, pp. 379 y ss., esp. p. 384, el mecanismo adquisitivo de la propiedad, consagrado por la norma últimamente citada responde al sistema de transmisión basado en el título y el modo, a pesar de no fundamentarse en ningún acuerdo de voluntad. En este concreto supuesto, la entrega aparecería fundada en una norma legal: «la decisión del legislador, basada en la protección de los consumidores».

¹⁶ En términos prácticamente, idénticos, resolvía la cuestión el artículo 42 LOCM.

¹⁷ La Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, de la Comisión General de Codificación (Ministerio de Justicia, 2009), prevé la inclusión en el Código Civil de un sistema de protección de los consumidores, en los contratos a distancia, en su artículo 1267, precisándose en su n.º 8 que «... si el profesional, sin aceptación expresa del consumidor o usuario, le suministrase el bien o servicio ofertado, o le entregase bienes o prestase servicios no pedidos, incluyendo una petición de pago, no podrá pedir a éste la devolución de la cosa o del servicio ni el pago del precio; ni tampoco la indemnización de los daños sufridos por el bien o servicio si el consumidor opta por su devolución. Se exceptúa el caso en que el empresario pruebe que el envío solicitado fue un error e indemnice al consumidor por los daños y perjuicios que se le hubieren causado».

¹⁸ VAQUER, «Los envíos», p. 382.

2. Régimen de conformidad y remedios

Una de las líneas esenciales que vertebran el régimen de la compraventa en el DCFR es el conjunto de disposiciones atinentes a la precisión de la existencia de conformidad de los bienes recibidos con lo estipulado en el contrato y a las consecuencias que se derivarían, en su caso, de su inexistencia. Y tanto en uno como en otro aspecto existen disposiciones que contribuyen a la configuración de la venta de consumo como un negocio con fisonomía propia dentro del genérico contrato de compraventa mobiliaria.

En lo que se refiere a la primera de las cuestiones aludidas, una primera peculiaridad sólo aplicable a la venta de consumo consiste en la consideración, como supuestos de falta de conformidad, todas las deficiencias resultantes de la instalación incorrecta de los bienes efectuadas por el vendedor (o bajo su responsabilidad) o, incluso, realizadas por el consumidor, siempre que en este último caso se aprecie deficiencia en las instrucciones de instalación (Art. IV.A.- 2:304)¹⁹, salvo que al tiempo de la celebración del contrato el consumidor conociera ya o fuese razonable que conociera las deficiencias de las referidas instrucciones [Art. IV.A.- 2:307 (2)].

De otra parte, tratándose también de venta de consumo, cualquier falta de conformidad que se manifieste dentro del plazo de seis meses contados desde que el riesgo pase al comprador, se presumirá preexistente a ese momento y, en consecuencia, determinará la responsabilidad del vendedor, a menos que ello resulte incompatible con la naturaleza de los bienes o de la falta de conformidad [Art. IV.A.- 2:308 (2)]²⁰.

En cualquier caso, apreciada la falta de conformidad, el comprador/consumidor dispondrá de los remedios establecidos al efecto (en el Capítulo 3, Libro III DCFR), sin que resulten válidos los acuerdos contractuales que directa o indirectamente los restrinjan y que hayan podido concluirse con el vendedor con anterioridad a que le sea puesta de manifiesto tal falta de conformidad. En efecto, el Art. IV.A.- 4:101 proclama la imposibilidad de modificar contractualmente el régimen de remedios legales, previstos para la falta

¹⁹ En un sentido análogo, artículo 116.2.º TRLCU. Por su parte, en la redacción original de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Derechos de los Consumidores se establecía que «toda falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación de los bienes se considerará falta de conformidad de los bienes si su instalación forma parte del contrato de venta y los bienes fueron instalados por el comerciante o bajo su responsabilidad. Esta disposición también se aplicará cuando se trate de bienes cuya instalación esté previsto que sea realizada por el consumidor, sea éste quien los instale y la instalación incorrecta se deba a un error en las instrucciones de instalación» (art. 24.5.º). También en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, de la Comisión General de Codificación, en su artículo 1479, se incide sobre la cuestión: «la incorrecta instalación de la cosa se equiparará a la falta de conformidad cuando, según el contrato, la instalación incumba al vendedor y haya sido realizada bajo su responsabilidad o cuando, habiendo quedado a cargo del comprador, el defecto se deba a un error en las instrucciones para llevarlas a cabo». A la vista de esta extensa cita, podemos concluir que el problema que pueda plantearse como consecuencia de una incorrecta instalación, en modo alguno puede decirse que haya quedado o vaya a quedar soslayado por el legislador, existiendo una amplia coincidencia –con diferencias de matiz– entre las soluciones propuestas. En relación con las consecuencias legales derivadas de la defectuosa instalación en la Directiva 1999/44/CE, véase A.M. MORALES MORENO, «La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE», *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 161 y ss, esp. pp. 184 a 188.

²⁰ En el Derecho español actualmente vigente contamos con una norma similar: artículo 123.1.ª, párrafo segundo, TRLCU.

de conformidad, en perjuicio del consumidor²¹. La regla en cuestión coincide con la norma contenida en el Art. 4:103 de los Principles of European Law. Sales²² y, al igual que en ella, sólo se excluye la limitación o exclusión de remedios previa al conocimiento por el consumidor de la falta de conformidad²³, pero no la posterior, lo que sería una consecuencia lógica de la aceptación, por parte del comprador, del carácter defectuoso de la prestación [así, Art. IV.A.- 2:307 (1)]²⁴.

De otro lado, la ineficacia de la cláusula modificativa del régimen legal en perjuicio del consumidor no se encuentra condicionada a su naturaleza de condición general, por lo que la falta de efectos sería también predicable de aquellas otras disposiciones contractuales que, con idéntica finalidad, hubiesen sido objeto de negociación individual.

En cuanto al alcance de la prohibición, la norma comentada alude expresamente al acuerdo que «directa o indirectamente elimine o restrinja los remedios» utilizables por el comprador en caso de apreciarse una falta de conformidad, expresión que debe interpretarse, tal como se ha indicado con anterioridad, no como la consagración de la inmutabilidad del régimen legal sobre la materia, sino como proscripción de la reforma en perjuicio del comprador-consumidor.

En otro orden de consideraciones, la regla contenida en el Art. IV.- 4:101 no es más que una concreción de otra norma más general²⁵, contenida en el Art. IV.A.- 2:309, de acuerdo con la cual, «en el contrato de compraventa de bienes de consumo, no obliga al consumidor ninguna cláusula contractual o acuerdo celebrado con el vendedor antes de que le sea comunicada la falta de conformidad, que directa o indirectamente elimine o restrinja los derechos derivados de la obligación del vendedor de asegurar que los bienes son conformes con el contrato».

Pero, además, en el DCFR existe otra previsión cuyo correcto entendimiento le permite desplegar una eficacia aún más tuitiva para el consumidor. En efecto, el comprador, en cualquier venta sometida al DCFR, en caso de que se aprecie

²¹ La misma orientación se aprecia en el artículo 10 TRLCU.

²² Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Sales (PEL S), prepared by E. Hondius, V. Heutger, C. Jeloschek, H. Sivesand, A. Wiewirowska, Munich, 2008.

²³ En el mismo sentido, comentario al Art. IV.A.-4:101, *Draft Common Frame of Reference. Full edition*, p. 1336.

²⁴ En Derecho español, artículo 116.3.º TRLCU. Sobre el desconocimiento por el consumidor de la falta de conformidad del bien, véase, entre otros, M. CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en las ventas de consumo*, Madrid, 2006, (<http://vlex.com/vid/reunir-conformidad-generar-saneamiento-292292>). La relevancia del conocimiento por el comprador de las posibles deficiencias, antes de la conclusión del contrato, también ha sido tenida en cuenta en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos: «Se considerará que no existe falta de conformidad si, al celebrarse el contrato, el comprador la conocía, o no podía fundadamente ignorarla o fuera imputable a directrices del comprador o a materiales facilitados por él con tal de que el vendedor haya hecho las oportunas advertencias.» (art. 1478.1.º). Volviendo al Derecho actualmente vigente, también en la CISG hay una norma de similar significado en el párrafo tercero de su artículo 35, de acuerdo con el cual, «el vendedor no será responsable... de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato». Véase, A.M. MORALES MORENO, «Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros», en Díez-PICAZO (dir.), *La compraventa*, pp. 286 y ss., esp. pp. 307 y 308.

²⁵ En el comentario al Art. IV.A.-4:101 DCFR se habla de «complementar» (*Draft Common Frame of Reference. Full edition*, p. 1336).

falta de conformidad de acuerdo con lo preceptuado en los Arts. IV.A.- 2:301 y siguientes, podrá acudir al cuadro de remedios diseñado en el Capítulo 3, Libro III, exigiéndose, para que pueda instar con éxito la resolución del contrato, que se dé un incumplimiento esencial en los términos del Art. III.- 3:502. Por el contrario, para las ventas de consumo, el Art. IV.A.- 4:201 legitima al comprador-consumidor para poder acceder al más radical de los remedios utilizables ante «cualquier falta de conformidad, a menos que se trate de una falta de conformidad sin trascendencia suficiente».

El carácter de excepción con que está configurada esta regla en el DCFR nos induce a pensar que esta falta de conformidad, en los términos recién aludidos, no ha de ser necesariamente equivalente al incumplimiento esencial del Art. III.- 3:502. Y puesto que el común denominador de las modificaciones previstas es la especial protección del consumidor, la excepción aludida habrá de interpretarse en el sentido de flexibilizar el carácter esencial del incumplimiento hasta hacerlo coincidir con esa «falta de conformidad con trascendencia suficiente» que se requiere, en el Art. IV.A.- 4:201, para obtener la resolución del contrato de consumo²⁶.

En esta misma dirección el artículo 4:206 de los Principles of European Law. Sales. En efecto, en los apartados primero y segundo del mencionado precepto se distinguía, en relación con la resolución del contrato a instancia del comprador, entre venta ordinaria y venta de consumo, de tal modo que, así como en el primer caso la posibilidad de resolver por parte del comprador estaba condicionada a una «falta de conformidad esencial»; en las ventas de consumo, el ejercicio de idéntica facultad sólo requería que la falta de conformidad no fuese «de escasa importancia».

En cualquier caso, la «falta de conformidad con trascendencia suficiente» que exige el Art. IV.A.- 4:201 no deja de ser un concepto jurídico indeterminado cuya concreción, desde un punto de vista práctico, no va a estar exenta de dificultades. Difícilmente pueden propugnarse aquí interpretaciones de tal locución que puedan resultar de general aplicación. Muy al contrario: para precisar el concreto significado de la referida expresión habrá de procederse, como ya han señalado los comentaristas oficiales de este texto, por vía casuística, atendiendo a las peculiaridades del concreto supuesto planteado²⁷.

Por otra parte, el recurso directo a la resolución contractual por incumplimiento, interpretado en sus literales términos, supone excepcionar, asimismo, el régimen de remedios generales ante el incumplimiento que, en una orientación claramente favorable al principio de conservación del negocio, convierten a la resolución contractual en la última de las vías de solución del conflicto de intereses generado por el inicial incumplimiento de una de las partes del contrato (así, por ejemplo, Art. III.- 3:202, Art. III.-3:203 o Art. III.- 3:103)²⁸.

²⁶ En sede de Derecho de consumo español, art. 121 TRLCU. En la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, la regla queda reducida en su expresión a los siguientes términos: «el comprador no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad fuere de escasa importancia».

²⁷ «Comentarios al Art. IV.A- 4:201», *Draft Common Frame of Reference. Full edition*, p. 1342.

²⁸ Véanse A. SOLER PRESAS, «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», *Indret*, 2009, pp. 4 y 5; M. L. PALAZÓN GARRIDO, «La resolución del contrato como medio de tutela en caso de incumplimiento», en S. SÁNCHEZ LORENZO (dir.), *Derecho contractual comparado*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp.769 y ss., esp. p. 786.

3. Transmisión de riesgos

Una de las cuestiones que mayor incidencia puede tener sobre el adecuado funcionamiento del contrato de compraventa es la relativa a la precisión del régimen de riesgos. De ahí la presencia de normas atinentes a la referida materia en la mayoría de las regulaciones existentes sobre este contrato²⁹. En esta línea, el DCFR dedica a esta cuestión el capítulo 5 del Libro IV.A (artículos 5:101 a 5:203), incidiendo en las dos cuestiones esenciales que, desde un punto de vista práctico, pueden plantearse en materia de riesgos: el efecto de la transmisión de los riesgos al comprador y el momento en que operaría el cambio del sujeto responsable de los mismos.

Respecto de la primera cuestión, dispone el Art. IV.A.- 5:101 que «la pérdida o el deterioro de los bienes que se produzcan después de que el riesgo haya pasado al comprador no eximen a éste de la obligación de pagar el precio, a menos que la pérdida o los daños se deban a una acción u omisión del vendedor»³⁰. En nuestra opinión, el último inciso del precepto, al exceptuar del régimen general previsto aquellos casos en los que la pérdida o el daño sean imputables al vendedor, resulta, ciertamente, redundante, ya que, técnicamente, el concepto de riesgo se conecta con el carácter fortuito de la pérdida o deterioro, y no lo serán si éstos tienen su causa en una acción o omisión (indebidas) del vendedor. De otra parte, por pérdida, a los efectos indicados, habrá que entender todos aquellos supuestos en los que la entrega de la cosa resulte imposible, física o jurídicamente (ilicitud)³¹; englobando el deterioro todos los casos de falta de conformidad. No se contiene en el DCFR

²⁹ Sin ninguna pretensión de exhaustividad, en el ámbito de Derecho comparado se pueden citar un buen número de artículos para ejemplificar la afirmación efectuada en el texto. Así, el parágrafo 446. 1.º BGB o el artículo 1138 del *Code*, (por la remisión efectuada en el artículo 1624). A diferencia de los anteriores, el *Codice Civile* sí especifica en qué consiste el riesgo: «Nei contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata ovvero costituiscono o trasferiscono diritti reali, il perimento della cosa per una causa imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorché la cosa non gli sia stata consegnata. La stessa disposizione si applica nel caso in cui l'effetto traslativo o costitutivo sia differito fino allo scadere di un termine. Qualora oggetto del trasferimento sia una cosa determinata solo nel genere, l'acquirente non è liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione, se l'alienante ha fatto la consegna o se la cosa è stata individuata. L'acquirente è in ogni caso liberato dalla sua obbligazione, se il trasferimento era sottoposto a condizione sospensiva e l'impossibilità è sopravvenuta prima che si verifici la condizione» (art. 1465).

³⁰ En lo que se refiere al Derecho español, ni el artículo 1452 CC ni el equivalente precepto del Código de Comercio (art. 333), precisan cuáles son las consecuencias que se derivan de la atribución del riesgo a la otra parte, de modo que han sido doctrina y jurisprudencia las que se han encargado de desvelar la exacta significación de esta cuestión. En este sentido, cabe señalar que, según opinión generalizada, el riesgo para el comprador -en los casos en que deba soportarlo- se concreta en la obligación de pagar el precio, pese a que se haya producido la extinción de la obligación de entrega del vendedor por pérdida fortuita de la cosa: Entre otras, STS 29 de abril de 1947, STS 9 de junio de 1949, STS 6 de octubre de 1965, STS 16 de noviembre de 1979, SAP Málaga 14 de noviembre de 2000; STS 22 de abril de 2004; SAP Murcia 19 de junio de 2009. La misma idea es sustentada por la doctrina. En palabras de E. GUARDIOLA SACARRERA, *La compraventa internacional*, 2.ª edición, Barcelona, 2001, p. 119: «... mientras que si lo soporta (el riesgo) el comprador deberá pagar el precio sin recibir nada a cambio o quedarse con las mercancías deterioradas».

³¹ Por remisión a lo establecido en el Art. III.- 3:302 (3) (a). Ejemplos concretos de imposibilidad pueden ser el robo de la mercancía, su extravío, confiscación, expropiación, etcétera.

ninguna otra norma que excepcione esta consecuencia de la transmisión del riesgo para las ventas de consumo que, en este particular extremo, quedarían sometidas al régimen general.

Pero no puede efectuarse idéntica afirmación en lo que al momento de la transmisión del riesgo se refiere. En efecto, en relación con esta última cuestión, cabe distinguir en el DCFR entre ventas de consumo y aquellas otras que no participen de este carácter. Para estas últimas, el Art. IV.A.- 5:102 establece una regla general (el riesgo se transmite cuando el comprador toma posesión de los bienes o de los documentos que los representan), que se combina con una serie de reglas particulares, en función de que el contrato de compraventa implique transporte de los bienes (párrafos 2 y 3 del Art. IV.A.-5:202), se vendan en tránsito (párrafos 2 y 3 del Art. IV.A.- 5:203) o suponga la puesta a disposición del comprador (Art. IV.A.- 5:201). Este conjunto de preceptos configurarían el régimen de los riesgos para la venta «ordinaria».

La transmisión del riesgo en la venta de consumo, en el DCFR, cuenta con reglas particulares contenidas en el Art. IV.A.- 5:103:

a) «En la compraventa de bienes de consumo el riesgo no se transmite hasta que el comprador toma posesión de los bienes». Ello supone, respecto del régimen general, una restricción de los mecanismos con virtualidad para operar la comunicación de riesgos al consumidor. En efecto, si comparamos los párrafos primero de este artículo y del precedente, podremos constatar cómo la única diferencia que existe entre ellos radica en la omisión en el primero de toda referencia a los documentos representativos de los bienes, cuya entrega, tratándose de venta de consumo, no parece que pueda dar lugar al efecto mencionado de comunicación de riesgos del vendedor/empresario al comprador/consumidor³². De este modo, para tal tipo de contratos, sólo la recepción material de los bienes (y no la simbólica que implica la de los documentos representativos de los mismos), tiene verdadera eficacia a los presentes efectos. Con ello, evidentemente, lo que se pretende es reforzar la posición del consumidor en este tipo de ventas, ofreciéndole la garantía adicional que supone la no asunción de los riesgos de pérdida o deterioro fortuitos hasta no tener, materialmente, los bienes en su poder.

b) «El apartado (1) no se aplica si el comprador ha incumplido la obligación de recibir los bienes y el incumplimiento no es excusable según lo dispuesto en el Artículo. III. -3:104 (Imposibilidad de cumplir), en cuyo caso se aplica el Artículo IV.A.- 5:201 (bienes puestos a disposición del comprador)». Esta aplicación limitada a las ventas de consumo de las reglas sobre transmisión de riesgos en los supuestos de ventas en tránsito, venta con transporte o bienes puestos a disposición de comprador tiene sentido en determinados supuestos: ¿qué sucede si el consumidor rechaza la recepción de los bienes?, ¿debe el empresario continuar soportando los riesgos de pérdida o deterioros fortuitos pese a haber puesto a disposición del comprador los bienes objeto del contrato? La respuesta a esta cuestión la proporciona el párrafo segundo del Art. IV.A.- 5:103, de modo que si la negativa del consumidor a tomar posesión de los bienes es injustificada³³, se entiende que los riesgos los asumió desde el

³² El exacto significado del precepto se descubre conectándolo con el párrafo primero del Art. IV.A.- 2:201, que considera cumplida la obligación de entrega por parte del vendedor «cuando pone a disposición del comprador los bienes, o los documentos representativos de los mismos cuando se haya acordado en el contrato que es suficiente la entrega de éstos».

³³ El precepto habla de «incumplimiento no excusable», remitiéndose para determinar cuándo lo es al Art. III.- 3:104.

momento en que, estando los bienes a su disposición y teniendo conocimiento de tal circunstancia, debía haber tomado posesión de los mismos.

c) «Las partes no pueden en perjuicio del consumidor, excluir la aplicación de este artículo o derogar o modificar sus efectos». En aras de una mejor protección de los consumidores, el especial régimen tuitivo consagrado en el precepto no puede verse modificado en perjuicio del consumidor, restringiéndose, con ello, el carácter dispositivo que, en general, se atribuye al texto articulado del DCFR (de acuerdo con lo estipulado en el párrafo segundo del Art. II.- 1:102).

No existe en nuestro Derecho un precepto que, de modo análogo al Art. IV:A.-5:103, establezca un régimen especial de transmisión de riesgos para las ventas de consumo. Quizá, el único paralelismo que pueda existir con nuestra especial normativa sobre consumo se encuentre en el carácter imperativo que, también entre nosotros, revisten las normas tuitivas de los consumidores.

No obstante la validez general de lo anteriormente afirmado, existe un precepto en materia de ejercicio del derecho de desistimiento que, de alguna manera, incide sobre la cuestión relativa al riesgo de pérdida o destrucción fortuita de la cosa. Se trata del artículo 75.1.º TRLCU, a cuyo tenor, «la imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato por parte del consumidor y usuario por pérdida, destrucción u otra causa no privarán a éste de la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento. En estos casos, cuando la imposibilidad de devolución le sea imputable, el consumidor y usuario responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste». Interpretado el precepto en sus literales términos, significaría que en el supuesto contemplado por la norma, el riesgo de pérdida por destrucción fortuita de la cosa se traspasaría al consumidor, no ya con la recepción de los bienes, si no cuando hubiese concluido el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento.

4. Garantías en los bienes de consumo

Con ámbito de aplicación circunscrito a las ventas de consumo, el Capítulo 6 de la Parte A del Libro IV del DCFR regula con bastante minuciosidad, bajo de la denominación de «garantía en los bienes de consumo», lo que habitualmente se conoce como garantía comercial y que supone para el consumidor una protección adicional respecto del régimen ordinario de conformidad de los bienes³⁴. Quiere ello decir que, con esta garantía comer-

³⁴ En nuestro ámbito, la figura de la garantía comercial fue introducida por el Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999. En la actualidad, es el artículo 125 TRLCU el que contiene su específica regulación. Sobre el concepto y caracteres de la misma, véase, entre otros, M.T. ÁLVAREZ MORENO, «La garantía comercial y la figura del productor en la venta de bienes de consumo», *Algunos aspectos en la venta de bienes de consumo*, Madrid, 2010, pp. 81 y ss., esp. pp. 82 a 84; J. R. GARCÍA VICENTE, «Las garantías comerciales o convencionales», en BERCOVITZ (dir.), *Tratado*, II, pp. 1522 a 1524. Por su parte, en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, de la Comisión General de Codificación, se prevé que «si el vendedor, o un tercero, hubiera garantizado especialmente determinadas cualidades de la cosa o la subsistencia de las mismas durante cierto tiempo, el comprador, además de los derechos que le concede la ley podrá ejercitar contra quien hubiere

cial, dependiendo de su particular contenido, el consumidor gozará de unos derechos suplementarios que reforzarán su posición más allá de las facultades generales que le asisten en caso de falta de conformidad de los bienes adquiridos.

El contenido de tal garantía puede ser plural:

- Puede implicar una ampliación de plazo dentro del que puede apreciarse la falta de conformidad.- A este respecto, el Art. IV.A.- 2:308 señala la responsabilidad del vendedor por cualquier falta de conformidad que exista en el momento en que el riesgo pase al comprador, aún cuando se manifieste sólo después de ese momento, presumiéndose, para las ventas de consumo, que cualquier falta de conformidad que se detecte dentro de los seis meses siguientes, ya existía en entonces. Pues bien, la garantía puede consistir en el compromiso de que los bienes continuarán siendo idóneos para su uso ordinario durante el tiempo que se haya especificado, más allá del señalado anteriormente [Art. IV.A.- 6:101 (2)].

- Puede significar un compromiso sobre la presencia de ciertas cualidades o características de los bienes enajenados, distintas de las que habitualmente posean.- En efecto, la conformidad de los bienes, con carácter general, se concreta, *ex* Art. IV.A.- 2:302 (f), en «poseer aquellas cualidades y prestaciones que razonablemente pueda esperar el comprador». Por encima de este límite, en la garantía comercial se pueden asegurar ciertas cualidades de los bienes de cuya presencia habrá que responder, aún cuando no sean las normales o habituales [Art. IV.A.- 6:101 (2) (b)].

- Puede modificar, en beneficio del consumidor, el régimen de remedios utilizables por el comprador en caso de falta de conformidad [Art. IV.A.- 6:101 (2) (c)].

Frente a la concesión de garantía comercial y silencio sobre su contenido, como norma supletoria, el Art. IV.A.- 6:104 prevé el cuadro de obligaciones adicionales asumidas.

Los sujetos contemplados como posibles garantes en el DCFR son el productor o el vendedor [Art. IV.A.- 6:101 (1)]³⁵, los cuales, pueden articularla como obligación contractual o unilateral, siendo, en cualquier caso, obligatoria en favor del primer comprador y, salvo disposición en contrario en la propia garantía, también para los demás propietarios que puedan suceder en la titularidad de los bienes durante la vigencia de la misma [Art. IV.A.- 6:102]³⁶. Por lo demás, el DCFR hace recaer sobre el garante la carga de la prueba de las circunstancias que impedirían la operatividad de la garantía (Art. IV.A.- 6:107).

prestado la garantía los que deriven de ésta. Estos derechos habrán de ejercitarse en las condiciones que resulten de la declaración de garantía o de su publicidad y, subsidiariamente, en las establecidas en los artículos siguientes». De otro lado, en su redacción originaria, el art. 29 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Derechos de los Consumidores, contenía el régimen legal de la garantía comercial.

³⁵ En Derecho español, el art. 125.1.º TRLCU se limita a hablar de «quien figure como garante».

³⁶ En lo que se refiere al Derecho español, mantienen idéntica tesis, entre otros, L. RÍO FERNÁNDEZ, «La garantía comercial y la responsabilidad civil del vendedor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo. El ejercicio de acciones derivadas de la Ley», *La compraventa: Ley de garantías*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005, XI, p. 250; P. MARTÍN ARESTI, *Las garantías de los productos de consumo*, Pamplona, 2010, p. 253.

IV. CONCLUSIONES

La venta de consumo, dentro del DCFR, se configura como una figura dotada –al menos, en algunos aspectos– de un peculiar régimen dentro del general aplicable al contrato de compraventa. La modificación de las reglas generales para este tipo de negocio responde a una finalidad claramente tuitiva del consumidor. De ahí la imposibilidad de modificarlas en perjuicio de este último.

Las principales manifestaciones de este régimen protector se detectan en relación con el cumplimiento de la obligación de entrega, régimen de conformidad y remedios que pueden ser utilizados ante su ausencia, transmisión del riesgo y el establecimiento de una íntegra regulación de la garantía comercial. Con todo, la novedad de las reglas que configuran el perfil de la venta de consumo en el DCFR es más que relativa, habida cuenta de la existencia de precedentes normativos, de distinto ámbito y calado, de la práctica totalidad de las mismas. Ello, evidentemente, facilitaría la exégesis y aplicación de las referidas normas, lo que no significa que no pueda plantearse en algún supuesto concreto un problema de compatibilidad con la normativa española que pueda resultar aplicable³⁷.

³⁷ Así, por ejemplo, en lo que se refiere al propio concepto de consumidor. Sobre el desajuste entre el Derecho español y el Derecho comunitario en este concreto aspecto, véase S. CÁMARA LAPUENTE, «El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 84 y ss., esp. pp. 97 y 98.

Rapports nacionales de Derecho Privado Europeo y Comparado

ALEMANIA

Bibliografía (2010-2011)

MARTIN EBERS*

1. PRINCIPIOS EUROPEOS Y MARCO COMÚN DE REFERENCIA

HEISS, Helmut (ed.): *Principles of European Insurance Contract Law: A Model Optional Instrument, in co-operation with Mandeep Lakhan, on behalf of the Project Group Restatement of European Insurance Contract Law*, Sellier European Law Publishers, München 2011.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (ed.): *Acquisition and Loss of Ownership of Goods. Principles of European Law*, prepared by Brigitta Lurger, Wolfgang Faber, Sellier European Law Publishers, München 2011.

2. DERECHO PRIVADO EUROPEO – CUESTIONES GENERALES

AMSTUTZ, Marc (ed.): *Europäisches Privatrecht. Ausgewählte Richtlinien*, Stämpfli/Linde, Bern/Wien, 2011.

BUSCH, Christoph – SCHULTE-NÖLKE, Hans (eds.): *EU Compendium - Fundamental Rights and Private Law*, Sellier European Law Publishers, München, 2010.

ESPLUGUES, Carlos – IGLESIAS, José-Luis – PALAO, Guillermo (eds.): *Application of Foreign Law*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.

KARAKOSTAS, Ioannis K. – RIESENHUBER, Karl (eds.): *Methoden- und Verfassungsfragen der Europäischen Rechtsangleichung*, De Gruyter, Berlin/New York, 2011.

KARPER, Irene: *Reformen des europäischen Gerichts- und Rechtsschutzsystems*, Nomos, Baden-Baden, 2010.

SACCO, Rodolfo: *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2011.

SCHULZE, Reiner – SCHULTE-NÖLKE, Hans (eds.): *European Private Law – Current Status and Perspectives*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.

STÜRNER, Michael: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht. Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

* Doctor en Derecho, Humboldt Universität zu Berlin.

3. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO Y DERECHO DE CONSUMO

- GENZOW, F. CHRISTIAN – GRUNEWALD, Barbara –SCHULTE-NÖLKE, Hans (ed.): *Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz. Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen zum 70. Geburtstag*, Schmidt, Köln, 2010.
- HENKE, Matthias Felix: *Enthält die Liste des Anhangs der Klauselrichtlinie 93/13/EWG Grundregeln des europäischen Vertragsrechts?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- HOHLERS, Franziska: *Der Vertragsschluss im e-Commerce nach deutschem und spanischem Recht. Unter besonderer Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben zu den Informationspflichten*, Lang, Frankfurt am Main, 2010.
- HOLTZ, Hajo Michael: *Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von UWG und dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Nomos, Baden-Baden, 2010.
- KABEY, Daniel: *Der Tatbestand des verbundenen Vertrags im Sinne des § 358 III I, 2 BGB unter besonderer Berücksichtigung von Restschuldversicherungen*, Lang, Frankfurt am Main, 2010.
- KNAPP, Andreas: *Europarecht und Vertragsgestaltung*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- MEIER, Sonja: *Gesamtschulden. Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- SEILSTORFER, Silvia Karolina: *Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Portugal mit rechtsvergleichenden Hinweisen zum deutschen Recht*, Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- SOYKA, Julia: *Der Verbrauchsgüterkauf. Anwendungsbereich und Umgebungsprobleme*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- SULJIA, Gintautas: *Standard Contract Terms in Cross-Border Business Transactions. A Comparative Study from the Perspective of European Union Law*, Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- WOTKOWIAK, Remigiusz: *Der Rückforderungsdurchgriff beim verbundenen Geschäft nach dem modernisierten Schuldrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2011.

4. SERVICIOS FINANCIEROS – GARANTÍAS CREDITICIAS

- BANKRECHTSTAG 2009: *Die zivilrechtliche Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie - Finanzmarktkrise und Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie*, De Gruyter, Berlin, 2010.
- BRINKMANN, Moritz: *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen. Eine materiell-, insolvenz- und kollisionsrechtliche Studie des Rechts der Mobiliarsicherheiten vor dem Hintergrund internationaler und europäischer Entwicklungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- FÖRSTER, Christian: *Die Fusion von Bürgschaft und Garantie. Eine Neusystematisierung aus rechtsvergleichender Perspektive*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- WÖSTHOFF, Philipp: *Die Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG und deren Umsetzung ins deutsche Recht*, Lang, Frankfurt am Main, 2011.

5. DERECHO DE DAÑOS – RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL

- KÖTZ, Hein – WAGNER, Gerhard: *Deliktsrecht*, 11. Aufl., Vahlen, München, 2010.
- PÉGURET, Katrin: *Schadensersatzansprüche übergangener Bieter im Vergaberecht*, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlags Gesellschaft, Jena, 2010.
- SCHRAGE, Philipp: *Der Schadensersatz im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. Die Gewährung des Schadensersatzes nach Inkrafttreten des «Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums»*, Lang, Frankfurt am Main, 2011.

6. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

- BAUER, Jobst-Hubertus – GÖPFERT, Burkard – KRIEGER, Steffen: *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar*, 3. Aufl., Beck, München 2011.
- DIPPEL, Martin: *Zivilrechtliche Haftung für Rassismus bei Sportveranstaltungen am Beispiel des Fußballsports*, Kovač, Hamburg 2011.
- MÜLLER, Thomas: *Alter und Recht. Das menschliche Alter und seine Bedeutung für das Recht unter besonderer Berücksichtigung des europäischen und nationalen Antidiskriminierungsrechts*, Lang, Frankfurt am Main 2011.

7. DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y MONOPOLIOS

- BASEDOW, Jürgen – TERHECHTE, Jörg Philipp – TICHÝ, Luboš (eds.): *Private enforcement of competition law*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- IMGRUND, Jan: *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte an Beschlüsse von Kommission und Behörden der Europäischen Union im Kartellrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- MÖSCHEL, Wernhard – BIEN, Florian (eds.): *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen?*, Nomos, Baden-Baden, 2010.
- SAAM, Daniel: *Kollektive Rechtsbehelfe zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen im europäischen Wettbewerbs- und Verbraucherrecht. Eine systematische Untersuchung der aktuellen Vorhaben der EU-Kommission und ihrer möglichen Kompetenzgrundlagen*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- SCHMIDT-KESSEL, Martin – SCHUBMEHL, Silvan (eds.): *Lauterkeitsrecht in Europa. Eine Sammlung von Länderberichten zum Recht gegen unlauteren Wettbewerb*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.
- SCHOLL, Carl-Christian: *Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Private Enforcement im Kartellrecht*, Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- TZAKAS, Dimitrios-Panagiotis L.: *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr. Eine Untersuchung zur zuständigkeit- und kollisionsrechtlichen Behandlung von Kartelldelikten im Lichte der Rom II-Verordnung und unter Berücksichtigung der U.S.-amerikanischen Praxis*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- VOGEL, Markus: *Kollektiver Rechtsschutz im Kartellrecht*, Heymanns, Köln, 2010.

- WESSELBURG, Alexander: *Drittschutz bei Verstößen gegen das Kartellverbot unter Berücksichtigung der Wechselwirkungen zwischen privater und öffentlich-rechtlicher Durchsetzung*, Nomos, Baden-Baden, 2010.
- WUNDERLE, Timo: *Verbraucherschutz im europäischen Lauterkeitsrecht. Theoretische Grundlagen, gegenwärtiger Stand sowie Perspektiven der Rechtsentwicklung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- WURMNEST, Wolfgang: *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch. Eine rechtsvergleichende Neubestimmung des Verhältnisses von Recht und Ökonomik in der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

8. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

- GEIMER, Reinhold – SCHÜTZE, Rolf A.: *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, EuInsVO, EuVTVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht*, 3. Aufl., Beck, München, 2010.
- HAHN, Markus: *Die Verortung der natürlichen Person im Europäischen Zivilverfahrensrecht*, Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- HARSÁGI, Viktória – KENGYEL, Miklós (eds.): *Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union*, Sellier European Law Publishers, München, 2011.
- HODGES, Christopher – VOGENAUER, Stefan – TULIBACKA, Magdalena: *The Costs and Funding of Civil Litigation. A Comparative Perspective*, Beck, München, 2011.
- KÖCKERT, Ulrike: *Die Beteiligung Dritter im internationalen Zivilverfahrensrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.
- KROPHOLLER, Jan – VON HEIN, Jan: *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO*, Kommentar, 9. Aufl., Beck, München, 2011.
- MAULTZSCH, Felix: *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- MÜLLER, Juliane: *Die Behandlung ausländischen Rechts im Zivilverfahren. Möglichkeiten einer Vereinheitlichung auf europäischer Ebene*, Lang, Frankfurt am Main, 2011.
- PAULUS, Christoph G.: *Europäische Insolvenzverordnung, Kommentar*, 3. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2010.
- RINGWALD, Birgitt: *Europäischer Vollstreckungstitel nach der EuVTVO und Rechtsbehelfe des Schuldners*, Nomos, Baden-Baden, 2011.

Legislación

Transposición de la Directiva 2008/122/CE, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio

La Directiva sobre tiempo compartido ha sido transpuesta en Alemania mediante la Ley de 17 de enero de 2011, «para la modernización de las normas sobre contratos de vivienda temporales, contratos sobre productos vaca-

cionales de larga duración, así como contratos de intermediación e intercambio» («zur Modernisierung der Regelungen über Teilzeit-Wohnrechtverträge, Verträge über langfristige Urlaubsprodukte sowie Vermittlungsverträge und Tauschsystemverträge») (*Bundesgesetzblatt* 2011 I-34). La norma entró en vigor el día previsto en el art. 16 de la Directiva como fecha límite para su aprobación, esto es, el 23 de febrero de 2011.

1. ¿ARMONIZACIÓN PLENA A TRAVÉS DE LA DIRECTIVA?

A diferencia de lo que venía siendo habitual en las directivas sobre derecho contractual de consumo, la que ahora se analiza adopta un enfoque de armonización plena. Según el Cdo. 3 no se debe permitir que los Estados miembros mantengan o introduzcan en su Derecho interno disposiciones distintas a las recogidas en la Directiva. Por tanto, eso significa que el margen de discrecionalidad de los Estados miembros se ha visto claramente limitado. Pero también debe hacerse notar que el concepto de armonización plena presenta límites (en general, Ebers, *InDret* 2/2010, epígrafe 4.2; en concreto, sobre la directiva de *Timeshare*, Anderson, *ADC* 2010, 229 ss.). Efectivamente, por un lado el concepto de armonización plena sólo puede referirse a aquellos aspectos que están regulados en la directiva; por el otro, las directivas de máximos también contienen disposiciones que dejan cierto margen de maniobra al legislador nacional, es decir, que todavía permiten que sea el derecho nacional el que regule determinadas cuestiones.

Ambas consideraciones quedan reflejadas en la directiva de *Timeshare*. El citado considerando deja claro que en los casos en que no existan disposiciones armonizadas, los Estados miembros deben tener libertad para mantener o introducir normas de Derecho interno acordes con el Derecho comunitario. Según el art. 1.2 *b*), ello es especialmente cierto en lo relativo a las normas sobre registro de bienes inmuebles o muebles y la transmisión de bienes inmuebles. Lo mismo debe decirse en relación con las consecuencias jurídicas y las sanciones en caso de infracción de los deberes previstos en la directiva. En general, el art. 1.2 *a* establece que la directiva no afecta «a las vías de recurso generales en materia de Derecho contractual» y, en la misma línea, el art. 6.1 considera que el derecho de desistimiento se suma a los otros remedios de que disponga el consumidor según la legislación nacional. En concreto, el art. 6.3, II obliga a los Estados miembros a «establecer las sanciones adecuadas, de conformidad con el artículo 15, en particular cuando, una vez vencido el plazo de desistimiento, el comerciante no haya cumplido los requisitos de información previstos en la presente Directiva.» Finalmente la norma considera, en general, que los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores, existan medios adecuados y eficaces para garantizar el cumplimiento de la presente Directiva por parte de los empresarios (art. 13.1) y que las sanciones que se impongan sean «efectivas, proporcionadas y disuasorias» (art. 15.2).

A pesar, pues, del enfoque de armonización plena, los Estados miembros todavía tienen un cierto margen de actuación. Ello presupuesto, la exposición que sigue trata de explicar cómo ha hecho uso del mismo el legislador alemán en el momento de transponer la directiva comunitaria.

2. TÉCNICA DE TRANSPOSICIÓN

Esencialmente, la norma comunitaria ha sido transpuesta en los §§ 481-486a BGB. Es decir que los contratos de *Timeshare*, sobre productos vacacionales de larga duración, así como de reventa e intercambio, tienen su sede normativa en la parte especial del derecho de obligaciones, inmediatamente después de la venta y la permuta. Tal ubicación sistemática no es nueva. La Ley de modernización del Derecho alemán del año 2002 ya la había previsto al incorporar la Directiva 94/47/CE en el BGB (sobre la transposición de esta directiva en los Estados miembros, Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers (eds.), *EC Consumer Law Compendium*, Sellier European Law Publishers, München 2008, pp. 262 ss.). Los nuevos preceptos reemplazan a los anteriores, que eran resultado de la transposición de la citada norma y, por tanto, los actuales §§ 481-486a BGB son nuevos. A su vez, los deberes de información y otras menciones obligatorias ya no se regulan en un reglamento (*BGB-Informationspflichten-Verordnung*) sino en la Ley de Introducción al BGB (*EGBGB*), tal y como también ha sucedido a la hora de proceder a la transposición de la Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago y la Directiva 2008/48/CE, sobre crédito al consumo. En relación con los deberes de información previstos en la Directiva, la EGBGB simplemente reenvía a los anexos I-IV de la norma comunitaria y ni siquiera reproduce su contenido. Adicionalmente, se ha añadido el anexo 1 No. 13 de la Directiva 2009/22 (versión codificada) en la Ley sobre acciones colectivas de cesación.

A la hora de transponer la norma, el legislador alemán no se ha limitado a un simple «cortar y pegar» sino que ha intentado sistematizar las disposiciones contenidas en la directiva y adaptarlas al sistema del BGB. Así, puesto que los conceptos de «consumidor» y «empresario» ya se encuentran definidos en los §§ 13, 14 BGB, no ha hecho falta trasladarlos a la sección en que se regulan específicamente los contratos de *Timeshare*. Así también, el derecho de desistimiento sólo parcialmente viene regulado en los §§ 485 y 485a BGB porque el núcleo común de la regulación de este derecho ya está regulado en otras disposiciones que tienen carácter general (§ 355 BGB). A pesar de la armonización plena, en esta materia el legislador alemán trata de mantener la sistemática que ya procuró la Ley de modernización del derecho de obligaciones.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO Y SUBJETIVO

El ámbito de aplicación objetivo de los §§ 481-486a BGB concuerda con las prescripciones de la directiva. De acuerdo con esta última, los §§ 481-481b BGB establecen lo que deba entenderse por «contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico», «contratos de adquisición de productos vacacionales de larga duración», «contratos de reventa» y «contratos de intercambio». Tal y como indica la directiva, los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y productos vacacionales de larga duración deben tener una duración superior a un año.

Tampoco en lo que se refiere al ámbito personal va el legislador más allá de lo previsto en la directiva: tanto la definición de consumidor como la de empresario reflejan lo dispuesto en ella. En consecuencia, las personas jurídicas no reciben protección (sobre el particular, Anderson, *op. cit.*, 233 ss.).

4. PUBLICIDAD Y DEBERES DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL

4.1 Deberes

Los deberes sobre publicidad e información precontractual de los art. 3 y 4 de la norma comunitaria tienen su sede normativa en el § 482 BGB. El legislador alemán ha tenido buen cuidado de no determinar el momento exacto en que tales deberes de información precontractual deben ser cumplidos. Por consiguiente, el § 482.1 BGB –igual que el art. 4.1 de la Directiva– se despacha con un «con suficiente antelación» (en alemán «rechtzeitig») antes de que el consumidor quede vinculado por su oferta. En la exposición de motivos del proyecto del Gobierno se explica que el consumidor antes de emitir su declaración de voluntad de aceptación de la oferta debe haber tenido tiempo suficiente para analizar la información que se le proporciona. La norma tiene en cuenta que la información contenida en las condiciones generales de los contratos de tiempo compartido y otros productos vacacionales es muchas veces muy extensa (*Regierungsbegründung*, BT-Drucks 17/2764, p. 17). En definitiva, serán los tribunales alemanes (y en última instancia el Tribunal de Justicia) quienes deberán decidir cómo debe interpretarse la expresión indeterminada «con suficiente antelación». La fórmula utilizada en la directiva «con suficiente antelación» ha sido criticada en la doctrina por conducir a una falta de seguridad jurídica (vgr. Anderson, *op. cit.*, p. 235). Sin embargo, tal vaguedad permite tomar en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. De esta manera se abre el paso, también a nivel europeo, a una transición que desde el modelo de protección estandarizada al consumidor se orienta hacia una protección particularizada según la justicia del caso concreto.

4.2 Consecuencias jurídicas

Ni la Directiva 2008/122/CE ni el § 482 BGB establecen las consecuencias jurídicas de la contravención de las disposiciones sobre publicidad. De la exposición de motivos del Gobierno se deduce que tanto la infracción que consiste en una omisión engañosa (cfr. art. 7 Directiva 2005/29/CE, sobre competencia desleal) como en la utilización de publicidad encubierta deberán regirse por la ley sobre competencia desleal (UWG) (BT-Drucks 17/2764, p. 17).

Si lo que se infringe son los deberes de información precontractual, parece que según la Directiva son posibles dos remedios: por un lado, el art. 6.2 y 4 establece la prolongación para ejercer el derecho de desistimiento mientras el consumidor no tenga en su poder el contrato o un contrato preliminar vinculante con la información sobre el derecho a desistir u otras menciones relevantes. Si tal información sobre el desistimiento no existe, el derecho se extingue a lo más tardar tras un año y catorce días naturales; si se omite otra cualquiera información, a lo más tardar a los tres meses y catorce días naturales. El *dies a quo* queda establecido, respectivamente, el día de celebración del contrato o contrato preliminar o el día en que el consumidor lo recibe. De ello se hace eco el § 485a BGB. Por otro lado, el art. 5.2 de la Directiva establece que la información proporcionada forma parte del contenido contractual y, por tanto, vincula al empresario. Ello es recogido en el § 484.2 BGB. A este respecto, la exposición de motivos del Gobierno resalta que existirá una pretensión del consumidor frente al incumplimiento siempre que la información precontractual o contractual prometan cualidades que en realidad no existan (BT-Drucks 17/2764, p. 20).

Además, la infracción de los deberes de información precontractual puede dar lugar a la impugnación del contrato por dolo (§ 123 BGB) (BT-Drucks cit.). Ello protege al consumidor que ya no pueda ejercer el derecho de desistimiento (si éste se hubiere extinguido). Si, adicionalmente, el empresario induce a error por omisión, ello recibe la sanción del Derecho de la competencia (art. 7 Directiva 2005/29/CE, sobre competencia desleal). Pero queda sin resolver si, además, podría reclamarse una indemnización o la ineficacia del contrato via *culpa in contrahendo* (§ 311.2 BGB). Y aquí se aprecian claramente los problemas de la armonización plena. Por un lado, el Cdo. 11 de la Directiva es muy claro: «Debe armonizarse la duración del plazo, así como las modalidades y efectos del ejercicio del derecho de desistimiento». Pero, por el otro, también es evidente que las normas sobre desistimiento son adicionales, esto es, «además de los recursos previstos por la legislación nacional» (Cdo. 12 y art. 6.1 Directiva). El mismo Cdo. 12 añade que el vencimiento del plazo de desistimiento no debe ser óbice para que el consumidor intente obtener reparación conforme a lo previsto por la legislación nacional en caso de incumplimiento de las obligaciones de información. Todo ello no casa bien con la pretensión de armonización plena: si al consumidor le corresponde un derecho a resolver el contrato sobre la base de la *culpa in contrahendo*, es evidente que ello permitirá esquivar las normas específicas sobre desistimiento (modalidades de ejercicio, límites temporales).

5. DISPOSICIONES SOBRE LA LENGUA

La Directiva contiene normas sobre la lengua de la información precontractual (art. 4.3) y del contrato (art. 5.1). El legislador alemán ha unificado esas dos disposiciones en un único § 483 BGB, que también incorpora la posibilidad de elección que contemplan las letras *a*) y *b*) del art. 5.1.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, es preciso distinguir entre, por un lado, los deberes precontractuales de información y, por el otro, el contrato. En el primer caso, si estos no se proporcionan en la lengua correcta, el derecho de desistimiento comienza más tarde (§ 485a.2 y 3 BGB). Si, por el contrario, resulta que el contrato se proporciona en una lengua indebida, la consecuencia es la nulidad (§ 483.3 BGB). Tal sanción no se encuentra en la Directiva, pero el legislador alemán considera que está implícita en el art. 15.2, que exige que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias (BT-Drucks 17/2764, p. 18).

6. FORMA Y CONTENIDO DEL CONTRATO

En relación con la forma del contrato, el art. 5.1 de la Directiva sólo prevé que el contrato se redacte por escrito, en papel o en otro soporte duradero. Del art. 5.3 letra *a*) se desprende, además, que también es exigible la firma de cada una de las partes. En el Derecho alemán, el § 484.1 BGB exige la forma escrita del contrato. Por tanto, este debe ser firmado de forma ológrafa por las partes contractuales (§ 126 BGB) o bien mediante firma electrónica (§ 126a BGB).

En casos especiales se requiere escritura pública (§ 311b.1 BGB) y, especialmente, cuando se trata de constituir derechos de aprovechamiento. Puesto que según el art. 1.2, 2 letra *b*) de la Directiva, la norma se aplica sin perjuicio de la legislación nacional relativa al registro de bienes inmuebles o muebles y a

la transmisión de bienes inmuebles, resulta que, a pesar de la armonización plena, la exigencia de una forma más estricta puede mantenerse sin problemas.

Si la forma exigible (forma escrita, escritura pública) no se observa, el contrato es nulo *ex* § 125 BGB.

En cuanto al contenido del contrato, el § 484.2 BGB recoge lo dispuesto en el art. 5.2 y 3.

7. DERECHO DE DESISTIMIENTO

Se regula en los arts. 6-8 de la Directiva y su transposición en el Derecho alemán refleja de forma muy gráfica los problemas que se derivan de una armonización de máximos. Como ya se ha adelantado, a propósito de la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones, el legislador alemán se preocupó de sistematizar esta materia y de regularla con una coherencia que no presentaba el derecho europeo. Ello dio como resultado el § 355 BGB, que contiene una regulación unitaria del derecho de desistimiento en todos los contratos de consumo. El legislador mantiene esa línea cuando el § 485.1 BGB afirma que al consumidor que realiza un contrato de *Timeshare* le corresponde un derecho de desistimiento según lo dispuesto en el § 355 BGB. Pero la armonización plena le ha obligado a precisar las particularidades en los § 485.2 y 3 BGB y § 485a BGB. Tales preceptos son los que transponen los ya citados de la norma comunitaria.

El art. 8.2 de la Directiva prevé los efectos del desistimiento. El consumidor no soportará coste alguno ni estará obligado a pagar ningún precio correspondiente al servicio que pudiera haberse llevado a cabo antes de su ejercicio. El § 485.2, II BGB deja claro que el empresario debe abonar los costes de la celebración del contrato, su ejecución y su resolución. Tal regla persigue dejar indemne al consumidor que desiste de los gastos en que haya podido incurrir (cfr. Dictamen de la Comisión jurídica, BT-Drucks 17/3111, p. 3).

8. PROHIBICIÓN DE ANTICIPOS

De acuerdo con el art. 9 de la directiva, el § 486 BGB regula la prohibición de anticipos. La regulación alemana deja muy claro que el empresario ni puede exigir ni puede tampoco aceptar pagos anticipados por parte del consumidor. Sin embargo, el legislador alemán no incorpora la frase que en la directiva acompaña al «pago de anticipos», es decir, «la constitución de garantías, la reserva de dinero en cuentas, el reconocimiento explícito de deuda o cualquier otra contrapartida». La razón es que el concepto de «anticipo» ya incluye cualquiera de esas formas, puesto que todas ellas suponen que el consumidor pierde el poder de disposición sobre la cantidad (de dinero) de que se trate.

Ni la Directiva ni el Derecho alemán prevén sanciones concretas a la infracción de ese deber. Ya con ocasión de la transposición de la anterior Directiva 94/47/CE, que también prevenía esa misma prohibición de anticipos, la doctrina alemana había sugerido distintas sanciones (cfr. Staudinger, en: Schulze et alii (eds.), *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Nomos, Baden-Baden 2004⁴, § 486 Rn. 6): El consumidor puede desistir del contrato o, supuesto que le interese contratar, exigir la devolución del pago de anticipos según las reglas sobre enriquecimiento injusto. Es posible además reclamar daños y perjuicios por la vía de la responsabilidad extracon-

tractual, puesto que la prohibición de anticipos constituye una norma de protección, según el § 823.2 BGB. Naturalmente, existe también la posibilidad de entablar acciones colectivas de cesación.

9. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis precedente deja claro que el legislador nacional, a pesar de la armonización plena, todavía tiene un amplio margen de actuación. Si bien los deberes precontractuales y el contenido del contrato resultan armonizados a través de la norma comunitaria, no sucede lo mismo en relación con los remedios y las sanciones, que la directiva sólo regula parcialmente y no de forma concluyente. Por tanto, si los Estados miembros tienen todavía un margen de actuación, ello significa que no se consigue la finalidad perseguida, que es la armonización plena o máxima. En definitiva, la unidad del mercado interior exige que también los remedios y las consecuencias jurídicas sean objeto de armonización.

ESPAÑA

Bibliografía

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*
MARIA LUISA ZAHINO RUIZ**

1. ESPACIO EUROPEO DE EDUCACIÓN SUPERIOR

MARTÍN LÓPEZ, Milagros – ROLDÁN MÁRQUEZ, Adela (coords.): *EEES y cambios en las metodologías docentes: reflexiones y experiencias en su aplicación a las ciencias del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. ISBN: 9788499853689.

2. DERECHO A LA INFORMACIÓN Y DATOS PERSONALES

ESQUINAS VALVERDE, Patricia: *Protección de datos personales en la policía europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010. ISBN: 9788499850191.

GUICHOT, Emilio: *Transparencia y acceso a la información en el Derecho europeo*, Sevilla, Global Law Press, 2011. ISBN: 9788493634933.

LLÀCER MATAÇÀS, M.^a Rosa: *Protección de datos personales en la sociedad de la información y la vigilancia*, Madrid, La Ley, 2011. ISBN: 978-84-8126-820-1.

3. DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

CELADOR ANGÓN, Óscar: *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos* ISBN: 9788499821467.

* Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona.

** Profesora Titular interina de Escuela Universitaria de la Universidad de Barcelona.

FERRERES COMELLA, Víctor: *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2011. ISBN: 9788497688451.

MUÑOZ RODRÍGUEZ, M.^a del Carmen: *Democracia y Derechos humanos en la Unión Europea*, Madrid, Reus ed., 2011. ISBN: 9788429016420.

4. DERECHO DE CONTRATOS

CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.): *Comentarios a las normas de protección de los consumidores Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (Madrid, 2011), Madrid, Colex, 2011. ISBN: 978- 84-8342-289-2.

DÍAZ ROMERO, M.^a Rosario: *Leasing inmobiliario y transmisión de la propiedad en Europa*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2010. ISBN: 9788492884001.

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo (dir.): *Unificación del Derecho patrimonial europeo. Marco Común de Referencia y Derecho español*, Barcelona, Bosch casa ed., 2011. ISBN: 9788497908207.

5. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

CASTELLANOS RUIZ, Esperanza: *Régimen jurídico de los consumidores. Competencia judicial internacional y ley aplicable*, Granada, Comares, 2010. ISBN: 9788498367669.

FUGARDO ESTIVILL, José M.^a: *El Reglamento (CE) número 593/2008, del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de Derecho material y formal*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2010. ISBN: 9788495176752.

HERRANZ BALLESTEROS, Mónica: *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. ISBN: 9788499859644.

6. DERECHO LINGÜÍSTICO

GÁLVEZ SALVADOR, María José: *La diversidad lingüística comunitaria. Aspectos constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. ISBN: 9788499850320.

7. DERECHO DE SUCESIONES

ANDERSON, Miriam - ARROYO I AMAYUELAS, Esther (eds.): *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Col. European Studies in Private Law (5), Groningen, Europa Law Publishing, 2011. ISBN 978-90-8952-087-6.

8. DIVERSOS

LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Textos jurídicos básicos de la Unión Europea, La Ley-Actualidad*, 2011. ISBN: 9788481268737.

MONTANOS FERRÍN, Emma: *Experiencias de Derecho común europeo. Siglos XII – XVII*, Santiago de Compostela, Andavira editora, 2010. ISBN: 9788484085850.

Legislación

MARIA LUISA ZAHINO RUIZ

Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales

La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, incorporó al ordenamiento español la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de 2000, con la pretensión de solucionar los problemas que los plazos de pago excesivamente amplios y la morosidad provocan a las empresas en general y a las pequeñas y medianas en particular. El objetivo general de la Ley 3/2004 era fomentar una mayor transparencia en la determinación de los plazos de pago en las transacciones comerciales y garantizar su cumplimiento. Para ello comprendía un conjunto de medidas sustantivas contra la morosidad –determinación del plazo de pago y exigibilidad de intereses de demora, fijación del tipo legal, devengo automático, indemnización por costes de cobro– orientadas, en última instancia, a impedir plazos de pago excesivamente largos, que no tienen más finalidad que la de proporcionar liquidez adicional al deudor a expensas del acreedor.

La escasa aplicación práctica de la normativa y la constatación, cinco años después de su entrada en vigor, de los altos niveles de impagos, retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vencidas, llevó al Grupo Parlamentario Catalán (*Convergència i Unió*) a presentar una proposición de Ley de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre [Proposición de Ley 122/000147, BOCG de 24 de marzo de 2009, Serie B. Núm. 169-1, pp.1-5] que, tras su tramitación parlamentaria, fue aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 17 de junio de 2010, dando lugar a la Ley 15/2010, de 5 de julio, de Modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. El mismo interés práctico ha determinado al Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea a derogar la Directiva 2000/35/CE –con efectos a partir del 16 de marzo de 2013– y a aprobar una nueva Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, cuyas directrices –en fase de proyecto– han sido parcialmente tenidas en cuenta por el legislador español.

El objetivo de la reforma es doble: favorecer la competitividad entre empresas corrigiendo desequilibrios y lograr un crecimiento equilibrado de la economía española [Preámbulo § 5 L. 15/2010]. Tales objetivos tienen como premisa garantizar la subsistencia de las pequeñas y medianas empresas en el contexto económico actual, en atención a su manifiesta dependen-

cia del crédito a corto plazo y a las limitaciones de tesorería que presentan. Y, a tales efectos, pretende introducir: «...nuevos instrumentos que permitan que las empresas hagan uso de sus derechos de una manera efectiva, tanto en lo que se refiere a la reclamación de los intereses moratorios y recuperación de los gastos de cobro, como en el establecimiento de procedimientos de reclamación más ágiles y menos costosos» [Proposición de Ley 122/000147, EM § 6].

Presupuesto lo anterior, en cuanto concierne a la L. 3/2004, la reforma se ha concretado en la modificación de los arts. 2 –Definiciones–, 3 –Ámbito de aplicación–, 4 –Determinación del plazo de pago–, 8 –Indemnización por costes de cobro– y 9 –Cláusulas abusivas–, y en la introducción de un nuevo precepto, el art.11 –Transparencia en las buenas prácticas comerciales.

La modificación de los arts. 2 y 3 L. 3/2004 ha tenido por objeto precisar el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley –en cuanto se refiere a los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones realizadas entre empresas y la Administración– incorporando a la Ley el concepto de Administración recogido en el art. 3.3 de la L. 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público [LCSP], de modo que se considera como Administración, «a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público». En otro orden de cuestiones, se ha aprovechado la reforma para introducir una nueva definición en el art. 2 d L. 3/2004 relativa al cómputo del plazo de pago que se referirá –como ya establece el art. 5.2 CC y, ahora también la recientemente aprobada Dir. 2011/7/UE, de 16 de Febrero (arts. 3.3, b, i, y 4.3, a, i) – «...a todos los días naturales del año, y serán nulos y se tendrán por no puestos los pactos que excluyan del cómputo los períodos considerados vacacionales».

En el plano sustantivo las modificaciones más significativas conciernen a las normas relativas a la determinación del plazo de pago –tanto las relativas a los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, como entre empresas y la Administración.

Posiblemente la novedad más destacable en relación con esta materia sea la supresión de la posibilidad de «pacto entre las partes» en cuanto se refiere a la ampliación del plazo de pago (art. 4.1 a L. 3/2004), con la finalidad de «...evitar posibles prácticas abusivas de grandes empresas sobre pequeños proveedores» (Preámbulo § 7 L. 15/2010). La L. 15/2010 adopta en este punto un criterio –de dudosa oportunidad económica– distinto del general previsto en la Dir. 2000/35/CE (arts. 3.1 a y b) –y, también en la Dir. 2011/7/UE (arts. 3.3 b y 4.6), en la que se insiste en la oportunidad de que las partes puedan seguir teniendo la posibilidad de acordar expresamente plazos de pago superiores a 60 días naturales, siempre que esta ampliación no sea manifiestamente abusiva para el acreedor (Considerandos 13 y 23 Dir. 2011/7/UE)– que pone en tela de juicio su adecuación a la misma. En otro orden de cuestiones, la supresión de la posibilidad de «pacto entre las partes» deja sin sentido parcialmente la regulación del art. 9.1 L. 3/2004 en materia de cláusulas abusivas y plazo de pago –a pesar de que su redacción no se ha modificado en este punto– toda vez que un pacto sobre el plazo de pago que difiera del legal –salvo que se trate de un plazo inferior– ya no es posible.

En relación con los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas se excepciona el plazo general de 30 días establecido por la Dir. 2000/35/CE (art. 3.1 b, i) –y también por la Dir. 2011/7/UE (art. 3.3 b, i)– y se fija en 60 días (art. 4.1 a L. 3/2004) –a excepción de los productos de alimentación frescos y perecederos, cuyo

aplazamiento de pago no puede exceder, en ningún caso, de 30 días a partir de la fecha de la entrega de las mercancías (Disp. Adicional primera L. 15/2010 y art. 17.3 L. 7/1996, de 15 de enero [LOCM]). La adecuación de la norma a las directrices comunitarias resulta dudosa también en este punto, toda vez que el plazo de 60 días parece revestir en la Dir. 2000/35/CE –y también en la Dir. 2011/7/UE– un carácter excepcional. No obstante, se insiste en el Preámbulo de la L. 15/2010 en que los plazos de pago establecidos se adecuan a lo preceptuado en el art. 3.2 Dir. 2000/35/CE, que autoriza a los Estados miembros a fijar el plazo de exigibilidad en un máximo de 60 días en el caso de algunos tipos contractuales que habrá de definir la legislación nacional «...cuando obliguen a las partes contratantes a no rebasar dicha demora o cuando fijen un tipo de interés obligatorio sustancialmente superior al tipo legal».

Se adopta, asimismo, un criterio distinto en relación con el cómputo del plazo y la fijación del *dies a quo*, pues no viene determinado por la recepción de la factura (cfr. arts. 3.1 b, i, Dir. 2000/35/CE y 3.3 b i, Dir. 2011/7/UE), sino por la de las mercancías o por la prestación de los servicios, de modo que el plazo de pago que debe cumplir el deudor será en todo caso –también en los supuestos en que el deudor reciba la factura o solicitud de pago equivalente antes que los bienes o servicios (art. 4.1 b), o se haya dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación mediante el cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios (art. 4.1 c) – de sesenta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de servicios, sin que dicho plazo pueda ser ampliado por acuerdo de las partes (art. 4.1 a L. 3/2004). Esta regla se exceptiona, sin razón aparente, en los apartados 3 y 4 del mismo precepto, introducidos por la L. 15/2010. El apartado tercero, relativo a los supuestos en que la recepción de la factura tiene lugar por medios electrónicos, establece que «...producirá los efectos de inicio del cómputo de plazo de pago, siempre que se encuentre garantizada la identidad y autenticidad del firmante, la integridad de la factura, y la recepción por el interesado». Y el apartado cuarto atiende a la posibilidad de agrupar en un único pago facturas de un período determinado no superior a 15 días, que queda limitada a que «se tome como fecha de inicio del cómputo del plazo, la fecha correspondiente a la mitad del período de la factura resumen periódica o de la agrupación periódica de facturas de que se trate, según el caso, y el plazo de pago no supere los 60 días desde esa fecha».

En otro orden de cuestiones, conviene advertir que la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios es también relevante en cuanto a la determinación del plazo en que el proveedor está obligado a hacer llegar la factura o solicitud de pago equivalente a sus clientes, que se concreta –como en el art. 17.2.3 LOCM– en treinta días desde la recepción efectiva de las mercancías o prestación de servicios (art. 4.2 L. 3/2004).

En relación con los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas y la Administración, en sintonía con la Dir. 2011/7/UE (Considerando 23 y art. 4.3 a, i), el plazo se reduce de 60 a 30 días –estableciéndose un período transitorio para su entrada en vigor plena a partir del 1 de enero de 2013 (art. 3.3 L. 15/2010)– y, en consecuencia, el art. 3.1 L. 15/2010 modifica el art. 200.4 de la LCSP, imponiendo a la Administración la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato; y, si no procede la expedición de certificación de obra, el *dies a*

quo –a diferencia de cómo sucede en relación con los pagos derivados de operaciones comerciales entre empresas– se concreta en el momento de recepción de la factura, pues la fecha de recepción efectiva de las mercancías o prestación de los servicios sólo opera cuando la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se preste a duda o sea anterior a la recepción de las mercancías o a la prestación de los servicios (art. 200.4 LCSP). Pero, en materia de pagos entre empresas y la Administración no es ésta la única reforma e interesa destacar la importancia práctica de la norma introducida en el nuevo art. 200 bis LCSP, que articula un procedimiento judicial que permitirá a las empresas que realicen prestaciones a favor de la Administración hacer efectivas las deudas de una manera ágil y rápida, ya que transcurrido el plazo legal de pago los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, si es el caso, los intereses de demora. Y si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no contesta, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán acudir a la jurisdicción contenciosa y solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda (art. 200 bis LCSP). Junto a la anterior medida, se han establecido medidas de transparencia en materia de cumplimiento de obligaciones que se han concretado en la obligatoriedad de emitir informes periódicos a todos los niveles de la Administración (art. 4 L. 15/2010) y el establecimiento de un registro de facturas en las Administraciones locales (art. 5 L. 15/2010).

La indemnización por costes de cobro es otra de las medidas sustantivas contra la morosidad afectada por la reforma operada por la L.15/2010, pues se ha reforzado el derecho del acreedor a percibir dicha indemnización al eliminarse la previsión del art. 8.1 L. 3/2004 sobre su improcedencia en los supuestos en que el coste de cobro de que se tratare hubiese sido cubierto por la condena en costas del deudor.

Con el fin de ampliar la posibilidad de que las asociaciones denuncien prácticas abusivas en nombre de sus asociados se ha modificado también el art. 9.4 L. 3/2004, reconociendo a las entidades legitimadas para el ejercicio de las acciones de cesación y de retractación –entre las que se incluyen ahora también las de trabajadores autónomos (art. 9.4 a)– la posibilidad de personarse en los órganos jurisdiccionales o administrativos competentes para solicitar la no aplicación de las cláusulas o prácticas abusivas. Y, sin perjuicio de ello y con el mismo fin, se ha introducido un apartado cinco en el que se contempla la posibilidad de que tales entidades puedan asumir el ejercicio de las acciones colectivas de cesación y de retractación en contratos excluidos del ámbito de la L. 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, cuando se trate de empresas que incumplen habitualmente los períodos de pago previstos en la Ley.

Finalmente, conforme con la pretensión de la Dir. 2011/7/UE de promover la elaboración de «Códigos de buenas prácticas comerciales» y la adopción de sistemas de resolución de conflictos a través de la mediación y el arbitraje de adscripción voluntaria por parte de los agentes económicos (Considerando 34 y art. 8.4), la L. 15/2010 ha adicionado un artículo –el art. 11 Transparencia en las buenas prácticas comerciales– a la L. 3/2004 con el fin de favorecer las buenas prácticas en materia de pago.

Por último conviene advertir que, aunque la L. 15/2010 entró en vigor el 7 de julio de 2010, en relación con las normas de determinación del plazo de pago del art. 4 L. 3/2004, se ha previsto un calendario de ajuste progresivo para aquellas empresas que vinieran pactando plazos de pago más elevados

–del que se excepcionan los productos de alimentación frescos y perecederos– que concluirá el 1 de enero de 2013 (Disp. Transitoria Segunda L. 15/2010), antes de que finalice el plazo –16 de marzo de 2013– previsto en la Dir. 2011/7/UE para su transposición por los Estados miembros.

FRANCIA

Bibliografía (octubre 2010-mayo 2011)

CÉDRIC MONTFORT*

1. MANUALES, GENERALIDADES

- BERGÉ Jean-Sylvestre - ROBIN-OLIVIER Sophie : *Droit européen - Union européenne, Conseil de l'Europe*, PUF, Paris, 2011, 2è édition. ISBN 978-2-13-058314-1.
- DEGRYSE, Christophe, *Dictionnaire de l'Union européenne*, 2011. ISBN 978-2-8044-4151-7.
- DUBOUIS, Louis – GUEYDAN, Claude : *Les grands textes du droit de l'Union européenne - Traités - Droit dérivé – Jurisprudence*, Dalloz-Sirey, Paris, 2010, 8è édition. ISBN 978-2-247-09005-1.
- KARPENSCHIF, Michaël – NOURISSAT, Cyril : *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'union européenne*, PUF, Paris, 2010. ISBN 978-2-13-056714-1.
- PERTEK, Jacques : *Droit des institutions de l'Union européenne*, PUF, Paris, 2011, 3è édition. ISBN 978-2-13-058316-5.
- VAN RAEPENBUSCH, Sean : *Droit institutionnel de l'union européenne*, Larcier, Paris, 2011. ISBN 978-2-8044-3979-8.

2. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – DERECHOS FUNDAMENTALES

- BERGÉ, Vincent : *Jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme*, 12e édition, Dalloz-Sirey, Paris, 2011, 12e édition. ISBN 978-2-247-10666-0.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence (dir.) : *La dignité saisie par les juges en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2011. ISBN 978-2-8027-3041-5.
- FLAUSS, Jean-François - LAMBERT-ABDELGAWAD, Elisabeth : *La pratique d'indemnisation des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011. ISBN 978-2-8027-3036-1.
- LEVINET, Michel (dir.) : *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011. ISBN 978-2-8027-2984-6.
- MARTENS, Paul Bossuyt – RIGAUX, Marie-Françoise et alii : *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme - Liber amicorum Michel Melchior*, Anthemis, Louvain la Neuve, 2011. ISBN 978-2-87455-282-3.

* 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.

3. DERECHO CONTRACTUAL

BEHAR-TOUCHAIS, Martine - CHAGNY, Muriel : *Livre vert sur le droit européen des contrats - Réponses du réseau Trans Europe Experts*, Société de Législation comparée, Paris, 2011. ISBN 978-2-908199-92-5.

MAZEAUD, Denis - SCHULZE, Reiner – WICKER, Guillaume : *L'amorce d'un droit européen du contrat - La proposition de directive relative aux droits des consommateurs*, Société de législation comparée, Paris, 2010. ISBN 978-2-908199-87-1.

ROCHFELD, Judith (dir.), *L'acquis communautaire - Le contrat électronique*, Economica, Paris, 2010. ISBN 978-2-7178-5916-4.

4. DERECHO DE SOCIEDADES – INSOLVENCIA – FINANZAS

DAUGAREILH, Isabelle: *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruylant, Bruxelles, 2011. ISBN 978-2-8027-3029-3.

DECOCQ, André – DECOCQ, Georges : *Droit européen des affaires*, LGDJ, Paris, 2010, 2^e édition. ISBN 978-2-275-03491-1.

GRARD, Loïc – KAUFFMANN, Pascal : *L'Europe des banques - Approches juridiques et économiques, Concurrence, Réglementation, Marché unique*, Pédone, Paris, 2010. ISBN 978-2-233-00602-8.

5. DIVERSOS

BLUMANN, Claude – PICOD, Fabrice : *L'union européenne et les crises*, Bruylant, Bruxelles, 2011. ISBN 978-2-8027-2986-0.

BRIBOSIA, Emmanuelle – SCHEECK, Laurent - UBEDA DE TORRES, Amaya : *L'Europe des cours, loyautés et résistances*, Bruylant, Bruxelles, 2011. ISBN 978-2-8027-2774-3.

DAL GEORGES, Albert : *Le secret professionnel de l'avocat dans la jurisprudence européenne*, Larcier, Bruxelles, 2011. ISBN 978-2-8044-4653-6.

HENNION, Sylvie - LE BARBIER-LE BRIS - DEL SOL, Marion : *Droit social européen et international*, PUF, Paris, 2010. ISBN : 978-2-13-056403-4.

NASCIMBENE, Bruno – PICOD, Fabrice : *L'Italie et le droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2011. ISBN 978-2-8027-3012-5.

SIMON, Denys - MARIATTE, Flavien – MUÑOZ, Rodolphe : *Contentieux de l'Union européenne 2 - Carence, responsabilité*, Lamy, Paris, 2011. ISBN 978-2-7212.

VANDERLINDEN, Jacques – SNOW, Gérard – POIRIER, Donald : *La Common Law de A à Z*, Yvon Blais, Montréal, 2011. ISBN 978-2-89635-448-1.

Legislación

La nueva regulación de la detención preventiva nace y muere ... ¡el mismo día!

Los lectores de esta crónica recordarán que el régimen francés del arresto o detención preventiva (*garde à vue*) fue invalidado por el Consejo cons-

titutional (*Conseil constitutionnel*, 30 juillet 2010, DC n.º 2010-14/22), que ordenó al Parlamento promulgar una nueva ley. Ésta lleva fecha de 14 de abril de 2011 (*Loi 2011-392 Journal officiel de la République française* du 15 avril 2011) y en ella se dispone que tiene derecho a guardar silencio toda persona detenida preventivamente y que el abogado debe asistir a los interrogatorios, pero no tiene acceso a todas las piezas del dossier. La ley debía entrar en vigor el 1 de junio.

El 15 de abril de 2011, día de la publicación de la ley, la el Tribunal de Casación, en asamblea plenaria, dictó cuatro sentencias, en las que recuerda la eficacia inmediata de las normas del convenio europeo y la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos:

«les Etats adhérents à cette Convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation; que, pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales soit effectif et concret, il faut, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires» (Ass. plen., 15 avril 2011, n.º de pourvoi 10-17.049 et 10-30.242).

Además, los jueces confirman – en contra de la tesis del Ministerio de Justicia – que se impone la jurisprudencia de Estrasburgo incluso en los Estados que no hayan sido condenados:

«Mais attendu qu'après avoir retenu qu'aux termes de ses arrêts Salduz c./ Turquie et Dayanan c./Turquie, rendus les 27 novembre 2008 et 13 octobre 2009, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que, pour que le droit à un procès équitable, consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde, soit effectif et concret, il fallait, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue et pendant ses interrogatoires.» (Ass. plén., 15 avril 2011, n.º de pourvoi 10-30.313 y 10-30.316).

Por tanto, mucho antes de que la norma haya entrado en vigor, la *Cour de cassation* ya ha cuestionado que ésta no permita garantizar una asistencia eficaz del abogado, que necesariamente debe contemplar el acceso a todas las piezas del dossier (y no sólo las administrativas relativas a la privación de libertad, los controles médicos, o a las declaraciones del detenido). Así mismo, entiende el tribunal que se debe confiar la decisión de privación de libertad a una verdadera autoridad judicial, según el art. 5.3 del Convenio europeo, consideración que no tiene el Ministerio Fiscal (TEDH de 23 de noviembre de 2010, *Moulin c. France, requête* n.º 37104/06 ; *Cass. crim.*, 15 diciembre 2010, n.º de *pourvoi* 10-83.674), y, en general, debe preservarse el equilibrio de los derechos de las partes.

Con tales decisiones, la *Cour de cassation* da muestra de su independencia pero, sobre todo, da muestra de un apego total a la letra y al espíritu del

derecho europeo que, en este punto, es mucho más protector que la Constitución. Estas nuevas disquisiciones sobre la prisión preventiva constituyen un nuevo ejemplo del diálogo existente entre los tribunales europeos ¡Ahora sólo hace falta que este diálogo se traslade también a los Parlamentos!

ITALIA

Bibliografía

**MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO,
STEFANO TROIANO, BARBARA PASA**

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

AAVV: *Europa e diritto privato*, n. 1, 2011. El fascículo contiene diversos artículos de interés para el desarrollo del derecho privado que tratan, en particular: del papel de la causa en el derecho de contratos europeo, de los criterios de determinación del daño en las *model rules* y en el derecho común europeo, de la interacción entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo y los jueces nacionales, del contrato laboral de los deportistas, como punto de encuentro entre ordenamientos.

AAVV: *Contratto e impresa / Europa*, n. 2, 2010. El fascículo contiene diversos artículos en materia de derecho privado europeo que, entre otros temas, versan sobre los siguientes: el concepto de consumidor medio y consumidor vulnerable en el derecho comunitario; el foro en materia contractual en la reciente jurisprudencia comunitaria; antiguos modelos y nuevas perspectivas del derecho de propiedad en Europa; observaciones sobre el decreto legislativo de 27 de enero de 2010, n. 11 (sobre el particular, *vid infra*, en la sección de legislación).

GRANELLI, C.: «Il codice del consumo a cinque anni dall'entrata in vigore», in *Obbligazioni e Contratti*, n. 11, 2010, p. 731 ss. Tras sintetizar las opiniones de la doctrina y las decisiones jurisprudenciales a propósito del nuevo código de consumo italiano, el autor trata de realizar un balance de su relevancia práctica y concluye que la regulación administrativa del texto ha sido más eficaz que la civil.

DE CRISTOFARO, G.: «Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE», en *Rassegna di diritto civile*, n. 3, 2010, p. 880 ss. El autor analiza las modalidades de transposición en distintos Estados miembros de la Directiva 2005/29/CE y explica que la diversidad de soluciones son una prueba evidente del fallido intento de armonización en este sector.

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

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

*** *Professore Ordinario di Diritto Privato* (Università di Verona).

KRAMER, E. A.: «Il recesso dalle trattative: uno schizzo comparatistico», in *La responsabilità civile*, n. 4, 2011, p. 246 ss. El artículo reproduce la conferencia que el autor pronunció en junio de 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Verona, en el marco del curso de doctorado «Diritto privato europeo dei rapporti patrimoniali». Realiza un análisis de derecho comparado sobre la responsabilidad por ruptura injustificada de los tratos preliminares en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales y en los proyectos europeos de armonización del derecho contractual.

VISINTINI, G.: *La circolazione delle giurisprudenze*, in *Contratto e impresa*, n. 1, 2011, 73 ss. El autor explica la circulación de modelos jurídicos y del contraste ideológico entre el derecho comunitario y el derecho nacional en materia de propiedad, así como de la influencia de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo en materia de daños, como consecuencia de un proceso injusto. El análisis evidencia la distancia que existe entre los principios europeos y el derecho interno y el autor concluye que los jueces italianos deben proferir sentencias menos prolijas con el fin de que también los lectores extranjeros puedan entenderlas.

II. DERECHO COMPARADO (Barbara Pasa*)

1. NUEVAS REVISTAS

Se quiere dar noticia en esta crónica de dos nuevas revistas italianas *on line* que publican contribuciones de derecho comparado en diversas lenguas y también de autores extranjeros. De una de ellas es director Rodolfo Sacco (<http://isaidat.di.unito.it/index.php/isaidat/>). De la otra, Pasquale Stanzione (<http://www.comparazioneDirittocivile.it/>).

Ha salido también una nueva edición del *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, que es una histórica revista italiana dedicada al derecho extranjero y comparado, por primera vez publicada en 1927 y cuya publicación se suspendió en el año 1992. Este nuevo primer volumen es de 2010 y está editado por *Edizioni scientifiche italiane* de Nápoles. La revista tendrá una periodicidad anual.

2. MONOGRAFÍAS Y MANUALES DE DERECHO COMPARADO (PÚBLICO Y PRIVADO)

CARBONE, Paolo L. : *Il contratto del monopolista. Contributo in chiave comparata alla teoria del contratto nell'era delle «conoscenze»*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 86, ISBN 881414432X.

CASTELLUCCI, Ignazio: *Sistema jurídico latinoamericano. Una verifica*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. XVI-324. ISBN 978-88-348-1833-6.

* *Professore Associato di Diritto Comparato* (Università degli Studi di Torino).

- DEL CONTE, Fabio: *La Devolution nel Regno Unito, Percorsi di analisi sul decentramento politico costituzionale d'oltremarica*, 2011 pp. VIII-240, ISBN 978-88-348-1729-2.
- FORMICHELLA, Laura: *Le nuove leggi cinesi e la codificazione: la legge sulle società*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. xii-168, ISBN 9788834814840.
- FRANCAVILLA, Domenico: *Il diritto nell'India contemporanea, Sistemi tradizionali, modelli occidentali e globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 208, ISBN 978-88-348-1696-7.
- GALGANO, Francesco (a cura di): *Atlante di diritto privato comparato*, Zanichelli, Bologna, 5 ed., 2011, pp. 344, ISBN 9788808258083.
- GLENN, Patrick H.: *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, «Collezione di testi e di studi», con presentazione de Sergio Ferlito, Il Mulino, Bologna, 2011. pp. 704, ISBN 978-88-15-14925-1.
- IACOMETTI, Miryam: *L'Organizzazione interna dei Parlamenti. Un'analisi comparata*, ed. Carocci, Bologna, 2011, pp. 317, ISBN 9788843054299.
- PARDOLESI, Paolo (a cura di): *Seminari di Diritto Privato Comparato*, Cacucci ed., Bari, 2011, pp. 438, ISBN 9788866110149.
- PERA, Alessandra - RICCIO, Giovanni Maria: *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale*, Cedam, Padova, 2011, pp. XIV-354, ISBN 8813307586.
- PETRILLO, Pier Luigi: *Democrazie sotto pressione : parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. IX-494, ISBN 494 9788814156113.
- PONCIBÓ, Cristina: *Interesse collettivo, Modelli di tutela giurisdizionale in diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. XX-304, ISBN 978-88-348-1664-6.
- PORTALE, Giuseppe: *Introduzione ai Sistemi Giuridici Comparati*, Estratto da Lezioni di Diritto privato comparato, Giappichelli, Torino, 2 ed., 2011, pp. VI-156, ISBN 978-88-348-1726-1.
- SPADAFORA, Nicola: *Alternative dispute resolution fra Stati Uniti e Italia. Un confronto fra modelli*, Castellamare di Stabia, ed. Eidos Longobardi, 2011, ISBN 9788880903499.
- STANZIONE, Maria Gabriella: *Filiazione e genitorialità. Il problema del terzo genitore*, collana Comparazione e diritto civile, diretta da Gabriella Autorino e Pasquale Stanzione, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 258, ISBN 978-88-348-1697-4.
- SACCO, Rodolfo: *Il diritto tra uniformazione e particolarismi, (Lezioni magistrali)*, ESI, Napoli, 2011, pp. 48, ISBN 9788863421965.

Legislación

MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO, STEFANO TROIANO

Decreto legislativo de 27 de enero de 2010, n. 11. La norma es la transposición de la Directiva 2007/64/CE, sobre servicios de pago en el mercado interior. El texto sigue muy de cerca el de la directiva, a pesar de que la disciplina viene regulada tanto en esa norma como en el Decreto legislativo de 1 de septiembre de 1993, n. 385, texto único bancario.

Sección Temática: Espacio Judicial Europeo, 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 AÑO VEROS TERRADAS*

El período cubierto por de esta crónica no ha sido muy productivo en el ámbito del Derecho patrimonial, lo que sin duda contrasta con lo acontecido en el ámbito del Derecho de familia. Siguiendo con la temática de la crónica anterior, donde dábamos noticia de la futura revisión del Reglamento 44/2001 es, sin duda, destacable la publicación, por parte de la Comisión del la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida) y sobre la que paso a hacer algunas consideraciones. Como ya advertíamos el Reglamento 44/2001 es la piedra angular de la cooperación en materia civil en la UE. Se aplica a todos los Estados miembros, inclusive, en virtud de un acuerdo internacional suscrito por separado, a Dinamarca, que tiene un régimen especial para la cooperación judicial en el marco del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Reglamento 44/2002 entró en vigor en marzo de 2002 y ocho años más tarde la Comisión ha reexaminado su funcionamiento y propone una serie de modificaciones.

1. **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida), COM (2010) 748 [{SEC(2010) 1547} y {SEC (2010) 1548}]**

Tras los estudios y consultas realizados (ver crónica anterior), la Comisión propone fundamentalmente las siguientes cuatro reformas:

a) Supresión del procedimiento intermedio para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales (exequátur) salvo en los casos de difamación y en las acciones indemnizatorias colectivas. Se propone la supresión del exequátur pero siempre y cuando vaya acompañada de salvaguardas procesales apropiadas que aseguren la debida protección del derecho del demandado a un juez imparcial y sus derechos de defensa apropiadas. El demandado tendría a su disposición tres posibilidades para evitar, en circunstancias excepcionales, que una resolución dictada en un Estado miembro surta efecto en otro: a) en primer lugar, podría impugnar la resolución en el Estado miembro de origen si no hubiera sido debidamente informado de la acción ejercitada en dicho Estado b) en segundo lugar, la

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de ESADE-Ramón Lulul.

propuesta crearía una solución extraordinaria en el Estado miembro de ejecución que permitiría al demandado impugnar otras deficiencias procesales que pudieran haber surgido durante el procedimiento ante el tribunal de origen y que pudieran atentar contra su derecho a un juicio justo. Una tercera solución permitiría al demandado suspender la ejecución de la resolución en caso de que esta fuera inconciliable. Estos controles de hecho son causas de denegación en el régimen actual. La novedad es que se suprime el control del orden público.

b) Mejora del funcionamiento del Reglamento en el ordenamiento jurídico internacional. En este ámbito se proponen varias modificaciones: a) se extiende la aplicación de las normas de competencia judicial internacional protectoras de los consumidores, trabajadores y asegurados a los casos en los que el demandado tiene su domicilio en el Estado tercero; b) se crean dos foros adicionales para los conflictos en que estén involucrados demandados domiciliados fuera de la UE. En primer lugar, la propuesta prevé que se pueda actuar contra un demandado domiciliado en un Estado tercero en el lugar en que estén sitos sus bienes muebles, siempre que su valor no sea desproporcionado en relación con la cuantía de la demanda, y que el litigio tenga una vinculación suficiente con el Estado miembro del tribunal al que se somete el asunto. En segundo lugar, los tribunales de un Estado miembro podrán ejercer su competencia si no existe ningún otro foro que garantice el derecho a un juicio justo y si el conflicto tiene una vinculación suficiente con el Estado miembro concernido (*forum necessitatis*): c) se introduce una regla de litispendencia discrecional para litigios con el mismo objeto y entre las mismas partes pendientes ante tribunales en la UE y en un tercer Estado. Un tribunal de un Estado miembro puede excepcionalmente suspender el procedimiento si el asunto se sometió primero a un tribunal de fuera de la UE y si se espera que este se pronuncie en un tiempo razonable y la resolución pueda ser reconocida y ejecutada en ese Estado miembro.

c) Eficacia reforzada de los acuerdos de elección de foro: se incluyen dos modificaciones cuyo objeto es mejorar la eficacia de los acuerdos de elección de foro. Por un lado, cuando las partes han designado uno o varios tribunales para resolver el litigio, la propuesta da prioridad al tribunal designado para decidir sobre su competencia, independientemente de si se le ha sometido el asunto en primer o en segundo lugar. Cualquier otro tribunal debe suspender el procedimiento hasta que el tribunal designado se haya declarado competente o, en caso de que el acuerdo sea inválido, se haya inhibido. En segundo lugar, se introduce una norma de conflicto respecto de la validez sustantiva de los acuerdos de elección de foro, garantizando así un resultado similar en esta cuestión sea cual sea el tribunal al que se somete el asunto. Ambas modificaciones corresponden a las soluciones establecidas en el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005, lo que facilitará la eventual adhesión de la Unión Europea a dicho Convenio.

d) Mejor articulación entre el Reglamento y el arbitraje: se incluye una disposición específica sobre la relación entre el arbitraje y la vía judicial. Obliga a un tribunal al que se ha sometido un asunto a suspender el procedimiento si se impugna su competencia en virtud de un convenio de arbitraje y se ha sometido el asunto a un tribunal arbitral o si se ha ejercitado una acción judicial relativa al convenio de arbitraje en el Estado miembro sede del arbitraje. Con ello se pretende mejorar la eficacia de

los convenios arbitrales en Europa y evitar procedimientos judiciales y arbitrales paralelos.

2. **Resolución del PE, de 23 de noviembre de 2010, sobre los aspectos de Derecho civil, mercantil, de familia e internacional privado del plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo**

El martes día 23 de noviembre, el Parlamento Europeo aprobó una Resolución sobre los aspectos de Derecho civil, mercantil, de familia e internacional privado del plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, de la que cabe destacar los siguientes puntos:

Se pide a la Comisión que lleve a cabo con carácter urgente, un inventario de las medidas ya adoptadas en el marco del Derecho civil y del Derecho de familia con objeto de evaluar su eficacia y determinar en qué medida se han alcanzado sus objetivos y satisfecho las necesidades de los ciudadanos, las empresas y los profesionales del Derecho; considera que debe procederse simultáneamente a un estudio que abarque, en particular, los ministerios nacionales de Justicia, las profesiones jurídicas, las empresas y las organizaciones de protección de los consumidores, con objeto de determinar los ámbitos en que son necesarias y deseables nuevas medidas por lo que se refiere a la cooperación judicial en materia civil (punto 3).

Se observa que el Derecho de la Unión está considerado como una asignatura optativa en los programas de enseñanza y formación jurídica y judicial, lo que produce un efecto de marginación de esta materia. Por tanto, recomienda que los programas universitarios y de formación en el ámbito jurídico integren, como algo natural, el Derecho de la Unión en todas las especialidades fundamentales. Se considera además que el Derecho comparado debe convertirse en un elemento clave de los programas universitarios. Se recomienda que, a largo plazo, los juristas tengan que poseer un buen conocimiento de al menos otra lengua oficial de la Unión, para lo que debería existir una mayor financiación, así como estimular a los estudiantes a participar en programas de tipo Erasmus en el marco de sus estudios de Derecho (puntos 11 y 12).

Habida cuenta del ambicioso objetivo del programa de Estocolmo consistente en ofrecer formación antes de 2014 a la mitad de los jueces, fiscales, funcionarios judiciales y otros profesionales involucrados en la cooperación europea y del llamamiento para que, con ese fin, se recurra a las organizaciones de formación existentes, se hace hincapié en que la Red de Presidentes de los Tribunales Supremos Judiciales de la Unión Europea, la Red Europea de Consejos del Poder Judicial, la Asociación de Consejos de Estado y de Altos Tribunales Administrativos, la Red Eurojustice de Fiscales Generales Europeos, los funcionarios de los tribunales y los profesionales del Derecho pueden realizar una enorme aportación coordinando y promoviendo la formación profesional de la judicatura, así como la comprensión mutua de los ordenamientos jurídicos de los otros Estados miembros, y facilitando la resolución de los problemas y litigios transfronterizos, por lo que considera que sus actividades deben facilitarse y financiarse suficientemente (punto 13).

Se acoge con satisfacción el Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas y se

respalda la iniciativa de la Comisión para la creación de un instrumento de Derecho contractual europeo que pueda ser utilizado voluntariamente por las partes contratantes (punto 16).

Se subraya la importancia de una justicia transfronteriza para resolver casos de fraude y prácticas comerciales engañosas que tengan su origen en un Estado miembro y que afecten a personas, ONG y PYME en otros Estados miembros (punto 17).

Se insta a la Comisión a que tome medidas con objeto de mejorar la cooperación entre los tribunales de los Estados miembros para la obtención de pruebas y de reforzar la eficacia del Reglamento (CE) núm. 1206/2001, en particular, garantizando que los tribunales y los profesionales estén mejor informados al respecto y apoyen una generalización del uso de la tecnología de la información y las videoconferencias. Se considera que debería existir un sistema seguro para enviar y recibir mensajes electrónicos (punto 18).

Se acoge con satisfacción que el plan de acción proponga una iniciativa legislativa para un Reglamento sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales relativas a la transparencia de los activos del deudor, así como un Reglamento similar sobre el embargo de activos bancarios (punto 19).

Se pide a la Comisión y a los Estados miembros que garanticen la aplicación uniforme del Derecho de la UE –aspectos de procedimiento–, con especial hincapié en las normas y procedimientos administrativos estandarizados aplicables en ámbitos de competencia de la UE, como la fiscalidad, las aduanas, el comercio y la protección de los consumidores, dentro de los límites establecidos en los Tratados de la UE, con objeto de garantizar el funcionamiento del mercado único y de la libre competencia (punto 24).

Se pide a la Comisión que garantice la supresión de todos los obstáculos al desarrollo del comercio electrónico, identificados últimamente en la «Agenda Digital» para 2010, por medios tanto legislativos como no legislativos. Se pide que se busque lo antes posible una solución a los problemas comerciales transfronterizos relacionados con las compras en línea de los consumidores, particularmente respecto a los pagos y entregas transfronterizas. Se destaca la necesidad de aumentar la confianza de los consumidores y las empresas en el comercio electrónico transfronterizo, particularmente a través del desarrollo de la lucha contra la delincuencia cibernética y la falsificación. Se pide la elaboración de una Carta de la UE sobre los derechos de los consumidores en el ámbito de los servicios en línea y del comercio electrónico (punto 30).

Se pide a la Comisión que informe al Parlamento Europeo sobre el ACTA en todas las fases de las negociaciones para respetar la letra y el espíritu del Tratado de Lisboa, así como que se garantice que el ACTA no modificará el acervo de la UE en materia de cumplimiento de los DPI y de los derechos fundamentales. Se pide a la Comisión que mantenga relaciones estrechas con terceros países que no participan en las negociaciones del ACTA, en particular los países emergentes (punto 31).

Se llama la atención sobre los problemas relacionados con la inseguridad jurídica de los intercambios comerciales cuya procedencia o destino sean países terceros, y sobre la cuestión de cuál es la jurisdicción competente en tales casos para resolver un litigio. Se observa que, a pesar de la existencia de principios de Derecho internacional privado,

su aplicación suscita una serie de problemas que afectan principalmente a los consumidores y a las pequeñas empresas, que a menudo desconocen cuáles son sus derechos. Se subraya que la globalización y el desarrollo de las operaciones por Internet plantean nuevos retos jurídicos (punto 32).

En la medida en que el Derecho Internacional Privado tiene un impacto en el Derecho de sociedades, llama la atención a la Comisión sobre diversas resoluciones del Parlamento Europeo en esta materia, así como sobre las sentencias del TJUE en los asuntos Daily Mail y General Trust, Centros, Überseering, Inspire Art, SEVIC Systems y Cartesio. Se señala que en el *obiter dictum* de la sentencia Cartesio, el Tribunal considera que, a falta de una definición uniforme dada por el Derecho comunitario de las sociedades que pueden gozar del derecho de establecimiento en función de un criterio de conexión único que determine el Derecho nacional aplicable a una sociedad, la cuestión de si el artículo 49 del TFUE se aplica a una sociedad que invoque la libertad fundamental consagrada por dicho artículo constituye una cuestión previa que, en el estado actual del Derecho comunitario, solo se puede responder sobre la base del Derecho nacional aplicable; señala además que los trabajos legislativos y convencionales en el ámbito del Derecho de sociedades previstos en el Tratado hasta la fecha no se han centrado sobre la disparidad de las legislaciones nacionales puesta de relieve en dichas sentencias y, por lo tanto, aún no han puesto fin a tal disparidad; se señala que ello pone de manifiesto una laguna en el Derecho de la Unión y se reitera la necesidad de colmarla (puntos 33 y 34).

Se insta a la Comisión a que haga todo lo posible en la Conferencia de La Haya para relanzar el proyecto de convenio internacional sobre resoluciones judiciales. Se considera que la Comisión podría emprender amplias consultas sobre la cuestión de si conviene conferir un efecto de reciprocidad a las disposiciones del Reglamento (CE) núm. 44/2001, con el objeto de alentar a otros países, especialmente a los Estados Unidos, a que reanuden las negociaciones. Se considera prematuro e imprudente considerar la posibilidad de conferir a las disposiciones de dicho Reglamento un efecto de reciprocidad hasta que no resulte suficientemente claro que han fracasado los intentos de relanzar las negociaciones en La Haya y que las consultas y estudios llevados a cabo no demuestren que una iniciativa de esas características sería beneficiosa y presentaría ventajas para los ciudadanos, las empresas y los profesionales en la UE (punto 35).

Se alienta a la Comisión a que cumpla plenamente con su papel en el marco de los trabajos de la Conferencia de La Haya y se insta a la Comisión a que adopte medidas para garantizar que la UE ratifica el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la protección de los niños (punto 37).

Se decide crear un foro interparlamentario dedicado a los trabajos de la Conferencia de La Haya. Se señala que la promoción en la Conferencia de La Haya de la autonomía de las partes en las relaciones contractuales internacionales tiene tales consecuencias desde el punto de vista de la posibilidad de soslayar disposiciones jurídicamente vinculantes que es necesario garantizar que esta cuestión sea objeto de debate y reflexión en foros democráticos a escala internacional (punto 38).

II. DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

1. Programa de Trabajo de la Comisión para 2011 y Propuestas para un Acta del Mercado Único (Bruselas, 27 de octubre de 2010 COM (2010) 608 final y 623 final)

Entre las medidas que afectan al derecho privado, se propone emprender iniciativas en materia de legislación sobre el acceso a los servicios bancarios básicos y realizar acciones para promover la práctica responsable aplicable a prestamistas y prestatarios de hipotecas. De esto último es muestra la Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial (Bruselas, 31 de marzo de 2011, COM (2011) 142 final). Se trata de procurar la integración de los mercados hipotecarios europeos para aportar estabilidad financiera e incrementar las ventajas de los consumidores.

Además, la Comisión anuncia la elaboración de propuestas para un método alternativo de solución de conflictos que facilite la resolución de los problemas de los consumidores en la UE y la continuación del trabajo sobre el recurso colectivo sobre la base de una consulta pública puesta en marcha en 2010. De aquí a 2012, la Comisión propondrá un sistema europeo de solución de diferencias en línea para las transacciones electrónicas. Además, en 2010-2011, la Comisión realizará una consulta pública sobre un planteamiento europeo para los recursos colectivos, con el fin de determinar las modalidades que podrían integrarse en el marco jurídico de la Unión Europea y en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Igualmente, se prevé la proposición de un instrumento jurídico sobre el Derecho europeo en materia de contratos.

2. Respuestas al Libro Verde «Opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas»

a) *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo* (DOUE C 84, de 17 de marzo de 2011)

El documento recuerda la necesidad de procurar unas normas comunes a escala europea y recuerda los pasos que ya se han dado, así como las recomendaciones efectuadas tanto por el Parlamento como por la Comisión y el propio Consejo Económico y Social en la última década. En sus observaciones generales, detecta los problemas que comporta la fragmentación legislativa y apuesta por la creación de un derecho optativo, al estilo de un 28.º régimen, que debería revestir la forma de reglamento («nuevo régimen reglamentario optativo avanzado»), disponible en todas las lenguas. Pero, a la vez, se mues-

* Profesora Titular de Derecho civil, Universidad 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 consolidada 2009 SGR 221.

tra partidario de que el marco común de referencia sea también una «caja de herramientas» ofrecida a las partes para la formulación de contratos transnacionales. Para promover el aumento de la coherencia del acervo comunitario insiste en la importancia de establecer claramente la definición de una serie de conceptos y la delimitación del régimen jurídico de determinadas situaciones jurídicas (persona jurídica, consumidor, profesional, cláusula abusiva, deber de información precontractual, remedios ante el incumplimiento, transmisión del riesgo, responsabilidad objetiva, etc.). Adicionalmente, considera adecuada la elaboración de cláusulas contractuales estándar aplicables en toda la Unión. El CESE considera que las actuaciones deberían comenzar por los contratos entre empresarios transnacionales.

- b) *Proyecto de Resolución del Parlamento. Comisión de Asuntos Jurídicos* (25 de enero de 2011) PE 456.886v01-00 (2011/2013(INI). Ponente: Diana Wallis.

El Parlamento favorece la opción de promulgar un reglamento (disponible en todas las lenguas) que sea un instrumento opcional (*opt-in*) y limitado a los aspectos centrales del derecho contractual y que, en concreto, contenga disposiciones sobre los tipos contractuales más frecuentes (compraventa, prestación de servicios, contratos de seguros). El instrumento podría ser complementado por una caja de herramientas, de alcance mucho más amplio, que debería ser promovida a través de un acuerdo interinstitucional, de manera que si bien inicialmente debería ser tenida en cuenta por la Comisión, finalmente serviría para todas las instituciones de la Unión Europea. La ventaja añadida del reglamento sería la seguridad que proporcionaría la posibilidad de ser interpretado por el TJUE y, además, previsiblemente facilitaría la resolución alternativa de conflictos en las disputas transnacionales. En definitiva, el Parlamento responde a la consulta formulada por el Libro verde de la Comisión favoreciendo las opciones 2 y 4.

El instrumento opcional debería ser de aplicación a todo tipo de transacciones: B2B y B2C, internas e internacionales (sin perjuicio de señalar que los efectos de un reglamento *opt-in* en las transacciones domésticas requiere ulteriores análisis) y, por tanto, más allá del ámbito específico del *e-commerce* u otras ventas a distancia. El Parlamento también considera que es preciso trabajar en la idea de ofrecer cláusulas contractuales simples y comprensibles que puedan ponerse a disposición de las pequeñas y medianas empresas y que ofrezcan un sello de confianza que garantice seguridad a los usuarios.

3. Publicados los resultados del estudio llevado a cabo por el Grupo de Expertos para la reelaboración del Marco Común de Referencia (o cualquiera que sea el nombre de la nueva iniciativa que lleve a cabo la Comisión)

Los informes que dan cuenta de la evolución de los trabajos se encuentran disponibles en la página web de la Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad. Allí también pueden leerse los resultados de las reuniones de los *stakeholders*; y las reglas definitivas, pero sin comentarios, elaboradas por el Grupo de Expertos, tal y como se han dado a conocer al público para que éste envíe sus comentarios (http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/policies_consumer_intro_en.htm). El texto consta de 6 partes: (1) disposiciones

generales del derecho de contratos y definiciones (vgr. consumidor, soporte duradero, daños); (2) formación, desistimiento, resolución y anulación del contrato por vicios del consentimiento (entre estos últimos se incluye el abuso de posición dominante); (3) interpretación del contrato y cláusulas abusivas; (4) contrato de compraventa (derechos y deberes de las partes y remedios); (5) contrato de servicios (instalación, reparación, mantenimiento) adicional a la compraventa (derechos y deberes de las partes y remedios); (6) Daños, mora, efectos de la anulación o resolución del contrato, prescripción.

La Comisión considera que el texto puede servir de punto de partida para posteriores iniciativas políticas y por eso solicita el *feed back* de todos los interesados. En concreto, le interesa la opinión respecto a la extensión del control de abusividad, en contratos con consumidores, a cláusulas no incluidas en clausulados generales, sobre la regulación propuesta en materia de onerosidad sobrevenida, el remedio consistente en reparar la falta de conformidad en contratos B2B, los riesgos, el plazo de mora automática, y otras reglas específicas en materia de suministro de contenidos digitales.

4. Propuesta de Directiva horizontal sobre derechos de los consumidores

En su sesión de 24 de enero de 2011, el Consejo manifestaba su conformidad a una nueva perspectiva en la regulación de los derechos de los consumidores (5426/11 Presse 7 en: <http://www.consilium.europa.eu/Newsroom>), a pesar de las declaraciones en contra de las delegaciones algunos países y, entre ellos, España (<http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/10/st16/st16933.es10.pdf>) e instaba a la Presidencia a proseguir las negociaciones con el Parlamento europeo, con vistas a alcanzar un acuerdo en primera lectura. En esencia, en el texto sobre el que debía pronunciarse el Consejo sólo las normas sobre deberes de información y derecho de desistimiento en los contratos a distancia y fuera de establecimientos comerciales resultaban plenamente armonizadas. Las normas sobre venta de bienes de consumo y sobre cláusulas generales contenidas en la propuesta original de la Comisión quedaban suprimidas. Sin embargo, el Parlamento ha acabado modificando sustancialmente esa propuesta en la sesión de 24 de marzo de 2011 (<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201104/20110404ATT16887/20110404ATT16887EN.pdf>) y, a pesar de que el texto aprobado se acerca más a la proposición inicial de la Comisión, también se aprecian cambios.

En él se mantiene la necesidad de armonizar las 4 directivas iniciales (ventas a distancia, fuera de establecimientos, cláusulas generales, venta de bienes de consumo), a base de adoptar un enfoque mixto de armonización mínima y plena. En cuanto a los deberes de información, se distingue entre las ventas presenciales, por un lado, y a distancia y fuera de establecimiento, por el otro. El plazo de desistimiento es de 14 días, al que deben añadirse 12 meses si el prestador de servicios no informa del mismo, aunque los Estados miembros tienen libertad para prever plazos más largos. Se establece la obligación del vendedor de hacerse cargo de los gastos de devolución, en un plazo máximo de 14 días, a contar desde el momento en que el consumidor le avisa de su decisión de desistir. También se armonizan reglas sobre la entrega de las mercancías y la transmisión de riesgos, la forma de efectuar el pago, la conformidad y remedios, así como el derecho de regreso del vendedor frente al responsable de la falta de conformidad. Para las cláusulas no negociadas o condiciones generales en contratos con consumidores (B2C), la regulación

incluye las dos listas de cláusulas abusivas (unas que deberían serlo en todo caso, otras sólo si el empresario no demuestra lo contrario). Se aprecian cambios en la definición del contrato de compraventa y de servicios (que incluye la obra) y también en la de contrato a distancia. Se dictan disposiciones específicas en materia de desistimiento para los servicios con contenidos digitales.

El pasado 7 de junio se alcanzaron nuevos acuerdos políticos, que todavía deben ser refrendados en el Parlamento y el Consejo. Entre otras novedades, parece que ya no se acepta la regla que proponía que los comerciantes asumieran los gastos de devolución del producto, una vez el consumidor había decidido desistir del contrato. En el curso de las negociaciones, el Parlamento sugería que fuera así, siempre y cuando tales gastos fueran superiores a 40 euros. El Consejo lo consideraba inaceptable y, finalmente, se ha transigido en que tales gastos deben ser anunciados claramente en el contrato de venta, con el fin de permitir al consumidor decidir con pleno conocimiento de causa dónde prefiere adquirir el bien (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+IM-PRESS+20110607IPR20822+0+DOC+XML+V0//FR>).

5. Aprobada por el Parlamento la Directiva sobre morosidad en las operaciones comerciales en primera lectura, el 20 de octubre de 2010 (P7_TC1-COD(2009)0054)

La morosidad se identifica en el art. 2.4 con no efectuar el pago en el plazo contractual o legal de pago, siempre que el acreedor haya cumplido sus obligaciones contractuales y legales y no ha recibido la cantidad adeudada a tiempo (el importe del principal, incluidos los impuestos, tasas, derechos o costes especificados en la factura o en la solicitud de pago equivalente), salvo que el deudor no sea responsable del retraso (arts. 3.1 y 5.1). Los intereses moratorios (interés simple aplicado a los pagos con demora y cuyo tipo equivale al tipo de referencia aumentado en al menos ocho puntos porcentuales) se devengan sin necesidad de requerimiento a partir del día siguiente de la fecha de pago o en los 30 días naturales siguientes a la recepción de la factura o, en su caso, de las mercancías o ejecución del servicio, o la comprobación de su conformidad. Los Estados miembros deben velar por que el plazo de pago fijado en el contrato no exceda de 60 días naturales, salvo acuerdo expreso en sentido contrario recogido en el contrato y con la condición de que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor según lo estipulado en el artículo 6. Cuando el deudor es un poder público, se mantienen los 30 días, aunque en determinados casos el legislador podrá ampliarlos a 60 días. El pacto de ampliación de los 30 días legalmente estipulados es posible siempre que esté objetivamente justificado por las características particulares del contrato y en ningún caso excederá de 60 días. Producida la demora, el acreedor tiene derecho a cobrar al deudor, como mínimo, una cantidad fija de 40 euros, por los costes de cobro (art. 4). El artículo 9 regula la reserva de dominio (estipulación contractual en virtud de la cual el vendedor conserva la propiedad de los bienes en cuestión hasta el pago total del precio) y el artículo 10 establece el deber de los Estados miembros de facilitar la obtención de un título ejecutivo, incluso a través de un procedimiento acelerado, independientemente de la cuantía de la deuda, normalmente en un plazo de 90 días a partir de la presentación de la demanda.

III. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

HÉCTOR SIMÓN MORENO*

1. *Common Frame of Reference*

En la última crónica destacábamos la promulgación por parte de la Comisión Europea del Libro Verde sobre opciones políticas para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para los consumidores y las empresas (1 de julio de 2010), así como el nombramiento de un grupo de expertos por parte de la Comisión Europea que tenía que seleccionar aquellas materias del DCFR que fueran relevantes para una posible armonización. Pues bien, este grupo ha publicado recientemente el resultado de sus trabajos (*vid.* <http://ec.europa.eu>), que han tenido un gran impacto en el texto original del DCFR. Efectivamente, este texto académico ha quedado reducido a 189 artículos que recogen únicamente aquellos aspectos de una relación contractual que tienen relevancia para el mercado interior. Ello significa que no están presentes los derechos reales que recogía el DCFR (por ejemplo, el *trust* o las garantías reales sobre bienes muebles) ni tampoco los derechos reales sobre bienes inmuebles (por ejemplo, la hipoteca), con lo que es complicado que este grupo reducido de normas pueda alcanzar, por sí solo, un mercado común u interior real.

2. Normativa de la Unión Europea

Las siguientes propuestas de la Unión Europea están relacionadas directa o indirectamente con los derechos reales:

a) La Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales de 16 de marzo de 2011 (COM/2011/0126 final). Este Reglamento pretende proporcionar seguridad jurídica a los derechos de propiedad de las parejas transnacionales cuando deciden poner fin a su matrimonio, y para ello regula la ley aplicable al régimen económico matrimonial. Este régimen incluye el conjunto de los bienes de los cónyuges, muebles e inmuebles, con independencia de su localización (art. 15). Sin embargo, este Reglamento no afecta a cuestiones de derecho sustantivo, ya que excluye de su ámbito de aplicación la naturaleza de los derechos reales sobre un bien así como su publicidad. Las mismas previsiones se contemplan en la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (COM (2011) 127 final).

b) Y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 31 de marzo de 2011 (COM (2011) 142 final), que se enmarca dentro de los esfuerzos de la Comisión Europea por conseguir un mercado interior. Efectivamente, esta Directiva constituye el primer resultado de las prioridades previstas en el Libro Blanco de 2007 sobre la integración del mercado europeo de crédito hipotecario (COM (2007) 807 final), en particular de la voluntad

* Investigador Postdoctoral de Derecho Civil, Universidad Rovira i Virgili.

de aumentar la confianza de los consumidores. Esta norma pretende combatir la concesión irresponsable de préstamos hipotecarios por parte de los operadores del mercado. En este sentido, la Comisión Europea subraya que los prestamistas no han asesorado convenientemente al consumidor ni tampoco evaluado su solvencia debidamente. Estos problemas afectan tanto al consumidor, que encuentra problemas a la hora de devolver el préstamo y de elegir (comparar) diversos productos hipotecarios, como a la economía de la Unión Europea, por ejemplo en el bajo porcentaje de préstamos hipotecarios transfronterizos (que no supera el 1% de acuerdo con el Libro Blanco de 2007). En este contexto, la Directiva pretende establecer un marco de protección para el consumidor similar al previsto en la Directiva 2008/48, de 23 de abril, relativa a los contratos de crédito al consumo (DOL 22 mayo 2008, núm. 133, [pág. 66]), que se traduce en una serie de obligaciones de información, asesoramiento y evaluación de la solvencia del consumidor por parte de la entidad de crédito (artículos 7 y siguientes). En particular, los Estados miembros velarán por que la entidad de crédito evalúe la solvencia del consumidor «basándose en criterios tales como los ingresos de este, sus ahorros, sus deudas y otros compromisos financieros» (art. 14.1). Si el resultado es negativo, los Estados también han de velar por que el prestamista deniegue el crédito (art. 14.2). Podemos deducir de lo anterior que la voluntad de la Comisión es evitar un sobreendeudamiento de los consumidores, pero esta propuesta presenta los siguientes problemas: 1) en primer lugar, olvida tomar en consideración el hecho de que el préstamo está garantizado con una hipoteca. En otras palabras, una persona que dedique gran parte de su sueldo al pago del préstamo no necesariamente supone un riesgo para la entidad de crédito de no ver reembolsado el crédito en última instancia, si por ejemplo el *Loan to Value* (LTV) solo alcanza el 50% del valor de la finca; además, se presentan problemas prácticos en aquellos supuestos en los que la solvencia del deudor no juega ningún papel en la capacidad de reembolso del préstamo o crédito, por ejemplo en las hipotecas inversas (reguladas en el Derecho español en la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007); b) en segundo lugar, se corre el riesgo de excluir a determinadas personas de la posibilidad de adquirir una vivienda si no reúnen las condiciones mínimas de elegibilidad; y c) en tercer y último lugar, ello puede afectar a la titulación de determinadas hipotecas que no cumplen los estándares del art. 5 de la Ley 2/1981, del mercado hipotecario (tienen un LTV superior al 80%), si se equiparan a las hipotecas *subprime* estadounidenses, con lo que ya no sería posible su titulación a través de los certificados de transmisión de hipoteca (art. 18 de la Ley 44/2002, de reforma del sistema financiero, *vid.* NASARRE AZNAR, Sergio, *Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», en prensa).

3. Eulis

La plataforma EULIS trabaja desde 2004 para ofrecer a nivel europeo la posibilidad de consultar telemáticamente la información contenida en los Registros de la Propiedad (*vid.* www.eulis.eu/). En 2010 se puso en marcha el denominado Project LINE (que tiene una duración de dos años) en el marco del programa *e-Justice* de la Unión Europea. El pasado mes de noviembre se hizo oficial la incorporación a este proyecto de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, con lo que en un futuro será posible consul-

tar de forma telemática desde cualquier lugar de Europa los derechos reales inscritos en Registros españoles.

4. Runder Tisch

El grupo de la *Runder Tisch*, que estudia el derecho real de hipoteca en 22 legislaciones europeas, se ha reunido en los meses diciembre y marzo en la sede de la *Verband deutscher Pfandbriefbanken* (impulsora del grupo) para tratar la hipoteca sobre derechos de superficie, propiedades especiales y propiedad horizontal, con lo que el grupo continúa su investigación en torno al comportamiento de la hipoteca en los diversos sistemas hipotecarios europeos. La próxima reunión tendrá lugar el próximo mes de octubre.

5. Libros

En el ámbito de los derechos reales podemos destacar las siguientes publicaciones:

a) La *Verband deutscher Pfandbriefbanken* ha publicado dos monografías de interés en el ámbito de las garantías reales inmobiliarias, cuyos autores son EBNER, Wolfgang (*Grundeigentum und Sicherheiten in Tschechien*, Band 45, 2 Auflage, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2010) y ILLA, Balázs (*Grundeigentum und Sicherheiten in Ungarn*, Band 46, 2. Auflage, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2010), miembros del grupo de la *Runder Tisch*. Ambas obras analizan en profundidad el Derecho hipotecario de cada país y sirven de base para los resultados de este grupo de investigación.

b) Wolfgang Faber y Brigitta Lurger son los coordinadores de la obra *Package: National Reports on the Transfer of Movable in Europe* (editorial Sellier, diciembre 2010), en la que se recogen 28 informes nacionales sobre la transmisión de bienes muebles (publicados anteriormente por separado en 6 volúmenes). Por lo tanto, se trata de un trabajo relevante de derecho comparado en el ámbito de los derechos reales.

c) Los mismos autores coordinan la obra *Acquisition and Loss of Ownership of Goods. Principles of European Law* (editorial Sellier, marzo 2011), que recoge los trabajos elaborados por el grupo de investigación *Transfer of Movable* (integrante del *Study Group on a European Civil Code*). Esta obra se centra en los aspectos más importantes del derecho de propiedad sobre bienes muebles, por ejemplo su transmisión y adquisición por terceros de buena fe.

6. Jurisprudencia

Podemos destacar en este período las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de marzo de 2011 (JUR 2011\92699. Caso Anheuser-Busch Inc. contra Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos, OAMI), de 10 de marzo de 2011 (TJCE 2011\45. Caso Lesoochranárske zoskupenie VLK contra Ministerstvo zivotného prostredia Slovenskej republiky), y de 11 de noviembre de 2010 (TJCE 2010\336. Caso Comisión Europea contra Portugal). Las dos primeras resuelven casos de

propiedad intelectual relacionados con el Reglamento 10/1994, de marca comunitaria (derogado por el Reglamento 207/2009), en particular la denegación del registro de una marca comunitaria y el alcance geográfico de su protección; en cuanto a la tercera, se trata de un nuevo caso de las llamadas «acciones de oro», cuya problemática ya habíamos comentado en la última crónica.

7. Congresos y/o seminarios

Por último, reseñar en la presenta crónica la celebración del *Workshop* Internacional *Legal Aspects of Housing, Land and Planning* auspiciado por la *European Network for Housing Research* (www.enhr.net/), que tuvo lugar en Granada los días 31 de marzo y 1 de abril de 2011. En este *Workshop* se trataron diversos aspectos relacionados con la vivienda y los derechos reales, por ejemplo la hipoteca inversa como instrumento de protección económica de las personas mayores o dependientes, el régimen de propiedad horizontal en una misma vivienda y las formas de tenencia inmobiliaria entre la propiedad y el alquiler (*intermediate tenures*, por ejemplo la *shared ownership* inglesa), que podrían facilitar el acceso a una vivienda.

IV. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

Propuestas de Reglamento comunitario en materia de regímenes económicos matrimoniales y sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas

El 16 de marzo de 2011 la Comisión Europea presentó sendas *Propuestas de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales* [COM (2011) 126 final] y *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas* [COM (2011) 127 final]. Con ello se da continuidad a un proyecto que ya figuraba entre las prioridades del Plan de acción de Viena de 1998, habiéndose publicado un Libro verde el 17 de julio de 2006 [COM (2006) 400]. La publicación de las propuestas marca el inicio de unas negociaciones que se prevén largas y complejas.

La primera cuestión que llama la atención es que la Comisión haya presentado dos propuestas, una relativa al régimen de bienes del matrimonio, y otra respecto a los efectos patrimoniales de las uniones registradas. Ello pone de manifiesto las dificultades jurídicas y políticas que surgen como consecuencia del reconocimiento de las parejas de personas del mismo sexo. Si bien en algunos Estados de la Unión como Bélgica, España, Portugal y Suecia tales parejas pueden contraer matrimonio en igualdad de condiciones que las parejas de distinto sexo, no está garantizado que tales matrimonios sean reconocidos en los demás Estados miembros y, por consiguiente, que se les apliquen las normas de Derecho internacional privado relativas al matrimo-

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

nio, aunque sean de origen comunitario. La regulación contenida en la Propuesta sobre régimen económico matrimonial no altera esta situación, puesto que en el Considerando 10 se establece claramente que el Reglamento no establece un concepto comunitario de matrimonio y que éste «se define en el derecho nacional de los Estados miembros». Ello implica que desde la perspectiva de determinados Estados miembros el Reglamento propuesto no se aplicaría a uniones consideradas matrimonios en el Estado miembro de celebración, ni tampoco obviamente a aquellas uniones de pareja distintas al matrimonio.

Los efectos patrimoniales de tales uniones podrían, en cambio, regularse por el segundo de los Reglamentos propuestos, si las parejas reúnen los requisitos de la «unión registrada». La unión registrada se define de manera autónoma como la unión de dos personas comprometidas en una relación estable, oficialmente registrada ante una autoridad pública. Como puede advertirse fácilmente este concepto podría incluir a los matrimonios de personas del mismo sexo y a algunas de las uniones de pareja reconocidas en el Derecho de los Estados miembros como la *eingetragene Lebenspartnerschaft* del Derecho alemán. Por lo que respecta a las instituciones de los Derechos autonómicos españoles la situación sería desigual, pues el elemento decisivo de la definición es el registro, lo que, por ejemplo excluiría a la *unió estable de parella* del Derecho catalán. Un problema adicional lo plantearían las parejas inscritas en Registros municipales que podrían incluirse en el ámbito de aplicación del Reglamento sobre las uniones registradas a pesar de que desde el punto de vista jurídico la regulación sea claramente deficitaria y escasamente relevante a efectos civiles, salvo que tales parejas reúnan adicionalmente los requisitos necesarios para ser consideradas parejas estables conforme a las legislaciones autonómicas que las prevén.

Desde un punto de vista jurídico-político la propuesta de dos Reglamentos tiene como principal efecto aislar la cuestión polémica, del reconocimiento jurídico de las parejas de personas de un mismo sexo, en un instrumento separado. Ello probablemente pretende facilitar la consecución del necesario consenso entorno al primer instrumento referido a los regímenes matrimoniales, cuyo éxito no se vería necesariamente comprometido por las reticencias de algunos Estados miembros respecto a las uniones homosexuales. Otra posibilidad que no cabe excluir es la aplicación del mecanismo de la cooperación reforzada al instrumento relativo a las uniones registradas, que implicaría su aplicación por un número reducido de Estados miembros, que expresamente declararan su voluntad de participar. Existiendo el precedente del Reglamento Roma III relativo a la ley aplicable al divorcio esta opción no puede en absoluto descartarse.

El objetivo de las propuestas comentadas es establecer un conjunto completo de normas de Derecho internacional privado, que abarque las cuestiones clásicas de la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones. Se ha descartado, por consiguiente, la posibilidad, a la que se refería el Libro verde, de proponer un régimen económico matrimonial europeo que, como otros proyectos de unificación o armonización del Derecho sustantivo, se entiende no cabe en la competencia comunitaria en materia de cooperación civil. En éste ámbito una posible vía de progreso podría ser la cooperación intergubernamental, inaugurada recientemente por el Tratado bilateral entre Francia y Alemania sobre el que se informó en esta Crónica. Un proyecto de esta naturaleza no

resulta en absoluto contradictorio con los trabajos en sede comunitaria, si deja al margen las cuestiones de Derecho internacional Privado.

Ambos textos contienen un Capítulo I dedicado al ámbito de aplicación y a las definiciones. El ámbito de aplicación no se define de manera positiva sino mediante una lista de cuestiones excluidas que tiene carácter exhaustivo. Se excluyen de ambos Reglamentos las cuestiones de capacidad, las obligaciones de alimentos, los actos de liberalidad entre los cónyuges o los miembros de la unión registrada, los derechos sucesorios del cónyuge o miembro de la pareja superviviente y la publicidad de los derechos reales y en especial todo lo relativo al funcionamiento del Registro de la Propiedad. Sobre este último aspecto es especialmente importante la regla relativa a la oponibilidad frente a terceros que los Estados miembros pueden hacer depender del cumplimiento de las condiciones de publicidad o de registro previstas en su Derecho, a menos que el tercero conociera o debiera conocer la ley aplicable al régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de la unión registrada.

Sorprendentemente no se propone ninguna regulación específica sobre algunas de las cuestiones clásicas que crean dificultades en este ámbito. Es conocida la polémica respecto a la naturaleza de las cuestiones incluidas en el régimen primario del Derecho francés o español, que según algunos debería calificarse como un efecto personal del matrimonio y según otras posturas debería considerarse parte del régimen de bienes. Es también difícil la calificación de la prestación compensatoria a caballo entre el régimen de bienes y los alimentos. Sería sin lugar a dudas conveniente que estas cuestiones fueran objeto de un mejor tratamiento, pues son susceptibles de crear dificultades en la delimitación del ámbito de aplicación de los instrumentos, que debería ser uniforme.

El Capítulo II de las Propuestas se dedica a la competencia de autoridades. El primer rasgo que caracteriza a las normas propuestas es que favorecen la concentración de litigios y, por tanto, la economía procesal. Reconociendo que las cuestiones relativas al régimen de bienes de las parejas se plantean en muchas ocasiones en conexión con la apertura de la sucesión de uno de los cónyuges o miembros de la unión o en el contexto de un divorcio o disolución de la unión, se prevé que las cuestiones del régimen de bienes sean competencia del órgano jurisdiccional que va a conocer de la sucesión, o de la separación, nulidad o divorcio del matrimonio o disolución de la unión registrada. Respecto a la sucesión hay en ambas Propuestas una referencia expresa a las reglas del futuro Reglamento de sucesiones, que son las que determinarían cuál es la autoridad competente. La referencia a las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis) se circunscribe, en cambio, lógicamente a la primera de las Propuestas relativa a los regímenes matrimoniales, pues la disolución de las uniones registradas no se puede incluir en tal instrumento. Por consiguiente, las normas de competencia relativas a la disolución de tales uniones serán en principio normas internas de Derecho internacional Privado autónomo.

Dos aspectos de dicha regulación merecen un comentario más específico. De una parte, en el caso del fallecimiento de uno de los miembros de una unión registrada, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro encargado de la sucesión puede declinar el conocimiento de las cuestiones relativas a los efectos patrimoniales de la unión registrada si su ordenamiento no conoce tal figura, en cuyo caso se aplicarían las reglas generales que comentaremos a continuación. Obviamente lo que pretende el legislador comunitario es no obligar a

ningún Estado miembro a reconocer ni siquiera de forma indirecta tales uniones, lo cual es, desde mi punto de vista, una concesión excesiva. El respeto por la diversidad de los Derechos de familia de la Unión no necesariamente ha de extenderse hacia las normas de Derecho internacional Privado, que tienen una autonomía propia y una lógica distinta. De lo que se trata en las normas de Derecho internacional privado es de tender puentes entre ordenamientos jurídicos, por lo que no es adecuado que los Estados miembros puedan ampararse en un precepto de Derecho comunitario para declinar la competencia respecto a los efectos de una unión constituida en otro Estado miembro.

En segundo lugar, otra cuestión que llama la atención, es que la competencia del juez del divorcio, separación o nulidad del matrimonio o de la disolución de la unión registrada para pronunciarse también acerca de las cuestiones relativas a los bienes requiera del acuerdo de los miembros de la pareja. Ello sólo se explica por la excesiva amplitud de los foros de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas II bis y no acaba de tener justificación en el caso de las uniones registradas. A falta de dicho acuerdo el juez del divorcio o la disolución sólo podrá proceder a liquidar el régimen económico matrimonial o de la unión registrada, si es a su vez competente conforme a las reglas generales de competencia con lo cual en la práctica los foros alternativos del Reglamento Bruselas II bis se diferencian de manera indirecta, privilegiándose el de la residencia habitual común de los cónyuges o de la última residencia habitual común por encima del resto de criterios, pues permiten no sólo disolver el vínculo jurídico entre los miembros de la pareja sino también resolver acerca de sus relaciones patrimoniales.

Se prevén asimismo reglas de competencia de autoridades generales, para supuestos distintos a las sucesiones o el divorcio. Fuera de tales contextos las autoridades de un Estado miembro competentes para conocer de los procedimientos relativos al régimen de bienes de la pareja serán las autoridades de la residencia habitual común, en su defecto, las de la última residencia habitual común, siempre que uno de los miembros de la pareja aún resida allí y subsidiariamente las autoridades del lugar de residencia del demandado. Varía la cláusula de cierre en ambas Propuestas; la relativa al régimen económico matrimonial designa a las autoridades correspondientes a la nacionalidad o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, del *domicile* común, mientras que la Propuesta sobre las uniones registradas se decanta por las autoridades del Estado de registro.

Existen adicionalmente otras diferencias entre una y otra Propuesta. Sólo la Propuesta en materia de régimen económico matrimonial reconoce a las partes la posibilidad de acordar la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley hayan elegido como ley aplicable. La Propuesta en materia de uniones registradas no sólo no permite la prorrogación de foro, lo que se explica porque como veremos tampoco permite la elección de ley, sino que además autoriza a los órganos de los Estados miembros designados a declararse incompetentes si su derecho no conoce la figura de la unión registrada, tal y como hemos visto ocurría ya en los supuestos en que la cuestión se plantea en el contexto de una sucesión.

En uno y otro instrumento se prevé una competencia subsidiaria, para el caso de que ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente y reglas sobre el *forum necessitatis*. Éstas últimas podrían ser especialmente importantes en relación a las uniones registradas, pues puede ser relativamente frecuente que el procedimiento sea imposible o no pueda iniciarse o proseguirse en un Estado tercero.

El primer dato destacable dentro de las Propuestas, por lo que respecta al capítulo sobre la ley aplicable es que se opta decididamente por la unidad de la ley aplicable, sin fraccionarse el régimen según se trate de bienes muebles o inmuebles. Ello pretende evitar las dificultades prácticas derivadas de la aplicación conjunta de ordenamientos distintos a las relaciones patrimoniales. Sin embargo, la superación del fraccionamiento tiene importantes limitaciones, por el impacto que en la materia pueden tenerlas reglas del régimen primario referidas a la vivienda familiar que se podrían aplicar como normas internacionalmente imperativas en algunos Estados miembros, al margen, por consiguiente de la ley rectora del régimen de bienes. Esta cuestión acaba dependiendo del Derecho internacional privado interno y puede crear importantes disfunciones, rompiendo la deseable uniformidad de soluciones.

En el sector de la ley aplicable existen importantes diferencias entre una y otra Propuesta. En el instrumento relativo al matrimonio se reconoce la autonomía de la voluntad conflictual limitada, de forma que los cónyuges pueden elegir, como ley aplicable a sus relaciones patrimoniales, la ley del Estado de su residencia habitual común o la ley de la residencia habitual o nacionalidad de uno de los cónyuges o miembros de la pareja en el momento de la elección. En defecto de elección de ley se establece una norma de conflicto en cascada que fija el Derecho rector del régimen de bienes en el momento inicial inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio e impide el cambio de la ley aplicable salvo que los esposos lo acuerden, en cuyo caso se presta especial atención a los derechos de terceros derivados de la ley anteriormente aplicable. También se hace referencia a los acuerdos mediante los cuáles los cónyuges eligen su régimen de bienes. Sorprende que la atención de la Propuesta a los capítulos matrimoniales se circunscriba a los aspectos formales cuando una de las cuestiones que plantea mayores dificultades en el tráfico jurídico externo es que el carácter vinculante de tales capítulos es variable, en los distintos ordenamientos. Por la importancia práctica de esta cuestión sería deseable un mayor desarrollo de este aspecto.

Por contraposición, el Capítulo de la Propuesta sobre uniones registradas relativo a la ley aplicable es de una sencillez notable. Los efectos patrimoniales de las uniones registradas se rigen por la ley del Estado de la inscripción. Esta regla se explica por la enorme diversidad de las distintas instituciones existentes en el Derecho material de los Estados miembro. Por consiguiente, la aplicación de un Derecho distinto al del Estado registro podría tener un efecto sorpresivo y modificar sustancialmente el contenido de la institución e incluso generar dificultades de muy difícil resolución en caso de que se tratara de un ordenamiento jurídico que desconociera la institución de la unión registrada.

Varía asimismo en las Propuestas la redacción de la cláusula de orden público. En el Reglamento sobre las uniones registradas se establece que la ley designada no puede considerarse contraria al orden público del foro por la única razón de que la ley del foro no contemple la institución de la unión registrada. Parece, por consiguiente, que si las autoridades competentes han optado por mantener su competencia no haciendo uso de la posibilidad de declinar el conocimiento del asunto por no existir la institución en el Derecho del foro, indirectamente se produce una renuncia a la activación del orden público. Desde un punto de vista técnico se trata de una solución novedosa que implica la absorción de la cláusula del orden público por la regla de competencia.

Un aspecto siempre interesante desde la perspectiva del Derecho español es el impacto de las Propuestas sobre el Derecho interregional y los Derechos autonómicos. Lo primero que llama la atención es que las Propuestas no excluyen la

aplicabilidad de los Reglamentos a los supuestos internos. De no subsanarse tal extremo, el Derecho interregional español podría verse desplazado por las normas comunitarias, lo cual es una posibilidad que debería ser objeto de especial atención en el curso de las negociaciones. Por otra parte y por lo que respecta a la cuestión de la remisión a un ordenamiento plurilegislativo, es decir, cuando las normas de conflicto comunitarias designen el Derecho de un Estado que comprende distintos ordenamientos jurídicos, se opta por la técnica de la remisión directa, esto es, son básicamente los criterios del propio instrumento comunitario los que designan cuál de los ordenamientos subestatales es el aplicable. Ello tiene como consecuencia, desde la perspectiva española, que el Derecho interregional deje de ser relevante en las relaciones privadas internacionales.

Las reglas relativas al reconocimiento y ejecución de resoluciones son en gran medida paralelas a las el Reglamento 44/2001 (Bruselas I) a las que incluso se remite. En la Exposición de Motivos se hace referencia a que una supresión de las medidas intermedias de control es prematura en esta materia, razón por la cual la supresión del *exequatur* se deja para un momento posterior. Por otro lado, se presta especial atención al reconocimiento de documentos públicos con fuerza ejecutiva. Los documentos emitidos en un Estado miembro serán reconocidos en los demás Estados miembros salvo que se impugne su validez o si dicho reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público. Se prescribe además de manera explícita que ello significa que los documentos tienen la misma fuerza probatoria en cuanto al contenido del acto y los hechos en ellos consignados, así como la misma presunción de autenticidad y carácter ejecutivo que en sus países de origen.

V. DERECHO ANTIDISCRIMINACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

ALEJANDRA DE LAMA AYMÁ*

1. Directivas

Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (DOUE L88 de 4 de abril de 2011)

En esta Directiva se establecen normas para facilitar el acceso a una asistencia sanitaria transfronteriza segura y de alta calidad y promover la cooperación en la asistencia sanitaria entre Estados miembros así como aclarar su relación con el marco existente para la coordinación de los sistemas de seguridad social con miras a la aplicación de los derechos de los pacientes.

A este respecto el artículo 4.3 de la Directiva dispone que en relación con los pacientes de otros Estados miembros se aplicará el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Sin embargo, ello se entenderá sin perjuicio de que el Estado miembro de tratamiento pueda adoptar medidas respecto del acceso a los tratamientos que tengan por objeto cumplir su responsabilidad

* Profesora lectora de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Barcelona.

fundamental de garantizar un acceso suficiente y permanente a la asistencia sanitaria en su territorio siempre y cuando esté justificado por razones imperiosas de interés general. Así, dichas medidas estarían justificadas por necesidades de planificación con respecto al objetivo de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad o por la voluntad de controlar costes y evitar despilfarro financiero, técnico o humano. En cualquier caso, estas medidas deberán adecuarse al principio de necesidad y proporcionalidad y no podrán constituir un medio de discriminación arbitraria. Además serán accesibles públicamente de antemano.

Por otra parte, el artículo 4.4 dispone que los Estados miembros garantizarán que los prestadores de asistencia sanitaria de su territorio apliquen a los pacientes de otros Estados miembros el mismo baremo de tarifas que aplican a los pacientes nacionales en situaciones médicas comparables o cobren un precio calculado con criterios objetivos y no discriminatorios.

Por último, a los efectos que aquí interesan, el artículo 9.1 establece que el Estado miembro de afiliación garantizará que los procedimientos administrativos relativos al disfrute de asistencia sanitaria transfronteriza y el reembolso de los gastos sanitarios contraídos en otro Estado miembro se basen en criterios objetivos y no discriminatorios y que sean necesarios y proporcionados al objetivo que se ha de lograr.

Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DOUE L 48 de 23 de febrero 2011)

El considerando 31 de la Directiva dispone que conviene garantizar que los acreedores puedan hacer uso de la cláusula de reserva de dominio, es decir, la estipulación contractual en virtud de la cual el vendedor conserva la propiedad de los bienes en cuestión hasta el pago total del precio, con carácter no discriminatorio en toda la Unión, si dicha cláusula es válida con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables de conformidad con el derecho internacional privado.

Por su parte, el considerando 33 establece que las consecuencias de la morosidad sólo pueden ser disuasorias si van acompañadas de procedimientos de recursos rápidos y eficaces para el acreedor y por ello, de conformidad con el principio de no discriminación, tales procedimientos deben estar a disposición de todos los acreedores establecidos en la Unión.

2. Reglamentos

Reglamento (UE) 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 (DOUE L 55 de 28 de febrero de 2011)

El presente Reglamento establece normas para el transporte en autobús y autocar relativas, entre otras cuestiones, a la no discriminación entre los viajeros en las condiciones de transporte ofrecidas por los transportistas y a la no discriminación y la asistencia obligatoria a las personas con discapacidad o con movilidad reducida.

Así, el artículo 2 del Reglamento establece que, sin perjuicio de las tarifas sociales, las condiciones contractuales y las tarifas aplicadas por los

transportistas se ofrecerán al público en general sin discriminación directa ni indirecta por razones de nacionalidad del cliente final o del lugar de establecimiento de los transportistas o de los proveedores de billetes de la Unión.

En relación a los derechos de las personas con discapacidad y las personas con movilidad reducida, los transportistas, las agencias de viajes y los operadores turísticos no podrán negarse a aceptar una reserva de una persona, a emitir un billete, o a embarcarla por su discapacidad o movilidad reducida y deberán hacerlo sin coste adicional alguno (art. 9). Sin embargo, quedará justificada la negativa a aceptar dicha reserva a fin de dar cumplimiento a los requisitos de seguridad o de salud exigibles o cuando el diseño del vehículo o la infraestructura (paradas y estaciones) haga físicamente imposible el embarque, el desembarque o el traslado de la persona de manera segura y viable (art. 10.1). En caso de negativa a aceptar la reserva, deberá informarse a la persona con discapacidad sobre medios de transporte alternativos (art. 10.2). Si una vez en posesión del billete se le deniega el embarque, se le dará la posibilidad de optar entre el reembolso de su valor o la continuación del viaje utilizando servicios de transporte alternativos razonables (art. 10.3). La persona discapacitada podrá exigir que le acompañe una persona, que será transportada gratuitamente, para evitar los motivos de seguridad o salud que justifican la denegación de la reserva (art. 10.4).

En cooperación con las organizaciones representativas de las personas con discapacidad o de las personas con movilidad reducida, los transportistas y los gestores de las estaciones establecerán o dispondrán condiciones de acceso no discriminatorio aplicables al transporte de personas con discapacidad o movilidad reducida (art. 11).

Los transportistas y gestores de las estaciones cooperarán para prestar asistencia a las personas con discapacidad o movilidad reducida a condición de que su asistencia se notifique con una antelación mínima de 36 horas y las personas en cuestión se presenten en el punto designado a la hora prefijada o, en su defecto, 30 minutos antes de la salida (art. 14).

Además, serán responsables de las pérdidas de sillas de ruedas, de otros equipos de ayuda a la movilidad o dispositivos de asistencia y de los daños a ellos causados debiendo indemnizar por dicha pérdida o perjuicio (art. 17).

3. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

STJCE (Gran Sala) de 1 de marzo de 2011, Asunto C-236/09 que tiene por objeto una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la Court constitutionnelle (Bélgica) mediante resolución de 18 de junio de 2009, recibida ante el Tribunal de Justicia el 29 de junio de 2009 en el procedimiento entre Assotiation belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier y Conseil des Ministres.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la validez del artículo 5.2 de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

Debe recordarse que el art. 4.1 de la Directiva establece que el principio de no discriminación de trato significa que no habrá discriminación por razones de sexo, como el trato menos favorable a las mujeres por razón de embarazo y de maternidad. Por su parte, el artículo 5 de la misma Directiva, rubricado «fac-

tores actuariales» establece en su apartado 1 que los «Estados miembros velarán por que en todos los nuevos contratos que se celebren después del 21 de diciembre de 2007 a más tardar, el hecho de tener en cuenta el sexo como factor de cálculo de las primas y prestaciones a efectos de seguros y servicios financieros afines no dé lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente». Sin embargo, el apartado 2 de dicho precepto continúa afirmando que, pese a ello, «los Estados miembros podrán decidir, antes del 21 de diciembre de 2007, autorizar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Los Estados miembros que se acojan a esta disposición informarán a la Comisión y velarán por que los datos exactos pertinentes en relación a la consideración del sexo como factor actuarial determinante se recopilen, se publiquen y se actualicen con regularidad. Dichos Estados miembros reexaminarán su decisión cinco años después del 21 de diciembre de 2007 atendiendo al informe de la Comisión a que se refiere el artículo 16, y transmitirán a la comisión el resultado de este nuevo examen».

La Ley nacional de 21 de diciembre de 2007 hace uso de la facultad concedida en el artículo 5.2 de la Directiva 2004/113 y de ahí que se plantee ante el Tribunal de Justicia si dicho precepto de la Directiva es válido desde el punto de vista del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

En la sentencia se pone de manifiesto que el Consejo expresa sus dudas acerca de que, en determinadas ramas del seguro privado, pueda considerarse comparable la situación de las personas aseguradas y la de los asegurados, dado que, desde el punto de vista de la técnica aplicada por las compañías de seguros, que clasifican los riesgos por categorías en función de bases estadísticas, el nivel de riesgo asegurado puede ser diferente en las mujeres y en los hombres por lo que la opción del artículo 5.2 de la Directiva tendría por objeto permitir que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal, no se traten de forma idéntica situaciones diferentes.

Además, la doctrina ha puesto de manifiesto que la regla de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación a las primas y prestaciones con independencia del sexo en algunos casos supondrá en la práctica un encarecimiento generalizado de las mismas (entre nuestra doctrina CAMACHO CLAVIJO, Sandra, «Embarazo y nuevo seguro de personas», *El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado*, Valencia, 2011, pp. 1140-1141).

Sin embargo, a juicio del Tribunal de Justicia, la Directiva 2004/113 parte de la premisa de que, en aras a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, las situaciones en que se encuentran respectivamente las mujeres y los hombres a efectos de las primas y prestaciones de seguros que contratan son comparables. Por ello, dado que existe el riesgo de que el Derecho de la Unión permita indefinidamente la excepción a la igualdad de trato entre hombres y mujeres prevista en el artículo 5.2 de la Directiva 2004/113, el Tribunal de Justicia declara que dicho precepto, que permite a los Estados miembros mantener de forma ilimitada en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, es contrario a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres marcado por la Directiva 2004/113 y resulta incompatible con los artículos 21 y 23 de la Carta. Dicho precepto ha de considerarse inválido con efectos de 21 de diciembre de 2012.

STJCE (Sala Segunda) de 12 de mayo de 2011, Asunto C-391/09, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 234 CE, por Vilniaus miesto 1 apylinkės teismas (Lituania), mediante resolución de 8 de septiembre de 2009, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de octubre de 2009 en el procedimiento entre Malgožata Runevič-Vardyn, Lukasz Pawel Wardyn y Vilniaus miesto savivaldybės administracija, Lietuvos Respublikos teisingumo ministerija, Valstybinė lietuvių kalbos komisija, vilniaus miesto savivaldybės administracijos Teisės departamentas Civilines metrikacijos skyrius.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 18 TFUE y 21 TFUE así como del artículo 2.2.b) de la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. En concreto, si debe entenderse contraria a ellos una normativa nacional que disponga que los nombres y apellidos deben escribirse utilizando únicamente caracteres del idioma nacional y sin hacer uso de signos diacríticos, ligaduras u otras modificaciones del alfabeto latino en documentos acreditativos del estado civil.

Los gobiernos lituano, checo, estonio, polaco y eslovaco, así como la Comisión Europea, sostienen que las normas nacionales relativas a la elaboración de los documentos acreditativos del estado civil no están incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43 tal como se describe en el artículo 3.1 de la misma. El Tribunal de Justicia sostiene que, si bien es cierto que, dada la naturaleza de los derechos que la Directiva trata de proteger, ésta no debe interpretarse de forma restrictiva, de ello no se sigue que la referencia de su artículo 3.1.h) al acceso a bienes y servicios disponibles para el público y a la oferta de éstos incluya la elaboración de documentos acreditativos del estado civil.

En relación a la vulneración de los artículos 18 y 21 TFUE (principio de no discriminación por nacionalidad y principio de libre circulación), el Tribunal de Justicia considera que la normativa nacional analizada no constituye una restricción al principio de libre circulación salvo que comporte graves inconvenientes de orden administrativo, profesional y privado lo cual deberá analizarse en el caso concreto por el Tribunal nacional.

Por otra parte, a juicio del Tribunal de Justicia, es legítimo que una normativa nacional persiga la protección de la lengua oficial y ello puede justificar la restricción de la libre circulación siempre y cuando tales medidas restrictivas sean necesarias para conseguir los objetivos perseguidos y sólo cuando dichos objetivos no puedan alcanzarse por otras vías menos restrictivas.

VI. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

JAVIER POU DE AVILÉS SANS*

1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea

STJCE (Sala 3.^a), de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-393/09, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al

* Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid.

artículo 234 CE, por el Nejvyšší správní soud (República Checa), en el procedimiento entre Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany y Ministerstvo kultury.

1) La interfaz gráfica de usuario no constituye una forma de expresión de un programa de ordenador en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 91/250, y no puede disfrutar de la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador en virtud de esa Directiva. No obstante, esa interfaz gráfica de usuario puede ampararse, como una obra, en la protección del derecho de autor en virtud de la Directiva 2001/29 si dicha interfaz constituye una creación intelectual propia de su autor.

2) La radiodifusión televisiva de una interfaz gráfica de usuario no constituye una comunicación al público de una obra protegida por el derecho de autor en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

STJCE (Sala 2.^a), de 27 de enero de 2011, Asunto C-168/09, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunale di Milano (Italia), en el procedimiento entre Flos SpA y Semeraro Casa e Famiglia SpA, en el que participa: Assoluce - Associazione nazionale delle Imprese degli Apparecchi di Illuminazione.

1) En lo que respecta a dibujos o modelos que nunca hayan sido registrados como tales, procede señalar que, en virtud del artículo 17 de la Directiva 98/71, tan sólo un dibujo o modelo que haya sido objeto de registro en un Estado miembro con arreglo a las disposiciones de dicha Directiva, podrá acogerse conforme a la misma a la protección conferida por la normativa de dicho Estado sobre los derechos de autor. De ello se desprende que los dibujos y modelos que, antes de la entrada en vigor de la normativa nacional que transpone la Directiva 98/71 en el orden jurídico de un Estado miembro eran de dominio público debido a la falta de registro no entran dentro del ámbito de aplicación de dicho artículo. Sin embargo, no puede excluirse que la protección mediante el derecho de autor de las obras que pueden constituir dibujos o modelos no registrados pueda resultar de otras directivas sobre derecho de autor, y, en particular, de la Directiva 2001/29, en la medida en que concurran los requisitos de aplicación de ésta. En consecuencia el artículo 17 de la Directiva 98/71 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que excluye de la protección mediante el derecho de autor de dicho Estado miembro los dibujos y modelos registrados en un Estado miembro o respecto al mismo que habían pasado a ser de dominio público antes de la fecha de entrada en vigor dicha normativa, a pesar de que cumplen todos los requisitos exigidos para gozar de tal protección.

2) El artículo 17 de la Directiva 98/71 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que excluye de la protección mediante el derecho de autor, ya sea por un período sustancial de diez años, ya sea totalmente, los dibujos y modelos que, a pesar de cumplir todos los requisitos exigidos para gozar de dicha protección, pasaron a ser de dominio público antes de la fecha de entrada en vigor de dicha normativa, respecto de cualquier tercero que haya fabricado o comercializado en el territorio nacional productos realizados según dichos dibujos y modelos, y ello independientemente de la fecha en la que se llevaron a cabo dichos actos.

2. Dictámenes

Dictamen del Comité de las Regiones, sobre liberar el potencial de las industrias culturales y creativas (DOUE C 42, de 10 de febrero de 2011, 06).

El Comité de las Regiones recuerda que, en Europa, las industrias culturales y creativas pueden desempeñar un papel importante a la hora de conseguir objetivos económicos y sociales a nivel local y regional; insiste en el fundamental papel que desempeñan las industrias culturales y creativas dentro de la agenda cultural, pues ayudan a las comunidades y economías locales a conseguir resultados en muy distintos ámbitos políticos, desde el desarrollo económico hasta la educación, pasando por el aprendizaje permanente, la seguridad de la comunidad y la justicia penal.

Opina que el sector del turismo debe incluirse en las descripciones de las industrias culturales y creativas.

Destaca que, en la economía posterior a la crisis, la cultura puede tener un papel que desempeñar si permite alcanzar los objetivos de la política social de manera creativa, apoyando las innovaciones a fin de conseguir resultados en el ámbito social.

Señala que de todo ello se deduce que la contribución de la cultura, y más específicamente de las industrias culturales y creativas, reviste una importancia esencial a la hora de aplicar la Estrategia Europa 2020.

Destaca que el éxito en la aplicación de las iniciativas emblemáticas de la Estrategia Europa 2020 –entre otras, la Agenda Digital– requiere valentía en la innovación y, a este respecto, el sector creativo debe generar soluciones multidisciplinares y multiculturales, particularmente en el ámbito científico y cultural. En este sentido, Europa necesita unos agentes locales y regionales libres de prejuicios que sirvan de pioneros a la hora de crear innovaciones sociales que den pie a una actividad empresarial de carácter global.

VII. DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉN TRIGO GARCÍA*

1. Legislación

A. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Directiva 2010/73/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre, modifica la Directiva 2003/71/CE, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y la Directiva 2004/109/CE, de 15 de diciembre de 2004, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado (DOL 11 diciembre 2010, núm. 327, pág. 1).

De acuerdo con el considerando núm. 12 de esta directiva, los regímenes de responsabilidad de los distintos Estados miembros son significativa-

* Profesora contratada doctora de Derecho civil, Universidad de Santiago de Compostela.

mente diferentes al estar la legislación civil sujeta a la competencia nacional. Para identificar y supervisar las disposiciones de los Estados miembros, la Comisión debe establecer un cuadro comparativo de los regímenes de los Estados miembros. En este ámbito, los Estados miembros deben asegurarse de que no se exige ninguna responsabilidad civil a ninguna persona sólo por el resumen, incluida cualquier traducción del mismo, a menos que resulte engañoso, inexacto o incoherente frente a las partes relevantes del folleto. El resumen debe incluir una advertencia clara a tal efecto (cdo. 16).

Así, los Estados miembros se asegurarán de que no se exija ninguna responsabilidad civil a ninguna persona solamente sobre la base de la nota de síntesis, incluida cualquier traducción de la misma, a menos que ésta sea engañosa, inexacta, o incoherente en relación con las demás partes del folleto, o no aporte, leída junto con las otras partes del folleto, información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en dichos valores.

La Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 5). A más tardar el 1 de enero de 2016, la Comisión evaluará la aplicación de la Directiva 2003/71/CE modificada por la presente Directiva, en particular en lo que se refiere a la aplicación y los efectos de las disposiciones, incluida la responsabilidad (art. 4 *Revisión*).

Directiva 2010/75/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre, de emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación (DOL 17 diciembre 2010, núm. 334, pág. 17)

El considerando núm. 8 de esta directiva destaca la importancia de evitar accidentes e incidentes y limitar sus consecuencias medioambientales. La responsabilidad relativa a las consecuencias medioambientales de los accidentes e incidentes es una materia que se regirá por el correspondiente Derecho nacional y, en su caso, de la Unión (vid. art. 7 *Incidentes y accidentes*; cfr. 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). Ahora bien, con arreglo al Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, es necesaria una participación efectiva de los ciudadanos en la toma de decisiones para que estos puedan expresarse y para que los responsables tengan en cuenta las opiniones y preocupaciones que puedan resultar relevantes para esas decisiones, aumentando así el grado de responsabilidad y transparencia del proceso de toma de decisiones y contribuyendo a la sensibilización pública respecto a los problemas de medio ambiente y al apoyo a las decisiones tomadas. El público interesado debe tener acceso a la justicia a fin de contribuir a la protección del derecho a vivir en un entorno propicio para la salud y el bienestar personales (cdo. 27; vid. art. 25 *Acceso a la justicia*).

En este contexto, la presente Directiva establece normas sobre la prevención y el control integrados de la contaminación procedente de las actividades industriales; en ella se establecen también normas para evitar o, cuando ello no sea posible, reducir las emisiones a la atmósfera, el agua y el suelo, y evitar la generación de residuos con el fin de alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente considerado en su conjunto (art. 1 *Objeto*).

Directiva 2010/84/UE, Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre, modifica, en lo que respecta a la farmacovigilancia, la Directiva 2001/83/CE, de 6 de noviembre de 2001, que establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano (DO L 31 diciembre 2010, núm. 348, pág. 74; rect. DO L 25 enero 2011, núm. 21, pág. 8)

Como señala el considerando núm. 12 de esta directiva, la experiencia ha puesto de manifiesto la necesidad de aclarar las responsabilidades de los titulares de las autorizaciones de comercialización en lo que respecta a la farmacovigilancia de los medicamentos autorizados. El titular de una autorización de comercialización debe tener la responsabilidad de vigilar permanentemente la seguridad de sus medicamentos, informar a las autoridades de cualquier cambio que pudiera afectar a la autorización de comercialización y asegurarse de la actualización de la información relativa al producto. Como los medicamentos podrían utilizarse al margen de los términos de sus autorizaciones de comercialización, entre las responsabilidades del titular de la autorización de comercialización debe figurar la transmisión de toda la información disponible, incluidos los resultados de ensayos clínicos u otros estudios, así como la notificación de todo uso del medicamento al margen de los términos de la autorización de comercialización.

Esta directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 4).

Directiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza (DO L 4 abril 2011, núm. 88, pág. 45)

El artículo 4 de esta directiva contempla las responsabilidades del Estado miembro de tratamiento. Al respecto, el precepto dispone que la asistencia sanitaria transfronteriza se prestará de conformidad con: *a)* la legislación del Estado miembro de tratamiento; *b)* las normas y directrices sobre calidad y seguridad establecidas por el Estado miembro de tratamiento. Igualmente, el Estado miembro de tratamiento garantizará que, entre otras circunstancias, los prestadores de asistencia sanitaria faciliten información oportuna para ayudar a cada paciente a elegir con pleno conocimiento de causa, especialmente en lo que se refiere a las opciones de tratamiento, sobre la disponibilidad, la calidad y la seguridad de la asistencia que prestan en el Estado miembro de tratamiento y que faciliten igualmente facturas claras e información clara sobre precios, así como información sobre su situación respecto del registro o la autorización pertinente, la cobertura de su seguro u otros medios de protección personal o colectiva en relación con su responsabilidad profesional. Se prevé también que se instauren procedimientos y mecanismos transparentes de presentación de reclamaciones para que los pacientes puedan pedir reparación, de acuerdo con la legislación del Estado miembro de tratamiento, cuando sufran daños de resultados de la asistencia sanitaria recibida; y que se disponga de sistemas de seguro de responsabilidad profesional o garantías similares que sean equivalentes o esencialmente comparables en cuanto a su finalidad y adecuados a la naturaleza y el alcance del riesgo, para los tratamientos dispensados en su territorio. Esta directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 22).

Directiva 2011/35/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (DO L 29 abril 2011, núm. 110, pág. 1)

Conforme al artículo 20 de esta Directiva, las legislaciones de los Estados miembros organizarán, al menos, la responsabilidad civil de los miembros del órgano de administración o de dirección de la sociedad absorbida ante los accionistas de esta sociedad en razón de las faltas cometidas por miembros de este órgano en la preparación y en la realización de la fusión. Por su parte, el art. 21 dispone que las legislaciones de los Estados miembros organizarán, al menos, la responsabilidad civil ante los accionistas de la sociedad absorbida de los peritos encargados de establecer para esta sociedad el informe previsto en el artículo 10, apartado 1, en razón de las faltas cometidas por estos peritos en el cumplimiento de su misión. Esta directiva entrará en vigor el 1 de julio de 2011 (art. 33).

Reglamento (UE) 996/2010, de 20 de octubre, relativo a la investigación y prevención de accidentes e incidentes en la aviación civil y deroga la Directiva 94/56/CE, de 21 de noviembre de 1994 (DO L 12 noviembre 2010, núm. 295, pág. 35)

El objeto del presente Reglamento es mejorar la seguridad aérea garantizando un alto nivel de eficiencia, diligencia y calidad de las investigaciones de seguridad en la aviación civil europea, cuyo único objetivo es la prevención de accidentes e incidentes futuros, sin determinar culpabilidades o responsabilidades. También tiene por objeto mejorar la asistencia a las víctimas de accidentes aéreos y a sus familiares (art. 1.1.º *Objeto*). En este sentido, el art. 15 establece la indemnización de las pérdidas originadas por el extravío o los daños sufridos por el equipo de movilidad u otro equipo específico utilizado por una persona con discapacidad o una persona con movilidad reducida, siempre que el suceso que haya originado las pérdidas sea imputable a una falta o negligencia del transportista o del operador de terminal. Se presumirá la culpa o negligencia del transportista cuando las pérdidas hayan sido resultado de un suceso relacionado con la navegación. Esta indemnización equivaldrá al valor de sustitución del equipo correspondiente o, cuando proceda, al coste de la reparación. Ahora bien, estas previsiones no se aplicarán cuando se aplique el artículo 4 del Reglamento 392/2009/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente.

Reglamento (UE) 1071/2010, de 22 de noviembre, modifica el Reglamento (CE) núm. 474/2006, de 27 de marzo de 2006, que establece la lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad (DOL 23 noviembre 2010, núm. 306, pág. 44) y Reglamento de Ejecución (UE) 390/2011, de 19 de abril, modifica el Reglamento (CE) núm. 474/2006, que establece la lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad (DOL 20 abril 2011, núm. 104, pág. 10)

Reglamento (UE) 1235/2010, de 15 de diciembre, modifica, en lo que respecta a la farmacovigilancia de los medicamentos de uso humano, el Reglamento (CE) núm. 726/2004, de 31 de marzo de 2004, que establece procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y que crea la Agencia Europea de Medicamentos, y el Reglamento (CE) núm. 1394/2007, de 13 de noviembre de 2007, sobre medicamentos de terapia avanzada (DOL 31 diciembre 2010, núm. 348, pág. 1)

El considerando núm. 18 de este Reglamento trae a colación las mismas razones que justifican la Directiva 2010/84/UE, Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre, modifica, en lo que respecta a la farmacovigilancia, la Directiva 2001/83/CE, de 6 de noviembre de 2001, que establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano. En este sentido, se procede a modificar en consecuencia los Reglamentos (CE) núm. 726/2004 y (CE) núm. 1394/2007.

B. LEGISLACIÓN NACIONAL DE INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE NORMAS COMUNITARIAS

Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino (BOE 30 diciembre 2010, núm. 317, páginas 108464 a 108488)

La Ley 41/2010 incorpora al derecho español la Directiva 2008/56/CE, de 17 de junio de 2008, por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política del medio marino (Directiva marco sobre la estrategia marina) introduce la obligación de lograr un buen estado ambiental de las aguas marinas europeas mediante la elaboración de estrategias marinas con el objetivo final de mantener la biodiversidad y preservar la diversidad y el dinamismo de unos océanos y mares que sean limpios, sanos y productivos, cuyo aprovechamiento sea sostenible.

En materia de responsabilidad, la disposición adicional tercera (Responsabilidad por incumplimiento de normas de derecho comunitario) establece que la responsabilidad ante el daño ambiental causado al medio marino se dirimirá en los términos que recoge la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental. Asimismo, en los daños medioambientales que tengan su origen en un suceso cuyas consecuencias en cuanto a responsabilidades o indemnización estén establecidos en alguno de los Convenios internacionales enumerados en el anexo IV, de la Ley 26/2007, incluidas sus eventuales modificaciones futuras vigentes en España, se atenderá a lo establecido en estos Convenios.

Ley 1/2011, de 4 de marzo, por la que se establece el Programa Estatal de Seguridad Operacional para la Aviación Civil y modifica la Ley 21/2003, de 7 de julio de 2003, de seguridad aérea (BOE 5 marzo 2011, núm. 55, páginas 24995 a 25032)

Como señala el Preámbulo de esta ley, la normativa aeronáutica está sujeta a un continuo proceso de modernización y actualización con el objetivo de mantener altos estándares de seguridad operacional. En este sentido, la Ley 21/2003 reforzó las capacidades de inspección, control y sanción de las autoridades de supervisión, al tiempo que delimitaba las obligaciones de los distintos sujetos implicados en la navegación aérea y la distribución de competencias entre las distintas administraciones públicas. En concreto, la nueva regulación de las entidades colaboradoras limita su ámbito de actuación a la

verificación y control de los requisitos establecidos por la normativa que resulte de aplicación a las actividades de aviación civil no reguladas por normas comunitarias (cfr. Reglamento 216/2008/CE, de 20 de febrero de 2008, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea, y se deroga la Directiva 91/670/CEE).

El artículo único de esta ley, núm. 9, adiciona al título II un nuevo capítulo III *Protección de la Información*, integrado por los artículos 18 y 19. El artículo 18 (*Carácter reservado de la información*) en su apartado 1.º último párrafo señala que la información contenida en datos, registros, grabaciones, declaraciones, comunicaciones, indicadores e informes facilitados en el marco del Programa Estatal de Seguridad Operacional para la Aviación Civil por los proveedores de servicios y productos aeronáuticos se recaba con la única finalidad de reforzar la seguridad operacional y prevenir futuros accidentes e incidentes, y no con la finalidad de determinar culpas o responsabilidades. En el mismo sentido, el artículo 19 1.º a) (*Cesión o comunicación de la información*), prevé que la información pueda ser comunicada o cedida cuando sea requerida por los órganos judiciales o el Ministerio Fiscal para la investigación y persecución de delitos; en este caso, la Comisión de Accidentes e Incidentes de Aviación Civil remitirá la información necesaria, limitándose a facilitar los antecedentes que obren en su poder en relación a los factores contribuyentes que hayan provocado un accidente o incidente aéreo. La identificación de los factores no implica la asignación de la culpa o la determinación de la responsabilidad, civil o penal.

2. Jurisprudencia

A. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Responsabilidad medioambiental –Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de marzo de 2011 (Asunto C-240/09)–. En relación con la petición de decisión prejudicial planteada por el Najvyšší súd Slovenskej republiky (República Eslovaca) el tribunal interpreta el artículo 9, apartado 3, del Convenio (de Aarhus) sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente celebrado en nombre de la Comunidad Europea mediante Decisión del Consejo de 17 de febrero de 2005 y se plantea el efecto directo de dicha norma, llegando a la conclusión de que carece de efecto directo conforme al Derecho de la Unión. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente interpretar, en la medida de lo posible, el régimen procesal de los requisitos necesarios para interponer un recurso administrativo o judicial de manera conforme tanto a los objetivos del artículo 9, apartado 3, de dicho Convenio como al objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión, a fin de permitir a una organización de defensa del medio ambiente, como Lesoochranárske zoskupenie, impugnar ante los tribunales una decisión adoptada mediante un procedimiento administrativo que pudiera ser contrario al Derecho medioambiental de la Unión.

B. TRIBUNAL SUPREMO

Responsabilidad por productos –STS de 7 de octubre de 2010–. En relación con la doctrina de la unidad de culpa civil, el tribunal rechaza la aplica-

ción del régimen de responsabilidad del fabricante al señalar la responsabilidad contractual del vendedor.

Responsabilidad por productos –STS de 9 de diciembre de 2010–. El tribunal declara la responsabilidad en caso de extracción de implantes de prótesis mamarias por posible toxicidad siguiendo una recomendación del Ministerio de Sanidad y Consumo; en concreto, las razones de precaución administrativa no son obstáculo a la existencia de responsabilidad; la presunta toxicidad del producto no obsta a su carácter defectuoso al serlo también aquel que se pone en circulación sin las comprobaciones suficientes para excluirlo. Al respecto se tiene en cuenta la doctrina comunitaria en materia del principio de precaución.

Responsabilidad por productos –STS de 16 de diciembre de 2010–. El tribunal no aplica la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos al tratarse de un daño no cubierto por el artículo 10 de la Ley 22/1994.

Responsabilidad por productos –STS de 19 de enero de 2011–. El tribunal rechaza la aplicación del régimen de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos en el caso de un paciente hemofílico con contagio por VIH y VHC tras la aplicación de hemoderivados ante la falta de prueba de la relación casual del contagio VHC con el producto administrado; en el supuesto concurrían hipótesis alternativas que podrían haber causado el contagio.

Servicios de la sociedad de la información –STS de 10 de febrero de 2011–. El tribunal declara la responsabilidad del responsable de los servicios de almacenamiento de datos, prestador de servicios de intermediación de la sociedad, por contenidos ilícitos al no observar su deber de diligencia en la rápida retirada de datos ilícitos o en impedir el acceso a ellos de acuerdo con la Directiva 200/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio.

VIII. DERECHO DE *TRUSTS* EN LA UNIÓN EUROPEA

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN*

El patrimonio protegido en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (BOE 21 de agosto de 2010).

Introducción

Tal y como indica el Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, el capítulo VII del Libro segundo del Código Civil de Cataluña:

«[...] incorpora al derecho catalán la figura del patrimonio protegido, que comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por la persona constituyente, así como de sus rendimientos y bie-

* Profesora Titular en la Universidad de Cantabria.

nes subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona afectada por discapacidad psíquica o física de una cierta gravedad o por una situación de dependencia igualmente severa.»

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE 19 de noviembre de 2003), ya señalaba que:

«(...) la regulación contenida en esta ley se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el art. 149.1.8 de la Constitución española y los diferentes Estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el art. 13.2 del CC.»

No obstante, también es cierto que los preámbulos de las leyes carecen de valor normativo y que conforme al artículo 1.2 de la misma norma:

«El patrimonio protegido de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil.»

Dicho artículo ha sido recurrido por el Parlamento de Cataluña ante el Tribunal Constitucional, por entender que la supletoriedad debe ser entendida, en todo caso, como de segundo grado, al ser el derecho catalán un ordenamiento autointegrable –art. 111.4 y 111-5 CC Cat. (fundamento segundo) y que, en la medida en que la regulación de la figura liga ventajas fiscales a una regulación estatal determinada, impide a las comunidades que no disponen de competencias en materia tributaria dictar normas civiles de contenido similar. *Vid.* recurso de inconstitucionalidad núm. 1004/2004 (BOE de 27 de abril de 2004) y, en concreto, el fundamento quinto.

En espera de que se resuelva dicho recurso, ha entrado en vigor, el 1 de enero de 2011, el Libro segundo del Código Civil de Cataluña y con ello una regulación propia, de carácter estrictamente civil, del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, en esa comunidad.

Finalidad de la norma

La finalidad de la Ley 25/2010 es la protección de las personas discapacitadas. Al igual que la norma nacional, la ley catalana extiende su protección a las personas con discapacidad psíquica igual o superior al 33% y a aquellas con discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%, acreditada por medio del certificado emitido por el órgano administrativo competente (conforme al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, modificado por el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre)

o por medio de resolución judicial firme. Pero la norma autonómica hace referencia, además, a los supuestos de dependencia de grado II (dependencia severa) y grado III (gran dependencia), de acuerdo con la legislación aplicable (art. 227.2 CC Cat). Y a estos efectos debemos recordar que el artículo 27 y la disposición final quinta de la L. 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, BOE de 15 de diciembre de 2006), remiten al baremo oficial de Dependencia reconocido, actualmente, por el Real Decreto 174/2011.

La ley valora así por separado discapacidad y dependencia. Es cierto que no se puede identificar claramente la relación de dependencia con la discapacidad. Ahora bien, si adoptamos la definición de discapacidad que nos ofrece el artículo 1.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 («[L]as personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás») y la noción de dependencia acuñada por el artículo 2.2 de la Ley española de Dependencia del mismo año («el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal»), debemos entender que la discapacidad (limitación del individuo para realizar una determinada actividad) es un atributo inseparable de la dependencia en cualquiera de sus grados, aunque teóricamente si bien puede existir discapacidad sin que exista dependencia o dependencia con una discapacidad intelectual inferior al 33%. La dependencia sería una situación de discapacidad acompañada de la necesidad de ayuda. En otros términos, una situación de discapacidad más o menos severa, con lo cual, en la mayoría de los casos, las dos categorías de posibles beneficiarios del patrimonio protegido coincidirán.

Constitución de un patrimonio autónomo

De acuerdo con la Ley 25/2010, toda persona, incluida la beneficiaria, puede constituir un patrimonio protegido contando con la aceptación del beneficiario o, en su caso, de sus representantes legales (art. 227.3 CC Cat). La constitución debe formalizarse mediante escritura pública y exige una aportación inicial mínima de bienes, sin perjuicio de la posibilidad de realizar aportaciones ulteriores, también en escritura pública. Junto a la identidad del constituyente, beneficiarios y personas encargadas de la administración y supervisión del patrimonio protegido, debe constar en la escritura la denominación del patrimonio ya que estamos ante «(...) un patrimonio autónomo, sin personalidad jurídica, sobre el cual el constituyente, el administrador y el beneficiario no tienen la propiedad ni ningún otro derecho real» (art. 227.2 CC Cat).

A diferencia de la ley nacional, que atribuye la titularidad de los bienes que integran el patrimonio protegido al beneficiario, sin perjuicio de su separación a efectos de administración y supervisión respecto de los restantes bienes que integran el patrimonio personal del discapacitado, la ley catalana opta por la constitución de un patrimonio autónomo, sin titular y administrado por personas diferentes de sus beneficiarios (art. 227.3.2 CC Cat). En ambos casos estamos ante un patrimonio de destino o de afectación («el patrimonio protegido comporta la afectación de bienes (...) a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario») en que el elemento real se superpone al personal pero, en este caso, inspirado en el albaceazgo (art. 316.2 CS) o, fuera de nuestras fronteras, en el *patrimoine d'affectation* quebequés (arts.1260-1298 CC de Québec). Ésta fue también la postura por la que se decantó la Sección de Derecho Patrimonial del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, con ocasión de los trabajos preparatorios al Libro Quinto del Código civil de Cataluña, en que se incluía una propuesta de regulación de los patrimonios fiduciarios (*vid.* Generalitat de Catalunya. Departament de Justicia i Interior, *Treballs preparatoris del Libre cinquè del codi civil de Catalunya. Els Drets reals*, Lleida, 2003, pp. 31-44). Asimismo, la figura del patrimonio autónomo vuelve a aparecer, en el año 2006, en el Borrador elaborado por la Comisión encargada de refaccionar el Anteproyecto del año 2002 (*vid.* ARROYO I AMAYUELAS, E., «Y si universalizamos el *trust*, también en Catalunya?», *El trust en el Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 2007, 2007, pp. 467-502).

El patrimonio protegido catalán es un patrimonio autónomo y separado, sujeto al principio de subrogación real («el patrimonio protegido comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por el constituyente, así como de sus rendimientos y subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario», art. 227.2.1). Queda vinculado por las obligaciones contraídas por el administrador para atender a las necesidades vitales de la persona protegida (Preámbulo III. Estructura y contenido) pero «(...) no responde de las obligaciones del beneficiario, ni tampoco de las del constituyente o de quien hizo las aportaciones» (y, por supuesto, tampoco de las del administrador) (art. 227.2.2 CC Cat). De esta forma, la ley catalana lleva hasta sus últimas consecuencias la separación patrimonial, que también había proclamado la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 pero cuyo articulado limitaba a la administración y supervisión del patrimonio. Para conseguir el efecto de la separación, a efectos de limitar la responsabilidad por las deudas contraídas por el beneficiario, no era preciso que el legislador nacional siguiera la construcción del patrimonio autónomo o sin titular. Hubiera sido suficiente con añadir, tal y como propuso algún grupo político durante la tramitación parlamentaria, que «los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido sólo responderán de las obligaciones contraídas por su titular o sus representantes, para la satisfacción directa de las finalidades que determinaron su constitución con el carácter de patrimonio separado».

Así lo propuso el Grupo parlamentario socialista, mediante enmienda dirigida a modificar la redacción del artículo 5.4 y el Grupo parlamentario catalán, que propuso añadir un nuevo párrafo al artículo 1911 del Código civil, conforme al cual «[E]l patrimonio protegido de las personas incapacitadas sujetas a tutela responderá exclusivamente de las obligaciones contraídas por el administrador de dicho patrimonio». Se entendía que de no realizarse esta salvedad, «el patrimonio podría quedar totalmente des-

protegido». Vid. ambas enmiendas números 20 y 58, que fueron rechazadas, en BOCG. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley 10 de septiembre de 2003. Núm.154-5 y núm. 10 y 33. BOCG. Senado. VII Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley 13 de octubre de 2003. Núm.152 d).

Pero esto no se hizo por lo que, a pesar del objetivo proclamado por el apartado II de la Exposición de Motivos, no se asegura que el patrimonio protegido de la Ley 41/2003 quede «inmediata y directamente vinculado a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona discapacitada». Nada impide a los acreedores personales del discapacitado agredir el patrimonio protegido.

La ley catalana ha consagrado la separación a efectos de responsabilidad por deudas, sin permitir por ello que se vean perjudicados los acreedores de quien efectúa las aportaciones (en cuanto titulares de créditos anteriores a la constitución del patrimonio o a la aportación que lo incrementa) o sus legitimarios ya que, tal y como recoge el artículo 227.2.2, «(...) las aportaciones efectuadas a un patrimonio protegido después de la fecha del hecho o del acto del que nazca el crédito no perjudican a los acreedores de la persona que las efectuó, si faltan otros recursos para cobrarlo. Tampoco perjudican a los legitimarios».

Administración

El artículo 227.4 CC Cat diseña el régimen de administración del patrimonio protegido, que puede recaer sobre una persona física o jurídica pero no sobre el sujeto discapacitado. El artículo 227.3.2 CC Cat ya indica que «las personas designadas para administrar el patrimonio protegido no pueden ser los beneficiarios» y el artículo 227.4.2 CC Cat lo recuerda al señalar que «el constituyente puede ser administrador del patrimonio protegido si no es a la vez beneficiario». Con ello se introduce una nueva variación respecto de la Ley 41/2003, que permite que la administración corresponda a quien constituye el patrimonio, ya se trate de la propia persona con discapacidad (en este caso, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente) o de sus padres. La postura de la norma estatal es difícilmente defendible cuando hablamos de separación a efectos de responsabilidad por deudas ya que, tal y como apuntaba la Propuesta del año 2006 que modificó en este aspecto lo previsto por el Anteproyecto catalán de 2002, la concurrencia de las tres posiciones (constituyente, administrador y beneficiario) en una misma persona lleva aparejada la sospecha de fraude. No obstante, el CC Cat podía haber optado por una vía intermedia, permitiendo que el sujeto discapacitado pueda gestionar el patrimonio protegido siempre que exista más de un beneficiario, de los cuales al menos uno no revista la condición de administrador. Se habría permitido de esta forma constituir un solo patrimonio protegido a favor de varios sujetos discapacitados, encomendando su administración a aquél de ellos que revista suficiente capacidad de obrar.

La ley catalana demuestra sin embargo mayor flexibilidad en lo que respecta a las reglas aplicables a la administración del patrimonio. Independientemente de quien ha constituido el patrimonio protegido –el propio discapacitado o un tercero–, se admite la posibilidad de exonerar al administrador, en

la escritura de constitución, de tener que contar con autorización judicial en los supuestos en que la requiere el tutor respecto de los bienes del tutelado (*ex art.* 227.3.3 y 227.4.5 CC Cat). Dicha autorización será no obstante precisa cuando nada se ha previsto al respecto (*art.* 227.4.5 CC Cat). Por otra parte, cualquier persona interesada o el Ministerio Fiscal pueden, si los beneficiarios del patrimonio protegido son menores o incapacitados, solicitar a la autoridad judicial la modificación de las normas de administración establecidas en la escritura de constitución del patrimonio, si éstas no sirven adecuadamente a su finalidad (*art.* 227.4.6 CC Cat).

No debemos olvidar que la actividad que debe realizar el administrador no es de «guarda de la persona» y ni tan siquiera de administración de los bienes del discapacitado, y que la función tutelar (en el ámbito personal o patrimonial, respecto de sus propios bienes no afectados a la satisfacción de sus necesidades vitales), si el discapacitado la precisa, la puede desempeñar otra persona distinta, ante la cual el administrador deberá rendir cuentas de su gestión, anualmente (*art.* 227.6.1 CC Cat). Por esta misma razón, no resulta muy afortunada la remisión que realiza el artículo 227.4.1 CC Cat a las normas previstas en materia de aptitud, excusa y remoción del tutor. Una aplicación rígida de estas causas impedirá, por ejemplo, que desempeñen el cargo de administrador las personas jurídicas, sin ánimo de lucro, que se dediquen a la protección de personas discapacitadas no incapacitadas judicialmente (*art.* 222.16 CC Cat). Habría sido oportuno delimitar con mayor precisión la función del administrador del patrimonio protegido de la del tutor. El beneficiario del patrimonio protegido no tiene por qué ser un menor o un incapacitado, y un administrador de bienes ajenos no tiene por qué ser un tutor. Si existe tutor, este tendrá encomendado velar por el tutelado y administrar sus bienes, con la salvedad de los que sean objeto de patrimonio protegido, que no son bienes de su tutelado y tienen un régimen de administración distinto.

Supervisión

La Ley 41/2003 hace pivotar toda la supervisión de la administración del patrimonio protegido, incluida la rendición de cuentas, sobre el Ministerio Fiscal, apoyado y auxiliado por la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Esta Comisión se encuentra adscrita al Ministerio de Educación, Política Social y Deporte y su composición, funcionamiento y funciones se concretan en el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, modificado a su vez por el Real Decreto 2270/2004, de 3 de diciembre. De acuerdo con el nuevo artículo 3.3 de Ley 41/2003 (según la modificación efectuada por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, BOE de 26 de marzo de 2009), serán los notarios quienes comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido, por ellos autorizado, al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada, así como la de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución.

La intervención del MF, en la ley estatal, ha sido objeto de fuertes críticas por entenderse que esta institución carece de medios para desempeñar tal función. El CC Cat evita el problema en la medida en que el control y supervisión del patrimonio protegido no tienen por que trascender del ámbito pri-

vado (a no ser que el beneficiario del patrimonio sea un menor o incapacitado, en cuyo caso el juez podrá acordar de oficio las medidas que estime necesarias: art. 227.5.2 CC Cat). El artículo 227-5.1 establece que «al constituir el patrimonio protegido, pueden designarse personas que supervisen su administración y pueden adoptarse las medidas de control de la gestión del administrador que se consideren convenientes». Asimismo, el administrador debe rendir anualmente cuentas ante el beneficiario o sus representantes legales, las personas encargadas de supervisar la administración del patrimonio y aquellas designadas en la escritura de constitución, entre la cuales, en su caso, la persona constituyente o sus herederos (art. 227.6 CC Cat).

Extinción y destino de los bienes

Tras la extinción del patrimonio protegido, ya sea por desaparecer los presupuestos que motivaron su constitución (muerte o declaración de fallecimiento del beneficiario, pérdida de la condición de persona discapacitada o en situación de dependencia, renuncia de todos los beneficiarios), por cumplirse el plazo por el que se constituyó, por acaecer alguna condición resolutoria establecida en la escritura de constitución o por ingratitud del beneficiario hacia el constituyente, apreciada judicialmente, el administrador debe rendir cuentas finales de su gestión y proceder a la liquidación del patrimonio (art. 227.7 CC Cat).

El destino del remanente ha podido establecerse en la escritura de constitución pero de no ser así o de no poder cumplirse el destino previsto, «(...) el remanente debe revertir al constituyente o a sus herederos testamentarios o legales» (art. 227.8.2 CC Cat). El CC Cat invierte así la que es la regla general en la Ley 41/2003. De acuerdo con la norma estatal, tras la extinción del patrimonio, las aportaciones de terceros se entenderán comprendidas en la herencia del beneficiario (si el patrimonio se extinguió por su muerte) o en el patrimonio personal del antes beneficiario (si la extinción obedeció a la desaparición de la discapacidad), a no ser que los *aportantes* (y no necesariamente el constituyente) hubiesen acordado un destino diverso para los bienes. La solución por la que se decantó el legislador nacional es lógica si tenemos en cuenta que la titularidad del patrimonio protegido corresponde al beneficiario, aunque se trate de un patrimonio separado de su patrimonio personal.

En el CC Cat estamos en cambio ante un patrimonio autónomo, sin titular; luego, a falta de previsión en sentido contrario y teniendo en cuenta el carácter privado del patrimonio, la reversión de los bienes al constituyente o sus herederos constituye la decisión más acertada. No era ésta, sin embargo, la solución prevista por el Anteproyecto de ley, que disponía que «si las previsiones de la escritura de constitución no se pueden cumplir, el remanente se ha de adjudicar a una entidad lucrativa que tenga por finalidad la protección de personas discapacitadas o en situación de dependencia» (*vid.*: http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIU/avantprojecte_llei_llibre_2n_codi_civilc.pdf). Esta medida queda reservada en el texto legal definitivamente aprobado a los casos de sucesión intestada del constituyente que muere sin familiares con derecho a suceder *ex lege*: «(...) En caso de sucesión por la Generalidad, debe adjudicarse a una entidad no lucrativa que tenga por finalidad la protección de personas discapacitadas o en situación de dependencia» (art. 227.8.2 CC Cat).

Publicidad

Al igual que la ley estatal y al amparo de lo previsto en el artículo 8 RH, en virtud del cual «los actos y contratos que con diferentes nombres se conocen en las provincias en que rigen fueros especiales, y producen, respecto a los bienes inmuebles o derechos reales, cualquiera de los efectos indicados en el artículo anterior estarán también sujetos a inscripción. Para inscribir dichos actos y contratos se presentarán en el Registro los documentos necesarios, según las disposiciones forales y, en su caso, los que acrediten haberse empleado los medios que establece la legislación supletoria», la ley catalana articula el régimen de publicidad del patrimonio protegido. Por una parte, la Disposición adicional primera de la Ley 25/2010, por la que se aprueba el libro II del CC Cat, prevé un Registro de Patrimonios Protegidos, adscrito al departamento competente en materia de derecho civil mediante el centro directivo que tenga atribuida la competencia. En dicho Registro *deben* hacerse constar la escritura de constitución del patrimonio así como los datos referentes a las aportaciones ulteriores y cambios en la persona del administrador y medidas de administración. La organización, el funcionamiento y la publicidad del Registro se remiten a ulterior desarrollo reglamentario. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 227.9 CC Cat, «los bienes que integran el patrimonio protegido son inscribibles en el Registro de la Propiedad o en otros registros públicos a favor del mismo patrimonio con la denominación que consta en la escritura de constitución (...)». En esa misma inscripción «(...) deben hacerse constar las facultades conferidas al administrador, las causas de extinción del patrimonio protegido y el destino establecido para el remanente».

La publicidad prevista por la ley catalana resulta más rigurosa que la del patrimonio estatal, que se articula a través del Registro Civil y de los respectivos Registros de la Propiedad, respecto de los bienes que tengan el carácter de registrables. Por lo que respecta al Registro Civil, de acuerdo con los artículos 18 y 46 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 (introducidos por la Ley 1/2009), la inscripción del patrimonio protegido estatal se practicará, por una parte, por los encargados del Registro Civil municipal correspondiente al domicilio del beneficiario del patrimonio protegido y, por otra parte, desde el Registro Civil central, donde se ha creado un «Libro de Incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos», en que se llevan (entre otras cuestiones) los duplicados de las inscripciones sobre constitución de patrimonios protegidos y designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos practicadas en los distintos Registros Municipales. De acuerdo con el artículo 46 bis, la inscripción se practicará en los Registros Municipales, «(...) en virtud de comunicación remitida de oficio, junto con testimonio bastante de la resolución recaída, por el Juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien mediante testimonio bastante de la escritura de constitución del patrimonio protegido o de designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos que el juez o el notario autorizante deberá remitir en el plazo máximo de tres días al Encargado del Registro Civil competente (...)». Luego no queda garantizada la inscripción y la consiguiente publicidad de las reglas referentes a la administración del patrimonio protegido, ni de sus eventuales modificaciones durante la vida del patrimonio.

En lo concerniente a los Registros de la Propiedad, en la ley estatal el titular del patrimonio protegido es la persona con discapacidad que figura como beneficiaria del mismo (art. 2.1 de la Ley 41/2003), por lo que no hay

ningún problema en que, tal y como prevé el artículo 8 de la Ley nacional, se haga constar en el folio correspondiente a cada finca la titularidad registral del discapacitado (mediante asiento de inscripción) y, si el bien o derecho ya figurase inscrito con anterioridad a favor de la persona con discapacidad, su adscripción o incorporación al patrimonio protegido por medio de nota marginal. Sin embargo, en el caso del derecho catalán, estamos ante un patrimonio autónomo, sin titular y sin personalidad jurídica, cuyos bienes han de inscribirse a favor del mismo patrimonio con la denominación que consta en la escritura de constitución, mediante la expresión «patrimonio protegido a favor de» seguida del nombre y los apellidos del beneficiario (arts. 227.9 y 227.3.2.c CC Cat). La falta de acomodación de la legislación hipotecaria a esta situación (art. 9.4 LH: «Toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes: La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción») crea sin duda dificultades para el acceso del patrimonio catalán al Registro de la Propiedad, lo que podría incluso requerir una modificación de la Ley Hipotecaria (si bien es cierto que, de acuerdo con Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, «La inscripción de los bienes inmuebles pertenecientes a los fondos de titulización en el Registro de la Propiedad y de cualesquiera otros bienes en los registros que correspondan, se podrá efectuar a nombre de los mismos»). En cualquier caso, por lo que respecta al contenido de esta publicidad, la Ley catalana vuelve a hacer gala de mayor rigor que la ley estatal al especificar que, «en la inscripción de los bienes que integran el patrimonio protegido, deben hacerse constar las facultades conferidas al administrador, las causas de extinción del patrimonio protegido y el destino establecido para el remanente» (art. 227-9.2 CC Cat).

En definitiva, el legislador catalán ha sabido aprovechar la experiencia proporcionada por los siete años transcurridos desde la promulgación de la ley estatal. Se han mejorado ciertos aspectos de la regulación contenida en la Ley 41/2003, como la independencia del patrimonio, no sujeto a las deudas personales de su beneficiario, la mayor flexibilidad de las reglas de administración, la pérdida de protagonismo del Ministerio Fiscal en la supervisión de la actividad del administrador o el mayor rigor en el régimen de publicidad. Son de lamentar no obstante otras cuestiones, como la imposibilidad de que el propio discapacitado, con capacidad de obrar, pueda administrar los bienes que están afectos a la satisfacción de sus necesidades vitales, o la falta de delimitación entre las funciones de tutor y de administrador del patrimonio protegido.

En general, la valoración global que nos merece la ley catalana es altamente positiva en la medida en que introduce en dicho ordenamiento jurídico la figura de los patrimonios de afectación. En este caso, el patrimonio está afecto a la protección de personas discapacitadas o dependientes pero la promulgación de la norma abre la puerta a la regulación de la figura con otras aplicaciones igualmente loables. Por ejemplo, asegurar el pago de pensiones alimenticias debidas al cónyuge y/o a los hijos, asegurar la preservación del patrimonial familiar durante varias generaciones o articular nuevos tipos de garantía. Éstas y otras muchas funciones son realizables por medio de la figura angloamericana del *trust*, que otros países de nuestro entorno jurídico han incorporado ya a su derecho (Francia, Italia, Luxemburgo, Liechtenstein o San Marino) y a la que el legislador español sigue dando la espalda. Con la Ley 25/2010 el legislador catalán ha otorgado carta de naturaleza a la figura anglosajona. Esperemos que el legislador nacional emprenda el mismo camino.

Crónica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (noviembre 2010 – mayo 2011)

LEIRE MUGUETA GARCÍA*

Asunto Vaquero Hernández y otros c. España (demandas 1883/03, 2723/03 y 4058/03), sentencia de 2 de noviembre de 2010. Artículo 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo, derecho a la presunción de inocencia y derechos de la defensa).

Los demandantes en el caso *Vaquero Hernández y otros c. España* son tres guardias civiles, un ex-general de la Guardia civil y un antiguo Gobernador civil de Guipúzcoa.

El 20 de enero de 1985 fueron encontrados dos cadáveres en la localidad alicantina de Bussot. Diez años más tarde fueron identificados en el marco de una investigación iniciada por la policía judicial a raíz de la aparición en la prensa de informaciones relativas a los Grupos Antiterroristas de Liberación (G.A.L.). Dichos cadáveres pertenecían a J.A.L. y J.I.Z., dos presuntos miembros de E.T.A. desaparecidos en 1983. El Juez central de instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional decidió incoar diligencias penales contra los cinco demandantes por presuntos delitos de asesinato, detención irregular, pertenencia a banda armada, lesiones y torturas.

En el auto de procesamiento del quinto demandante, el Sr. Elgorriaga, y del Sr. Vera, entonces Secretario de Estado para la Seguridad en el Ministerio del Interior, el Juez central de instrucción n.º 1 expuso que en octubre de 1983, los dos primeros demandantes, Sres. Vaquero Hernández y Dorado Villalobos agentes de la Guardia civil, detuvieron en el sur de Francia a J.A.L. y J.I.L. y los llevaron por la fuerza a España. Informaron al cuarto demandante, el Sr. Rodríguez Galindo, quien ordenó que fueran trasladados al palacio de La Cumbre de San Sebastián, donde fueron duramente interrogados, golpeados y torturados durante varios días para obtener información sobre miembros o familiares de miembros de E.T.A., como represalia por atentados cometidos contra miembros de la Guardia civil y de otros cuerpos de seguridad del Estado. Debido al estado en el que se encontraban los detenidos tras las torturas, el cuarto demandante ordenó que fueran trasladados a Alicante para hacerlos desaparecer. El quinto demandante, Gobernador civil de Guipúzcoa, tuvo conocimiento de esta decisión pero no hizo nada para impedir que se llevara a cabo. J.A.L. y J.I.Z. fueron desnudados y tumbados sobre el suelo ante una fosa previamente cavada, recibieron tres balas en la cabeza y sus cuerpos fueron recubiertos de cal viva. Los asesinatos fueron reivindicados por los G.A.L. mediante una llamada telefónica a una radio de Alicante el 21 de enero de 1984.

* Letrada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los resúmenes de esta crónica no vinculan en modo alguno al Tribunal ni a su Secretaría.

El tercer demandante, el Sr. Bayo Leal, padecía un trastorno de la personalidad y presentaba tendencias suicidas, por lo que el Juez central de instrucción n.º 1, le autorizó a prestar declaración a puerta cerrada durante un mes. En sus declaraciones acusó a los otros demandantes y presentó una grabación de conversaciones entre varios de los demandantes que trataban sobre los hechos investigados. También expuso cómo habían sido interrogados los detenidos, precisando los horarios y las salas del Palacio dónde tuvieron lugar los hechos. Tras el levantamiento del secreto de sumario el 9 de septiembre de 1997, fueron propuestos careos entre el Sr. Bayo Leal y los otros acusados que éstos rechazaron.

Una vez concluida la instrucción, los autos del procedimiento fueron enviados para ser enjuiciados ante la sala penal de la Audiencia Nacional. Varias de las pruebas propuestas por las defensas de los demandantes, el Ministerio Fiscal y las acusaciones fueron rechazadas.

Durante el juicio oral, que comenzó en diciembre de 1999, el tercer demandante, el Sr. Bayo Leal, se desdijo de las declaraciones efectuadas ante el Juez central de instrucción y afirmó haber acusado a los otros demandantes para ser liberado. Rechazó responder a las preguntas formuladas por las acusaciones, pero respondió a las preguntas de su abogado y a las de los otros demandantes.

El 26 de abril de 2000, la Audiencia Nacional dictó sentencia en la que declaró culpables a cada uno de los demandantes de dos delitos de asesinato cometidos por persona que ejerce autoridad y dos delitos de detención irregular. La Audiencia Nacional basó sus conclusiones en las declaraciones de los demandantes y la grabación proporcionada por el Sr. Bayo Leal, así como los testimonios, entre otros, de los agentes de policía y de la Guardia civil de Bussot, las declaraciones de varios testigos protegidos y las pruebas periciales que confirmaron la identificación de los cadáveres de J.A.L. y J.I.Z.

Los demandantes interpusieron recursos de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo por sentencia de 20 de julio de 2001. Posteriormente, los demandantes presentaron tres recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional que fueron declarados parcialmente admisibles por lo que respecta a la queja relativa a la vulneración del principio de presunción de inocencia derivada del hecho de que la condena se basara en las declaraciones efectuadas durante la instrucción por el tercer demandante a puerta cerrada sin la presencia de los abogados de los otros demandantes. Mediante sentencia dictada el 22 de julio de 2002, el Pleno del Tribunal Constitucional denegó el otorgamiento del amparo a los demandantes. Respecto a la queja derivada del principio de presunción de inocencia, recordó que su función se limitaba a constatar que las pruebas de cargo fueron obtenidas de conformidad con la Constitución y que los hechos declarados probados derivaban de pruebas practicadas de manera razonable y no arbitraria, sin que le correspondiera llevar a cabo una nueva valoración de las pruebas.

Los demandantes interpusieron sus demandas ante el TEDH el 14 y el 22 de enero de 2003. Invocando el artículo 6. 1, 2 y 3 CEDH, los demandantes se quejaban de la vulneración de sus derechos a un proceso justo, al respeto de la presunción de inocencia y de los derechos de la defensa.

En la sentencia dictada el 2 de noviembre de 2010 por la Sección Tercera, el TEDH falla, por unanimidad, que no hubo violación de derechos invocados. El TEDH precisa que en ciertas circunstancias puede resultar necesario que los tribunales recurran a las declaraciones obtenidas durante la fase de instrucción preparatoria, siempre y cuando sean corroboradas por otras prue-

bas. En el presente caso, el TEDH considera que hubiese sido mejor que el Juez central de instrucción hubiera permitido a los otras partes oír al tercer demandante en persona e interrogarle sobre las confesiones que hizo a puerta cerrada, pero esta consideración no podría llevar a paralizar los procedimientos cuya oportunidad, por otra parte, escapa al control del TEDH. Además, coincide con el Tribunal Supremo al poner de relieve que los demás demandantes no solicitaron una nueva declaración del tercer demandante, ni tras levantarse el secreto del sumario ni al final de la fase de instrucción. Por otra parte, el TEDH observa que la Audiencia Nacional declaró a los demandantes culpables basándose en un conjunto de pruebas concordantes, entre otras: las declaraciones del tercer demandante, las declaraciones de los demás demandantes, los careos entre ellos, las grabaciones aportadas por el tercer demandante y numerosos testimonios. Además, el TEDH señala que la unión a los autos del procedimiento de las declaraciones efectuadas por el tercer demandante en la instrucción bajo secreto de sumario fue conforme a las exigencias del derecho interno pertinente. En efecto, dichas declaraciones fueron leídas en el juicio oral, dándole la oportunidad al tercer demandante de explicar las diferencias entre sus antiguas declaraciones y su nuevo testimonio en el juicio oral. Asimismo, dicho demandante fue interrogado con ocasión de los debates orales sometidos al principio de contradicción, por lo que los otros demandantes tuvieron la posibilidad de hacer valer sus derechos de defensa. Finalmente, el TEDH constata que las decisiones de los tribunales españoles estuvieron ampliamente motivadas y recuerda que a él no le corresponde reexaminar las pruebas ni sustituir a los órganos judiciales internos para reinterpretar los elementos de prueba sobre los que se fundamentaron las condenas. Por consiguiente, no aprecia que en este caso se haya producido un menoscabo en los derechos de la defensa de los demandantes.

Asunto García Hernández c. España (demanda 15256/07), sentencia de 16 de noviembre de 2010. Artículo 6 del CEDH (derecho a un proceso equitativo) y Artículo 13 del CEDH (derecho a un recurso efectivo).

La demandante era médico de urgencias en el momento de los hechos. Se incoaron diligencias penales en su contra por un presunto delito de lesiones causadas a un paciente al que no le habría suministrado la dosis de antibióticos necesaria de acuerdo con los síntomas que presentaba.

El 27 de septiembre de 2004, el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Murcia absolvió a la demandante en el marco de un procedimiento contradictorio en el que se celebró una vista. Basándose en las declaraciones efectuadas por varios médicos durante el juicio oral, el Juez consideró que existía una duda razonable, ya que no había quedado establecido que la *praxis* de la demandante hubiese causado las lesiones objeto de litigio. En particular, el Juez hizo referencia a la presencia de una herida, ya existente, que no fue detectada por la demandante durante el examen médico del paciente, ya que a penas era perceptible, lo que no podía ser calificado como negligencia. En todo caso, el Juez estimó que no había resultado suficientemente probado que un tratamiento médico diferente al proporcionado por la demandante hubiese podido evitar las consecuencias que derivaron del mismo (la amputación de dos dedos de la mano).

El paciente interpuso recurso de apelación. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia el 27 de diciembre de 2004, sin haber celebrado una vista, anuló la sentencia de primera instancia y condenó a la

demandante a pagar una multa de sesenta mil euros al paciente por una falta de lesiones cometida por negligencia. La Audiencia Provincial consideró que el relato de los hechos de la sentencia de primera instancia permitía llegar a la conclusión de que había habido un comportamiento negligente por parte de la demandante. En particular, la Audiencia Provincial recordó que el paciente contaba con un historial médico en ese hospital que la demandante hubiese podido consultar para administrarle el tratamiento adecuado. Además, tuvo en cuenta que el equipamiento médico del centro permitía detectar los síntomas del paciente. Por lo tanto, las lesiones del paciente sólo podían ser el resultado una mala *praxis* de la demandante derivada de un examen no exhaustivo del paciente.

La demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24 de la Constitución. Mediante una providencia notificada el 26 de septiembre de 2006, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibles los recursos.

El 23 de marzo de 2007, la demandante presentó su demanda ante el TEDH. Invocando el artículo 6 CEDH, la demandante se quejaba de haber sido condenada en apelación por la Audiencia Provincial, sin la celebración de una vista pública y sin la práctica de nuevas pruebas. Además, la demandante invocó el artículo 13 CEDH quejándose, por una parte, de la nueva valoración de las pruebas efectuada por la Audiencia Provincial sin su presencia. Por otra parte, se quejaba de la falta de efectividad del recurso de amparo.

Siguiendo el razonamiento de las sentencias *Bazo González e Igual Coll c. España* (de 16 de diciembre de 2008 y 10 de marzo de 2009, respectivamente), el TEDH considera que la Audiencia Provincial no se limitó a realizar una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se pronunció sobre una cuestión de hecho, a saber la mala práctica de la demandante y el origen de las secuelas provocadas al paciente, modificando así los hechos declarados probados por el juez de primera instancia. En opinión del TEDH dicho examen implica, por sus características, un posicionamiento sobre los hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad de la demandante. La condena de la demandante en apelación tras un cambio en la valoración de estas declaraciones y de otros elementos, sin que la demandante tuviera la ocasión de ser oída personalmente y de rebatirlas mediante un examen contradictorio en una vista oral, no fue conforme con las exigencias del derecho a un proceso equitativo. El TEDH falla, por unanimidad, que se ha producido en este caso una violación del artículo 6 CEDH.

Por lo que respecta a la quejas derivadas del artículo 13 CEDH, el TEDH observa que la primera de ellas trata sobre una cuestión ya examinada bajo el ángulo del artículo 6 CEDH, por lo que no estima necesario pronunciarse de nuevo. En cuanto a la segunda, el TEDH constata que la demandante se limita en realidad a mostrar su desacuerdo con el control jurisdiccional ejercido por el Tribunal Constitucional, ante el cual tuvo la ocasión de presentar los argumentos que estimó pertinentes para su defensa. A este respecto, el TEDH recuerda su jurisprudencia según la cual la eficacia de un recurso no depende de certitud de la obtención de un resultado favorable. Por lo tanto, no habiendo constatado ninguna apariencia de violación del CEDH ni de sus Protocolos, el TEDH declara inadmisibles esta parte de la demanda por estar manifiestamente mal fundada, en aplicación del artículo 35.1 del Convenio.

Se adjunta a la sentencia una opinión concordante formulada por el Juez Zupančič.

Asunto P.V. c. España (demanda 35159/09), sentencia de 30 de noviembre de 2010. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar), Artículo 14 del CEDH (prohibición de discriminación).

La demandante, nacida en 1976 y residente en Lugo, es una transexual que pasó del sexo masculino al femenino.

Antes de su cambio de sexo, la demandante estuvo casada con P.Q.F. con quien tuvo un hijo nacido en 1998. La sentencia de separación dictada en 2002 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Lugo, aprobó el convenio concluido de forma amistosa por los cónyuges antes de su separación, según el cual la guardia y custodia del niño era atribuida a la madre y la patria potestad era ejercida conjuntamente por ambos progenitores. Además, se establecía un régimen de visitas a favor de la demandante, con quien el niño pasaría un fin de semana de cada dos y la mitad de las vacaciones escolares.

En 2004, P.Q.F. solicitó que la demandante fuera privada del ejercicio de la patria potestad, y se suspendiera el régimen de visitas acordado en el momento de la separación, ya que la demandante había iniciado un tratamiento hormonal para cambiar de sexo y se maquillaba y vestía como una mujer. Por sentencia de 18 de octubre de 2004, el Juez de Primera Instancia n.º 4 de Lugo rechazó la demanda de privación del ejercicio de la patria potestad y, siguiendo las recomendaciones del informe realizado por una psicóloga que examinó a la demandante, al niño y a la madre, decidió restringir el régimen de visitas en lugar de suspenderlo totalmente. El Juez consideró que la inestabilidad emocional constatada en la demandante por el informe psicológico impedía establecer un régimen ordinario de visitas. Tuvo en cuenta que hacía tan sólo unos meses que la demandante había iniciado el proceso de cambio de sexo que implicaba profundos cambios en todos los aspectos de su vida y de su personalidad, lo que explicaba de modo lógico y comprensible la inestabilidad emocional detectada por la psicóloga en su informe. Por ello, el Juez decidió establecer un régimen de visitas progresivo que inicialmente permitía a la demandante ver a su hijo un sábado de cada dos, durante tres horas, en un punto de encuentro, bajo la supervisión de profesionales. Estos debían, además, presentar un informe cada dos meses al Juez para que pudiera supervisar la evolución de las visitas.

La demandante interpuso recurso de apelación. Por sentencia de 19 de marzo de 2005, la Audiencia Provincial de Lugo confirmó la sentencia de primera instancia. La Audiencia insistió en la idea de que un régimen de visitas ordinario podía poner en peligro el equilibrio emocional del menor. El niño debía adaptarse progresivamente a la decisión de la demandante de cambiar de sexo, lo que *de facto* estaba haciendo, ya que la relación afectiva entre padre e hijo era buena.

La demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, invocando el artículo 14 de la Constitución.

Entretanto, en febrero de 2006, el régimen de visitas fue ampliado a un domingo de cada dos durante cinco horas y, posteriormente, en noviembre de 2006, a un sábado y un domingo de cada dos durante ocho horas cada día.

El 22 de diciembre de 2008, el Tribunal Constitucional dictó sentencia denegando el otorgamiento del amparo a la demandante. El Tribunal Constitucional consideró que el motivo de la restricción del régimen de visitas ini-

cialmente acordado en el momento de la separación no fue la transexualidad de la demandante, sino la inestabilidad emocional detectada en ella por el informe psicológico y la existencia de un riesgo efectivo de perturbar el equilibrio emocional y el desarrollo de la personalidad del niño, que tenía seis años en el momento en el que se realizó el informe psicológico.

El 18 de junio de 2009, la demandante presentó su demanda ante el TEDH. Invocando el artículo 8 CEDH combinado con el artículo 14 CEDH, la demandante se quejaba de que su condición de transexual pesó de manera determinante en la decisión de los tribunales españoles de restringir el régimen de visitas inicialmente previsto en la sentencia de separación.

Examinando las circunstancias del caso, el TEDH admite que el régimen de visitas acordado por los tribunales internos era menos favorable para la demandante que el régimen establecido en el momento de la separación. También observa que lo que está en juego en este caso no es una cuestión de orientación sexual, sino de disforia de género. No obstante, el TEDH estima que la transexualidad es una noción que está cubierta, sin duda alguna, por el artículo 14 CEDH, ya que la lista de motivos de discriminación contenida en esta disposición no es exhaustiva.

El TEDH considera que la transexualidad de la demandante no fue el motivo que determinó la restricción del régimen de visitas, sino el interés superior del menor. Los tribunales españoles tuvieron en cuenta la inestabilidad emocional de la demandante, constatada por el informe psicológico, y el riesgo de perjudicar la integridad psíquica y el desarrollo de la personalidad del menor. El TEDH observa, además, que el régimen de visitas adoptado era de carácter evolutivo, para permitir que el menor fuera habituándose progresivamente al cambio de sexo de su progenitor, y estaba controlado por el Juez de Primera Instancia gracias a los informes bimensuales que debían presentarles los profesionales del punto de encuentro. El TEDH considera que las circunstancias del presente caso son distintas a las del asunto *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (sentencia de 21 de diciembre de 1999) en el que la condición de homosexual del demandante pesó de manera determinante en la decisión de los tribunales portugueses de privarle de la patria potestad. En el presente caso, en cambio, los tribunales españoles privilegiaron el interés superior del menor, conclusión que el TEDH estima que se ve reforzada por el hecho de que el régimen de visitas fue ampliado en dos ocasiones, mientras que la condición de transexual de la demandante continuó siendo la misma. El TEDH concluye, por unanimidad, que no hubo violación del artículo 14 combinado con el artículo 8.

Asunto Eusko-Abertzale Ekintza-Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) c. España (demandas 51762/07 y 51882/07), sentencia de 7 de diciembre de 2010. Artículo 10 del CEDH (derecho a la libertad de expresión), Artículo 11 del CEDH (derecho a la libertad de asociación), Artículo 13 del CEDH (derecho a un recurso efectivo) y Artículo 3 del Protocolo adicional n.º 1 (derecho a elecciones libres).

El demandante es un partido político vasco creado en 1930. En su base ideológica se encuentra la afirmación de la especificidad de *Euskal Herria* y su derecho a decidir libremente su futuro. Durante la Segunda República el partido demandante militó e hizo campaña a favor de la adopción de un estatuto de autonomía para el País Vasco que fue finalmente aprobado por el Parlamento español el 5 de noviembre de 1933. Con la instauración de la

democracia en 1977, el partido demandante comenzó a existir legalmente. En el 4.º Congreso del partido celebrado en diciembre de 1978, el partido demandante decidió reforzar el movimiento de Unidad popular, *Herri Batasuna*, junto con otros partidos nacionalistas de izquierda y personalidades individuales.

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2002 de 27 de junio de 2002 sobre partidos políticos, el Tribunal Supremo declaró ilegales en 2003 los partidos políticos *Batasuna*, *Herri Batasuna* y *Euskal Herritarrok*. El partido político demandante no se vio afectado por el procedimiento de disolución de los partidos citados. Era, pues, un partido político legal.

El partido político demandante decidió presentar listas de candidatos a las elecciones municipales y de las Diputaciones forales del País Vasco, así como a las elecciones al Parlamento de la Comunidad foral Navarra que fueron convocadas para el 27 de mayo de 2007.

El 1 de mayo de 2007, los Boletines Oficiales de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava publicaron las listas proclamadas de los candidatos presentados a las elecciones citadas, entre las cuales estaban incluidas todas las candidaturas presentadas por el partido demandante.

El 3 de mayo de 2007, el Abogado general del Estado y la Fiscalía presentaron sendos recursos contencioso-electorales contra la aprobación de las listas de candidatos presentadas por el partido demandante. Los recursos fueron admitidos a trámite por un auto de 4 de mayo de 2007 del Tribunal Supremo, quien decidió, además, acumular los recursos.

El 5 de mayo de 2007, el Tribunal Supremo estimó los recursos presentados por el Abogado general del Estado y la Fiscalía y anuló un total de 133 candidaturas presentadas por el partido demandante a las elecciones del 27 de mayo de 2007 (125 listas a las elecciones municipales, siete listas de candidatos a las Diputaciones forales del País Vasco y la lista de candidatos a las elecciones al Parlamento de Navarra).

El 9 de mayo de 2007, el partido demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva y de su derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, en relación con el derecho a la libertad de asociación. Por una sentencia de 10 de mayo de 2007, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso.

Posteriormente, las actividades del partido demandante fueron suspendidas por un auto dictado el 8 de septiembre de 2008 por el Juez central de instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional en el marco de un procedimiento penal por presuntos delitos de integración en el seno de una organización terrorista y de colaboración con una organización terrorista.

Por una sentencia de 22 de septiembre de 2008, el Tribunal Supremo declaró ilegal y disuelto al partido demandante. La disolución fue confirmada por una sentencia de 29 de enero de 2009 del Tribunal Constitucional.

El partido político demandante presentó su demanda ante el TEDH el 6 de noviembre de 2007. Se quejaba, desde la perspectiva de los artículos 10 y 11 CEDH (derechos a la libertad de expresión y a la libertad de asociación), de la anulación de varias de sus candidaturas a las elecciones municipales y a las elecciones a las Diputaciones forales del País Vasco y al Parlamento de Navarra que tuvieron lugar el 27 de mayo de 2007. Por otra parte, estimaba que tanto el recurso que había interpuesto ante el Tribunal Supremo como el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no habían constituido

recursos efectivos en el sentido del artículo 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo). Asimismo, el demandante invocaba también el artículo 3 del Protocolo n.º 1 (derecho a elecciones libres).

La sentencia de 7 de diciembre de 2010 dictada por la Sala Tercera del TEDH pone de manifiesto la relación que el presente asunto guarda con la ilegalización de los partidos políticos *Batasuna* y *Herri Batasuna*, cuestión resuelta por el TEDH en su sentencia de 30 de junio de 2009. La peculiaridad de este caso radica en el hecho de que el partido político demandante existía con anterioridad a la ilegalización de los dos partidos políticos mencionados, ya que fue creado en 1930 y figuraba en el Registro de Partidos Políticos del Ministerio del Interior desde 1977. Por seis votos contra uno, la sentencia concluye que no ha habido una violación del artículo 3 del Protocolo n.º 1. En opinión del TEDH ha quedado suficientemente probado por los tribunales españoles que las candidaturas litigiosas del partido demandante pretendían asegurar la continuidad de las actividades de *Batasuna* y *Herri Batasuna*, que anteriormente habían sido disueltos debido a su apoyo a la violencia y a las actividades de la organización terrorista ETA. Cita como ejemplo, la existencia de un documento incautado a un dirigente de ETA que exponía la estrategia electoral de *Batasuna* y explicaba el papel que la formación ilegalizada reservaba al partido demandante en la misma. El TEDH tiene en cuenta, además, que las decisiones de anulación de las candidaturas del partido demandante se tomaron de modo individualizado y tras un examen contradictorio. Por consiguiente, el TEDH estima que la restricción litigiosa fue proporcionada al fin legítimo perseguido (la protección del orden democrático) y que, en ausencia de arbitrariedad, no atentó contra la libre expresión de la opinión del pueblo.

El partido político demandante invocaba también los artículos 10, 11 y 13 CEDH. A la luz de las consideraciones que condujeron a la declaración de inexistencia de violación del artículo 3 del Protocolo n.º 1, y teniendo en cuenta de hecho de que el presente asunto concierne a un partido político y no a un demandante individual, el TEDH estima que las autoridades españolas no han excedido el margen de apreciación del que disponían según los artículos 10 y 11 CEDH. En consecuencia, el TEDH concluye, por cinco votos contra dos, que no ha habido violación de los artículos 10 y 11 CEDH. Igualmente, concluye, por unanimidad, que no se ha producido una violación del artículo 13 CEDH, ya que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional examinaron el fondo de las pretensiones del demandante y las rechazaron mediante decisiones suficientemente motivadas y desprovistas de arbitrariedad.

Se adjunta a la sentencia una opinión parcialmente disidente de la Juez Power.

Asunto Beristáin Ukar c. España (demanda 40351/05), sentencia de 8 de marzo de 2011. Artículo 3 del CEDH (prohibición de la tortura).

El 5 de septiembre de 2002, el demandante fue detenido en San Sebastián por su presunta participación en altercados callejeros violentos (*kale borroka*). Estuvo en detención incomunicada durante cinco días, primero en un cuartel de la Guardia civil de esta localidad, y después en la Dirección general de la Guardia civil en Madrid. Durante su detención, el demandante fue examinado por un médico forense en cinco ocasiones.

El primer día, el médico forense examinó al demandante y descubrió una herida lineal de 1,5 cm en el lado derecho de la cara a la altura de la mandíbula (erosión malar). Por otro lado, señaló que el demandante se había quejado del trato recibido durante el trayecto en coche entre San Sebastián y Madrid, indicando haber sido conducido con cinco personas que le golpearon la cabeza con la palma de la mano y le colocaron una bolsa sobre ésta para asfixiarle. El médico forense examinó de modo detallado cada una de las alegaciones y no detectó ningún signo de violencia en la cabeza ni sobre el resto del cuerpo. Los siguientes días de examen, el demandante reiteró sus alegaciones relacionadas con la bolsa de plástico y añadió que había sido objeto de vejaciones sexuales. El informe del médico forense respondió a estas quejas y no descubrió ninguna lesión nueva, limitándose a constatar el inicio de cicatrización de la erosión malar, así como la ausencia de indicios de violencia o lesiones, tanto en los órganos sexuales como en las zonas anal o perianal. En cuanto a la erosión malar, esta última fue referida por última vez en el informe del 8 de septiembre, donde el forense señaló su progresión hacia la curación.

El 10 de septiembre de 2002 el demandante fue llevado ante el Juez central de instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, donde fue examinado una vez más por un médico forense, que no constató nuevas lesiones. El demandante declaró haber sido objeto de malos tratos durante el período de detención, relatando en detalle los malos tratos a los que había sido sometido. Reconoció que no había dado parte de la totalidad de estos hechos al médico forense y justificó su silencio por su miedo a los agentes de la Guardia civil que le vigilaban.

El demandante ingresó en prisión provisional un centro penitenciario donde fue examinado de nuevo por un médico.

El 30 de octubre de 2002 el demandante denunció ante el Juez de instrucción de guardia de San Sebastián haber sido víctima de malos tratos durante su detención. Este se inhibió a favor del Juez de instrucción n.º 24 de Madrid. Este último, ordenó la apertura de una investigación y posteriormente sobreseyó y archivó el caso por un auto de 21 de julio de 2003, debido a la ausencia de prueba de los malos tratos alegados.

El demandante presentó un recurso de reforma, alegando que la investigación llevada a cabo no había sido suficiente y que el auto de sobreseimiento se había basado únicamente en los informes del médico forense, que por otra parte no correspondían al modelo establecido por el Protocolo adoptado por el Ministerio de Justicia relativo a los métodos que tienen que seguir los médicos forenses en el momento del examen de los detenidos. Además, el demandante se quejó de no haber sido oído personalmente por el Juez, quien tampoco oyó al médico forense ni intentó identificar a los agentes implicados en los hechos denunciados. Por un auto de 3 de mayo de 2004, el Juez de instrucción n.º 24 de Madrid rechazó el recurso, basándose en el informe de la Fiscalía y en la ausencia de rastros físicos que corroboraran los malos tratos denunciados.

El demandante interpuso recurso de apelación. Por un auto de 14 de julio de 2004, la Audiencia Provincial de Madrid rechazó el recurso y confirmó el auto de sobreseimiento.

Invocando los artículos 15 y 24 de la Constitución, el demandante presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El 23 de mayo de 2005, el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso por carecer manifiestamente de contenido constitucional. El tribunal consideró que no era

posible afirmar que había habido falta de diligencia en la investigación llevada a cabo, porque el resultado de dicha investigación mostraba que no era necesaria una investigación más profunda teniendo en cuenta la falta de verosimilitud de la queja y la ausencia de indicios de malos tratos.

El 9 de noviembre de 2005, el demandante presentó su demanda ante el TEDH. Invocando el artículo 3 CEDH, el demandante alegaba haber sufrido malos tratos durante su arresto y detención en Madrid, quejándose también de la ausencia de una investigación sobre los hechos tras su denuncia, así como del sobreesimiento dictado.

Examinando las circunstancias del caso, el TEDH observa que el demandante se quejó en dos ocasiones de haber sido objeto de malos tratos: en primer lugar, el 10 de septiembre de 2002, cuando fue llevado a declarar ante el Juez central de instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional. Posteriormente, el 30 de octubre de 2002, cuando denunció los mismos hechos ante el Juez de instrucción de guardia de San Sebastián. Según las informaciones proporcionadas, el Juez central de instrucción de la Audiencia Nacional se mantuvo pasivo ante las denuncias de malos tratos efectuadas por el demandante en su comparecencia. En cuanto al Juez de instrucción que tuvo conocimiento de la denuncia presentada por el demandante, se limitó exclusivamente al examen de los informes del médico forense. El demandante solicitó en sus recursos de reforma y apelación ser oído en persona y que se tomara declaración al médico forense y a los agentes implicados. Sin embargo, sus peticiones no fueron tenidas en cuenta.

El TEDH llama la atención sobre el hecho de que los informes médicos de los dos primeros días de detención del demandante (6 y 7 de septiembre de 2002) no figuraban entre los documentos aportados por el demandante en el momento de la presentación de su demanda. A petición del TEDH, el demandante los solicitó al Juez de instrucción competente quien, en una decisión de 14 de julio de 2008, le indicó que dichos informes no figuraban en los autos del procedimiento. En opinión del TEDH, esta respuesta permitiría deducir que el Juez examinó únicamente tres de los cinco informes del médico forense. Los informes que faltaban fueron finalmente proporcionados por el Gobierno, tras habérselos solicitado el TEDH al comunicarle la demanda.

Además, el TEDH señala que el demandante alegó en sus recursos de reforma y apelación que los informes del médico forense eran inadecuados y no respondían a las exigencias del Protocolo adoptado por el Ministerio de Justicia que han de seguir los médicos forenses en el examen de los detenidos. Sin embargo, el TEDH constata que el Juez de instrucción y la Audiencia Provincial no se pronunciaron sobre esta cuestión.

Todos estos elementos llevan al TEDH a estimar que las investigaciones llevadas a cabo en el presente caso no han sido suficientemente profundas, ni efectivas para cumplir las exigencias del artículo 3 CEDH. Además, considera que los medios de prueba suplementarios solicitados por el demandante en sus recursos y, muy particularmente el de interrogar a los agentes encargados de su traslado a Madrid y de su vigilancia durante la detención, habrían podido contribuir al esclarecimiento de los hechos y al castigo de los eventuales responsables, como exige la jurisprudencia. El TEDH, concluye, por unanimidad, que hubo violación del artículo 3 CEDH en su vertiente procesal por la ausencia de una investigación efectiva. El TEDH condena a España a pagar al demandante, a título de satisfacción equitativa (artículo 41 CEDH), 20.000 euros por el daño moral y 3.000 euros por las costas.

Por otra parte, el TEDH observa que en su demanda el demandante ha expuesto de manera detallada los malos tratos de los que dice haber sido víctima durante su detención. El TEDH es consciente de las dificultades que un detenido puede encontrar para portar pruebas de los malos tratos sufridos mientras está en detención incomunicada y particularmente, cuando se trata de actos de malos tratos que no dejan huella, como los denunciados por el demandante en su demanda. Sin embargo, debido a la ausencia de elementos probatorios suficientes, el TEDH no se considera en situación de poder afirmar con un grado de certeza acorde a sus propia jurisprudencia, que le demandante ha estado sometido a tratos que han alcanzado un mínimo de gravedad, contrarios al artículo 3 CEDH. A este respecto, el TEDH subraya que esta imposibilidad emana, en gran parte, de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por parte de las autoridades nacionales en respuesta a la denuncia de malos tratos presentada por el demandante. En consecuencia, el TEDH declara, por unanimidad, que no puede concluir que se produjera una violación del artículo 3 CEDH en su vertiente sustantiva.

Asunto Otegi Mondragón c. España (demanda 2034/07), sentencia de 15 de marzo de 2011. Artículo 10 del CEDH (derecho a la libertad de expresión).

El demandante, nacido en 1956, residía en Elgoibar (Guipúzcoa) en el momento de los hechos. Era el portavoz del grupo *Sozialista Aberrtzaleak* en el Parlamento de la Comunidad autónoma del País Vasco.

En febrero de 2003, los locales del diario *Euskaldunon Egunkaria* fueron registrados y posteriormente cerrados por orden de la Audiencia Nacional, debido al presunto vínculo del diario con la organización terrorista E.T.A. Diez personas fueron detenidas, entre ellas los principales responsables del periódico. Tras pasar cinco días en régimen de detención incomunicada, denunciaron haber sido víctimas de malos tratos durante su detención.

El 26 de febrero de 2006, durante el transcurso de una rueda de prensa, el demandante, actuando como portavoz de su grupo parlamentario, expuso la evaluación política hecha por su grupo de la situación del diario *Egunkaria*. En respuesta a una cuestión planteada por un periodista, afirmó, refiriéndose a la presencia del Rey Juan Carlos I ese mismo día en la inauguración de una central eléctrica en Vizcaya que era una «verdadera vergüenza política». También dijo que el Rey, «jefe supremo de la Guardia civil y de las Fuerzas armadas españolas», era el jefe de aquellos que habían torturado a las personas detenidas en el marco de la operación policial contra el diario *Egunkaria*, «el responsable de los torturadores y el que ampara la tortura e impone su régimen monárquico a nuestro pueblo por medio de la tortura y la violencia».

En abril de 2003, el Ministerio Fiscal interpuso una querrela criminal contra el demandante por injurias graves al Rey. Por sentencia de 18 de marzo de 2005, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco declaró al demandante inocente de los hechos que le se imputaban. Pese a considerar que las manifestaciones del demandante eran claramente ofensivas e ignominiosas, el tribunal concluyó que fueron realizadas en un contexto público, político e institucional ajeno al núcleo último de la dignidad de las personas, que el ordenamiento jurídico sustrae a toda ingerencia de terceros.

Contra esta sentencia, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación, haciendo valer la protección reforzada dada por el legislador a la dignidad del Rey, así como la inviolabilidad del soberano proclamada por la Constitución. Además, alegaba que los términos empleados podían ser calificados de «dis-

curso del odio» en el sentido de la jurisprudencia del TEDH, habida cuenta de la situación existente en relación con los atentados terroristas. Por sentencia de 31 de octubre de 2005, el Tribunal Supremo declaró al demandante culpable de un delito de injurias graves al Rey, condenándole a una pena de un año de prisión, a la suspensión del derecho de sufragio pasivo durante la duración de la pena, así como al pago de las costas. El Tribunal Supremo consideró que los términos empleados por el demandante eran juicios de valor y no afirmaciones de hecho, que afectaban al núcleo último de la dignidad del Rey, con independencia del contexto en el que habían sido formulados. Además, el Tribunal Supremo observó que las denuncias por malos tratos a los detenidos en la operación contra el diario *Egunkaria* a las que hizo referencia el demandante fueron archivadas por falta de pruebas. Uno de los magistrados emitió un voto particular disidente, ya que consideraba que las palabras del demandante se referían al Rey únicamente en su papel institucional de jefe de las Fuerzas armadas.

El 3 de julio de 2006, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibile el recurso de amparo presentado por el demandante por carecer manifiestamente de contenido constitucional. El Tribunal Constitucional consideró que era difícil negar el carácter ignominioso, vejatorio e infamante de las manifestaciones controvertidas, incluso estando dirigidas a una persona pública. Esta conclusión se ve reforzada al tratarse de la persona del Rey, que «no está sujeta a responsabilidad» según lo dispuesto en la Constitución y es «símbolo de la unidad y la permanencia del Estado». Habida cuenta de su papel de «árbitro y de moderador del funcionamiento regular de las instituciones», el Rey ocupa una posición de neutralidad en el debate político, lo que implica que se le deba un respeto institucional «cualitativamente» diferente del debido a las otras Instituciones del Estado. Por ello, el Tribunal constitucional concluyó que los términos empleados por el demandante expresaron un desprecio evidente hacia el Rey y la institución que representa, por lo que afectaron al núcleo íntimo de su dignidad y no podían quedar amparados por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

El demandante presentó su demanda ante el TEDH el 5 de enero de 2007. Alegaba que la decisión del Tribunal Supremo que le declaró culpable de injurias graves al Rey constituía un ataque injustificado a su derecho a la libertad de expresión con arreglo al artículo 10 CEDH.

En su sentencia de 15 de marzo de 2011, el TEDH tiene en cuenta, en primer lugar, que el demandante se expresaba en su calidad de cargo electo y portavoz de un grupo parlamentario. Sus manifestaciones hacían referencia a una cuestión de interés público en el País Vasco, a saber el trato dispensado al Rey durante su visita oficial en el contexto del reciente cierre del diario *Egunkaria*. Por lo tanto, el TEDH apunta que el margen de apreciación del que disponían las autoridades para juzgar la «necesidad» de la sanción pronunciada contra el demandante era especialmente limitado.

El TEDH admite que las expresiones utilizadas por el demandante pudieron ser provocadoras. Sin embargo, recuerda que un contexto de debate público de interés general está permitido recurrir a una cierta dosis de exageración. En el presente caso, el TEDH considera que si bien algunos de los términos empleados describen un cuadro muy negativo e incluso hostil del Rey como institución, no incitan a la violencia ni se trata de un discurso de odio, lo que a los ojos del TEDH es el elemento esencial que debe tenerse en cuenta.

El TEDH estima que los principios que se deducen de su propia jurisprudencia sobre la especial protección dada a los Jefes de Estado son, en teoría, también válidos respecto a un régimen monárquico como el de España. El TEDH considera que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, una posición de árbitro y símbolo de la unidad del Estado, no podría ponerlo al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o -como en el caso- como representante del Estado que simboliza, en particular para los que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales de este Estado, incluido su régimen monárquico. A este respecto, el TEDH estima que en este caso las manifestaciones controvertidas no cuestionaban la vida privada del Rey ni su honor personal. Tampoco cuestionaban la manera en que el Rey había ejercido sus funciones oficiales en un ámbito particular ni le asignaban ninguna responsabilidad individual en la comisión de una infracción penal. Las manifestaciones del demandante contemplaban solamente la responsabilidad institucional del Rey como jefe y símbolo del aparato oficial y de las fuerzas que, según el demandante, habían torturado a los responsables del diario *Egunkaria*.

El TEDH tiene en cuenta, además, la severidad de la sanción impuesta al demandante. Pese a que la fijación de las penas es en principio competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, el TEDH recuerda que una pena de prisión impuesta por una infracción cometida en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión en circunstancias excepcionales, como la incitación a la violencia o la difusión de un discurso de odio. El TEDH estima que nada en las circunstancias del presente caso podía justificar la imposición de una pena de prisión. Pese a que posteriormente se suspendiera la ejecución de la pena de prisión, esta medida no borra condena del demandante ni las repercusiones duraderas de toda inscripción en el registro de antecedentes penales. El TEDH concluye, por unanimidad, que se produjo una violación del derecho a la libertad de expresión del demandante.

Asunto Saleck Bardi c. España (demanda 66167/09), sentencia de 24 de mayo de 2011. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar).

La demandante, apátrida, reside en un campamento de refugiados de Tindouf (Argelia). En 2002, su hija Saltana, que entonces contaba con 9 años de edad, viajó a España para pasar las vacaciones de verano con una familia de acogida, bajo el patrocinio de la Federación de Amigos del Pueblo Saharaui. Debido a los problemas de salud detectados en la niña, la federación solicitó la prolongación oficial de su estancia ante el Servicio de protección de menores de la Dirección general de la familia del Gobierno de la Región de Murcia. Ante la falta de respuesta de la administración, la menor se quedó con la familia de acogida.

En marzo de 2004 las autoridades españolas fueron informadas del hecho de que la demandante reclamaba el retorno de su hija.

En mayo de 2004, el Servicio de protección de menores declaró a la menor en situación de abandono, asumió su tutela y decidió enviarla a un centro de acogida para menores en vista de ser trasladada junto a su madre al campamento de Tindouf. La familia de acogida impugnó esta decisión. Por una sentencia dictada el 19 de septiembre de 2005, el Juez de familia n.º 9 de Murcia decidió otorgar la custodia provisional de la menor a la familia de

acogida durante el tiempo necesario para identificar a su familia biológica con el fin de entregársela y determinar si la niña había sufrido malos tratos en su lugar de origen. La sentencia fue dictada sin que la demandante hubiese sido informada del procedimiento que estaba en curso, por lo que no pudo intervenir en el mismo.

El 5 de junio de 2006 la demandante viajó a España y compareció ante el mismo Juez de familia para solicitar la restitución de su hija. Mediante una decisión dictada el 7 de diciembre de 2006, el Juez le reconoció el derecho a intervenir como parte en el procedimiento.

El 30 de abril de 2007, el Juez de familia n.º 9 de Murcia decidió otorgar la tutela de la niña a la familia de acogida, ya que la menor, que en ese momento tenía 15 años, había manifestado su deseo de quedarse con dicha familia y había declarado que fue sometida a la esclavitud en el campamento de refugiados.

La demandante interpuso un recurso de apelación contra esta decisión. Por un auto de 7 de marzo de 2008, la Audiencia Provincial de Murcia admitió parcialmente el recurso y aceptó que se practicaran algunas de las pruebas propuestas. Finalmente, por un auto de 30 de abril de 2008, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de la demandante, confirmando el otorgamiento de la tutela de la menor a la familia de acogida. La Audiencia Provincial tuvo en cuenta la declaración de la menor, que no deseaba regresar con su madre, ya que afirmaba haber sido abandonada por ésta a la edad de seis años. Además, el informe pericial elaborado por un psicólogo demostraba que la menor había desarrollado lazos afectivos con su familia de acogida y no quería volver con su madre.

La demandante presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por una providencia de 1 de junio de 2009, notificada el 15 de junio de 2009, el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso por carecer las quejas de la demandante de especial trascendencia constitucional.

El 11 de diciembre de 2009 la demandante presentó su demanda ante el TEDH. Invocando los artículos 6 y 8 CEDH, se quejaba de haber sido privada de la tutela de su hija en el marco de un procedimiento que ella estima que no fue justo. Aunque la demandante era consciente de que el retorno de su hija a Argelia no era conveniente para su estabilidad emocional, solicitaba al TEDH que reconociera que en el procedimiento interno se produjeron irregularidades, con el fin de evitar que una situación como la suya se pudiera reproducir en el futuro con otras madres saharauis.

El TEDH considera que la relación entre la demandante y su hija entra dentro del ámbito de la vida familiar en el sentido del artículo 8 CEDH, aunque se encuentren separadas *de facto* desde al menos el momento en que la menor llegó a España.

El TEDH recuerda su jurisprudencia según la cual el derecho de un padre a estar junto a su hijo crea la obligación positiva para el Estado de adoptar las medidas necesarias para alcanzar este objetivo.

En un caso como el presente, en el que los intereses en juego son difícilmente conciliables, el TEDH señala que el interés del menor debe de ser objeto de una consideración primordial. A este respecto, el TEDH observa que las decisiones judiciales de 2007 y 2008 que otorgaron la tutela de la hija de la demandante a la familia de acogida española, además de estar suficientemente motivadas, tuvieron en cuenta el interés de la menor.

El TEDH, a quien no le corresponde sustituir con su valoración la realizada por las autoridades tribunales en cuanto a las medidas que debe-

rían haber sido adoptadas, considera, no obstante, que en este caso hubo una falta de diligencia por parte de las autoridades españolas. Considera, en efecto, que la responsabilidad por la duración de la estancia del menor en España les corresponde, debido a la inercia de la administración y la falta de coordinación entre los distintos servicios competentes. Además, el TEDH apunta que el transcurso del tiempo provocó que el vínculo entre la demandante y su hija se debilitara y contribuyó de manera decisiva a la integración de la menor en la familia de acogida y su vida cotidiana en Murcia.

El TEDH concluye que las autoridades españolas no desplegaron los medios adecuados y suficientes para respetar el derecho de la demandante a que su hija regresara con ella y faltaron a la obligación de celeridad especialmente exigida en este tipo de casos. Por consiguiente, el TEDH falla, por unanimidad, que ha habido violación del artículo 8 CEDH y condena al Estado español a pagar una indemnización de 30.000 euros por daño moral a la demandante a título de satisfacción equitativa (artículo 41 CEDH).

Otras sentencias relevantes desde el punto de vista del Derecho Civil:

Asunto Serghides c. Polonia (demanda 31515/04), sentencia de 2 de noviembre de 2010. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): Revocación de la decisión favorable al demandante que ordenaba la devolución de su hija, sacada del país de forma ilegal por la madre, debido al comportamiento inadecuado de ambos progenitores.

Asunto Losonci Rose y Rose c. Suiza (demanda 664/06), sentencia de 9 de noviembre de 2010. Artículo 14 del CEDH (prohibición de discriminación) y Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): Discriminación en la elección del apellido de los matrimonios formados por personas de nacionalidades distintas.

Asunto Chavdarov c. Bulgaria (demanda 3465/03), sentencia de 21 de diciembre de 2010. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): Imposibilidad para un padre biológico de establecer legalmente su paternidad respecto de los tres hijos nacidos de su relación con una mujer que estaba casada durante el período en el que convivieron juntos.

Asunto Ferreira y Melo Ferreira c. Portugal (demanda 41696/07), sentencia de 21 de diciembre de 2010. Artículo 1 del Protocolo n.º 1 (derecho al respeto de los bienes): Prohibición legal a los propietarios de una vivienda de rescindir un contrato de alquiler de larga duración.

Asunto Herrmann c. Alemania (demanda 9300/07), sentencia de 20 de enero de 2011. Artículo 1 del Protocolo n.º 1 (derecho al respeto de los bienes): Obligación impuesta al propietario de un terreno, contrario a la caza por motivos éticos, de tolerar la caza en su propiedad y adherirse a una asociación de caza.

Asunto Kiyutin c. Rusia (demanda 2700/10), sentencia de 10 de marzo de 2011. Artículo 14 del CEDH (prohibición de discriminación) y Art. 8

del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): Trato diferenciado dado a un extranjero seropositivo en relación con su solicitud de un permiso de residencia.

Asunto M. c. Suiza (demanda 41199/06), sentencia de 26 de abril de 2011. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): Negativa de renovar el pasaporte durante más de seis años a un expatriado, con el fin de obligarle a volver al país para ser juzgado por un delito que se le imputaba.

Asunto Négrépontis-Giannisis c. Grecia (demanda 56759/08), sentencia de 3 de mayo de 2011. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar), Art. 14 del CEDH (prohibición de discriminación), Artículo 6 del CEDH (derecho a un juicio justo), Artículo 1 del Protocolo n.º 1 (derecho al respeto de los bienes): Negativa injustificada de reconocer la adopción, constituida en el extranjero, de un adulto por parte de su tío monje.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

LIDIA ARNAU RAVENTÓS*

STJUE 9 de noviembre de 2010. Mediaprint Zeitungs-und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG v. Österreich-Zeitungsverlag GmbH.—Petición de decisión prejudicial. Oberster Gerichtshof (Austria). Interpretación de los artículos 3, apartado 1 y 5, de 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. Se pregunta si es conforme con el derecho de la UE una disposición nacional por la que se prohíban las ventas con prima. El TJUE, tras argumentar que las ventas con prima constituyen prácticas comerciales y que las controvertidas se sujetan a la Directiva toda vez que, aunque no exclusivamente, persiguen la protección del consumidor, analiza la compatibilidad de su prohibición con el derecho de la UE. El TJUE parte de la armonización plena llevada a cabo por la Directiva 2005/29 y de los criterios que permiten determinar la deslealtad de una práctica. Dado que la venta con prima no es una de las prácticas consideradas desleales en todo caso (Anexo I Directiva), deberán aplicarse aquellos criterios a fin de valorar si, en el caso particular, concurre la situación de deslealtad. Por todo ello, el TJUE concluye que no es conforme con el derecho de la UE una disposición nacional que prohíba en todo caso la venta con prima.

STJUE 7 de diciembre de 2010. Peter Pammer y Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG v. Hotel Alpenhof GesmbH y Oliver Heller.—Petición de decisión prejudicial. Oberster Gerichtshof (Austria). Interpretación del artículo 15, apartado 1, letra c, y 3 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. Se pregunta, en primer lugar, si un viaje en carguero está comprendido entre los contratos de transporte contemplados en el artículo 15, apartado 3, del Reglamento, que configura como tales aquellos que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento. Dado que el viaje de que se trataba el litigio principal reunía estos requisitos, el TJUE concluye que le es de aplicación el artículo 15, apartado 3. En segundo lugar, se pregunta por los criterios para considerar que la actividad de un vendedor, presentada en su página web o en la de un intermediario, está dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor. Y, ello, a efectos de aplicar la regla de competencia prevista en el artículo 15, apartado 1, letra c, del Reglamento, que es excepción tanto de la regla general de atribución de competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del domicilio del demandado, como de la especial en materia de contratos en cuya virtud la competencia se atribuye a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que hubiere sido o debería haber sido cumplida la obligación. En este particular, el Reglamento

* 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.

no incluye ninguna definición del concepto de actividad „dirigida« al Estado miembro del domicilio del consumidor, debiéndose interpretar de forma autónoma y en atención a la finalidad del Reglamento. Esta última sería la de proteger a la parte más débil y jurídicamente menos experta. El TJUE entiende que la cuestión reside en determinar si se exige que el vendedor tenga voluntad de dirigirse a otro u otros Estados miembros y, si éste es el caso, de qué forma debe manifestarse esa voluntad. Por lo pronto, concluye que está implícita en determinados tipos de publicidad (así, en la realizada por cualquier medio en el Estado del domicilio del consumidor), mientras que no resulta inherente a la que se difunde por internet. Por actividades „dirigidas« a un Estado miembro no cabe entender la mera accesibilidad, desde ese Estado, de la página web del vendedor. Por el contrario, se precisa que el vendedor haya manifestado su voluntad de establecer relaciones comerciales con los consumidores de otro u otros Estados miembros, entre los cuáles se encuentra el del domicilio del consumidor. Y a estos fines cabe atender, por el juez nacional, a una serie de indicios: el carácter internacional de la actividad, la descripción de itinerarios desde Estados miembros distintos al del vendedor, la utilización de una lengua o divisa distinta a las del Estado miembro del vendedor, la mención de números de teléfono con prefijo internacional.

STJUE 22 de diciembre de 2010. DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH v. Bundesrepublik Deutschland.—Petición de cuestión prejudicial. Kammergericht (Alemania). La cuestión se plantea a propósito de la interpretación del principio de efectividad con el fin de determinar si, en su aplicación, debe reconocerse el principio de justicia gratuita a las personas jurídicas. Según el TJUE, el principio de tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no excluye que pueda ser invocado por personas jurídicas y que la asistencia concedida en su aplicación incluya la dispensa del pago anticipado de la asistencia letrada y de las costas del procedimiento. Siendo ello así, corresponde a los tribunales nacionales valorar si las condiciones a las que se sujeta la asistencia jurídica gratuita constituyen o no una limitación del derecho de acceso a los tribunales que pueda afectar, perjudicándola, a la propia esencia del derecho. A efectos de aquella valoración, el juez nacional debe tener en cuenta el objeto del litigio, la posibilidad razonable de que el demandante gane el pleito, la importancia que tiene para éste el proceso, la complejidad jurídica del asunto y del procedimiento. Debe considerarse también el importe de las costas del procedimiento que deba anticiparse y si éstas pueden representar o no un obstáculo insuperable al acceso a la justicia. Si se trata de una persona jurídica, otros parámetros serían el que tenga o no ánimo de lucro, sus recursos económicos o la posibilidad de obtenerlos.

STJUE 17 de febrero de 2011. Artur Werynski v. Mediatel 4B spółkaz o. o.—Petición de decisión prejudicial. Sad Rejonowy dla Warszawy Śródmieszcia (Polonia). Interpretación del Reglamento n.º 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. Se pregunta si el órgano jurisdiccional requerido puede exigir al requirente un adelanto de la indemnización a satisfacer a un testigo o su reembolso o si, por el contrario, debe cubrir esta indemnización con sus propios recursos. El Reglamento, en su artículo 14, contempla parte de la cuestión a propósito de la prueba pericial. En concreto, la falta de provi-

sión de fondos por el órgano requirente se incluye en la relación de posibles motivos de denegación de la solicitud de cooperación. Entiende el TJUE que el precepto no permite una interpretación extensiva, ni a los efectos de equiparar en este particular la prueba de peritos con la de testigos, ni a los de reconocer al órgano requerido otros motivos de denegación más allá de los previstos en el artículo 14. A propósito de la posibilidad de solicitar al requirente el abono de la indemnización ya satisfecha, el TJUE parte de su calificación como «gastos» a los efectos de valorar la aplicación al caso del artículo 18 que, al tiempo que incorpora a la regla general de no reembolso de tasas y gastos, contempla algunas excepciones. Entre ellas, no se encuentran las indemnizaciones abonadas a testigos.

STJUE 15 de marzo de 2011. Heiko Koelzsch v. État du Grand-Duché de Luxembourg.—Petición de decisión prejudicial. Cour d'appel de Luxembourg. Interpretación del artículo 6, apartado 2, letra *a*) del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales o, también llamado, Convenio de Roma. A su amparo, el contrato de trabajo se rige por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo o, para el caso de no trabajar habitualmente en el mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador. Se pregunta, para el caso de que el trabajador lleve a cabo su prestación laboral en varios países, regresando siempre sistemáticamente a uno, si ha de considerarse que es en este último país donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo. El TJUE anticipa que la interpretación del precepto debe hacerse considerando los objetivos del Convenio; en especial, tratándose de criterios de vinculación específicos, se busca proteger a la parte que debe considerarse social y económicamente más débil. Desde esta perspectiva, entiende el TJUE que el segundo de los criterios sólo debe regir en aquellos supuestos en que órgano jurisdiccional no pueda determinar en qué país se realiza habitualmente el trabajo. Esto último se refiere al lugar en el cual o a partir del cual el trabajador desempeña efectivamente su actividad profesional y, a falta de centro de actividad, al lugar en el que éste realice la mayor parte de su trabajo. Tratándose de un trabajo que se desarrolla en el sector del transporte internacional, a fin de identificar aquel lugar el órgano jurisdiccional deberá considerar el Estado en que se encuentre el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus rutas de transporte, recibe instrucciones, organiza su trabajo y se encuentran sus herramientas. También cabe atender a los lugares entre los que se efectúa normalmente el transporte.

STJUE 17 de marzo de 2011. Manuel Carvalho Ferreira Santos v. Companhia Europeia de Seguros, S.A.—Petición de decisión prejudicial. Tribunal da Relação do Porto (Portugal). La cuestión se suscita a partir de las Directivas que, sucesivamente, han tratado de la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles; así del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 72/166, del Consejo, de 24 de abril de 1972 (Primera Directiva); artículo 2, apartado 1 de la Directiva 84/5, del Consejo, de 30 de diciembre de 1983 (Segunda Directiva) y del artículo 1 de la Directiva 90/232, del Consejo, de 14 de mayo de 1990. Se plantea si, a la luz de aquellos preceptos, se opone a ellos una normativa nacional que, en los supuestos en los que una colisión entre dos vehículos cause daños sin que pueda imputarse la culpa a los conductores, distribuya entre ellos la responsabilidad según hayan influi-

do en su producción y, para el caso de no poder determinarse el grado de contribución, la distribuya por igual entre ambos. El Tribunal recuerda que el artículo 3.1 de la Primera Directiva (después precisado y completado por la Segunda y Tercera Directiva) obliga a los Estados miembros a garantizar que la responsabilidad civil relativa a la circulación de los vehículos con estacionamiento habitual en su territorio esté cubierta por un seguro. Además, precisa los tipos de daños y los terceros perjudicados que deben quedar cubiertos por el seguro. Esta responsabilidad, sin embargo, es distinta de la responsabilidad civil del asegurado, acerca de la que no versan las Directivas y que se rige por el derecho nacional. De ahí que sea la responsabilidad civil aplicable según el derecho nacional (así, por culpa o por riesgo) la que debe quedar cubierta por un seguro conforme a las tres Directivas. Desde esta perspectiva, la norma nacional de la que trae causa la cuestión prejudicial se estima acorde con el derecho comunitario en la medida en que, al pretender repartir la responsabilidad cuando no pueda imputarse la culpa a los conductores, no excepciona ni contradice la necesaria cobertura de dicha responsabilidad por un seguro obligatorio.

STJUE 26 de mayo de 2011. Gebhard Stark v. D.A.S. Österreichische Allgemeine Rechtsschutzversicherung AG.—Petición de decisión prejudicial. Landesgericht Innsbruck (Austria). Interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 87/344/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica. En virtud de dicho precepto todo contrato de defensa jurídica deberá reconocer al asegurado libertad de elección cuando deba recurrirse a un abogado o a cualquier otra persona que posea las cualificaciones requeridas por la legislación nacional para defender, representar o servir sus intereses, en cualquier procedimiento judicial o administrativo. A su amparo se plantea si es conforme con el derecho comunitario una cláusula, amparada en la legislación nacional, por la que se limite aquella libertad de elección a los profesionales cuyo despacho esté situado en el lugar en el que tenga su sede el órgano jurisdiccional o administrativo competente para tramitar el procedimiento de primera instancia. El TJUE ratifica el alcance general y valor obligatorio de la libertad de elección prevista en el artículo 4, al tiempo que reconoce también que la Directiva 87/344 no pretende armonizar completamente al régimen aplicable a dichos contratos. A propósito de esto último, el TJUE constata que la Directiva no regula expresamente la cuestión relativa al alcance de la cobertura de los gastos relativos a la intervención de un representante. De ahí que, concluye, la libertad de elección del artículo 4 no implica que los Estados miembros estén obligados a imponer en cualquier circunstancia al asegurador la cobertura íntegra de los gastos en que se haya incurrido en la defensa del asegurado. Con todo, en virtud de este margen de actuación reconocido a los Estados, aquella libertad no puede quedar vacía de contenido. Esto último se daría en aquellos supuestos en que las limitaciones impuestas por la normativa nacional impedirían de hecho la libre elección por el asegurado de su representante. Corresponderá a los órganos jurisdiccionales nacionales verificar si aquellas limitaciones vulneran o no el derecho de la UE.

Jurisprudencia Nacional
(octubre 2010 - mayo 2011)

MIRIAM ANDERSON*

TRIBUNAL SUPREMO

Draft Common Frame of Reference (DCFR)

STS (Sala Civil) de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010\7450). Ponente: Encarnación Roca Trias. Solidaridad: responsabilidad de vendedor y fabricante. Una empresa compró unos aparatos acondicionadores que nunca funcionaron adecuadamente. La empresa compradora reclamó oportunamente a la vendedora y, con posterioridad, firmó un contrato de transacción con la fabricante de los aparatos, concretando la garantía. Visto que los acondicionadores siguieron sin funcionar, la compradora interpuso demanda solicitando que se declarasen resueltos los contratos de compraventa y de transacción y que se condenase solidariamente a la vendedora y a la fabricante a indemnizarla por los daños y perjuicios sufridos, como así ocurrió en apelación. En el FJ 3.º, el TS analiza la posible vulneración del art. 1137 CC alegada por la vendedora, que no fue parte en el referido contrato de transacción: «[E]l problema principal que se plantea reside en la responsabilidad del vendedor intermediario ante los defectos de la cosa vendida, porque el contrato de compraventa se ha concluido con el suministrador, ACENSA, quien responde frente al comprador de los defectos que tenga la cosa vendida por efecto del contrato, sin perjuicio de las acciones de reembolso que pudiera ostentar frente al fabricante de los productos defectuosos. El principio de no presunción de solidaridad ha sido reinterpretado por esta Sala en el sentido de admitirla cuando, no siendo expresa, «existe comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones» e «interna conexión entre ellas» [STS de 2 marzo 1981 (RJ 1981, 879)]; completando lo anterior, la sentencia de 15 marzo 1982 (RJ 1982, 1379) dice que existe solidaridad cuando se produce «unidad de fin de las prestaciones», cosa que ocurre siempre que estén destinadas en común a satisfacer la necesidad del acreedor. Esta doctrina ha sido aplicada por las sentencias más recientes de 27 julio 2000 (RJ 2000, 9179), 19 abril 2001 (RJ 2001, 6884) y 31 octubre 2005 (RJ 2005, 7351), entre otras. Además, el art. III.-4:103 DCFR (*Draft Common Frame of Reference*, 2009) dice que si los términos de la obligación no establecen la forma en que los deudores se obligan, la responsabilidad de dos o más en el cumplimiento de la misma obligación es solidaria (trad. propia). En aplicación de la doctrina expuesta, debe confirmarse la sentencia recurrida que estima la demanda en el sentido de condenar solidariamente al vendedor y al fabricante de los aparatos acondicionadores, porque existe una íntima conexión entre sus obligaciones y porque aunque la fuente no es exactamente la misma, la finalidad de la responsabilidad frente al adquirente sí lo es,

* Profesora agregada de Derecho civil, Universitat de Barcelona.

proporcionándose así una mayor garantía al acreedor-comprador quien, además, les ha demandado conjuntamente.»

Interpretación conforme y *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)

STS (Sala Civil) de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010\7448). Ponente: Francisco Marín Castán. Contrato de agencia: compensación por clientela. Se plantea la posible nulidad de una cláusula contractual en la que se fija la indemnización correspondiente al agente en caso de extinción de la relación. Por parte del agente, se sostiene que la cláusula es nula por contravenir el carácter imperativo de las disposiciones sobre el contrato de agencia (en concreto, el art. 28 de la Ley 12/1992), establecido en el art. 3.1 de su ley reguladora, si éste se interpreta de conformidad con la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, cuyo art. 19 dispone que: «Las partes no podrán pactar, antes del vencimiento del contrato, condiciones distintas de las establecidas en los artículos 17 y 18 en perjuicio del agente comercial.» Estos últimos artículos regulan la indemnización por clientela y por perjuicio. En el caso enjuiciado, el agente había ya recibido compensación en aplicación de la cláusula contractual, pero reclama que los tribunales fijen el importe correspondiente a la indemnización por clientela aplicando en sus propios términos el art. 28 de la Ley 12/1992. En primera instancia, se desestimó totalmente la demanda, por entender que la Directiva sólo tiene efecto directo entre particulares «a través de la norma estatal de transposición» y que la cláusula litigiosa no contraviene los arts. 3.1 y 28 de la Ley. El recurso de apelación fue desestimado, por entender también que las Directivas comunitarias no son invocables frente a un particular ni crean por sí solas obligaciones a cargo de los particulares; tampoco se estimó vulnerado el art. 19 de la Directiva y no se consideró de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo recaída en casos en que el agente había renunciado anticipadamente a toda indemnización por clientela. En su FJ 5.º, el Alto Tribunal explica los argumentos por los cuales considera nula la cláusula litigiosa: «1.ª La finalidad de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, es, como resulta de su propio título, la “coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes”, con especial atención, entre otras cuestiones, al “nivel de protección de los agentes comerciales en sus relaciones con sus poderdantes”, según declara su segundo Considerando. 2.ª Entre los derechos reconocidos por dicha Directiva al agente destacan los contemplados en su art. 17 para cuando el contrato termine (apdo. 1), siendo uno de ellos el de ser indemnizado con las condiciones y en los términos establecidos en su apdo. 2, regulador de la denominada indemnización o compensación por clientela. 3.ª La especial relevancia de este derecho a compensación por clientela como manifestación de ese “nivel de protección de los agentes comerciales en sus relaciones con sus poderdantes” se confirma en el art. 19 de la Directiva mediante una norma cuya fórmula es inequívocamente prohibitiva: “Las partes no podrán pactar, antes del vencimiento del contrato, condiciones distintas de las establecidas en los artículos 17 y 18 en perjuicio del agente comercial”. 4.ª Aunque ningún artículo de la LCA española contenga esa misma fórmula prohibitiva o una similar, lo cierto es que su art. 3.1 sí establece el carácter imperativo de sus preceptos “a no ser que en ellos se

disponga otra cosa". 5.^a Con base precisamente en tal carácter imperativo la jurisprudencia de esta Sala ha considerado nulos los pactos contractuales de renuncia previa a la indemnización o compensación por clientela (SSTS 27-1-03 y 7-4-03). 6.^a Cabe sostener, por tanto, que aun cuando la LCA española no contenga una transposición más o menos literal del art. 19 de la Directiva, sin embargo su contenido esencial de norma prohibitiva sí se ha transpuesto, mediante una fórmula imperativa, en su art. 3.1, de modo que la aplicación del "principio de interpretación conforme" [por todas STJUE 5-10-2004 en asuntos acumulados C-397/2001 a C-403/2001 y SSTS 2-6-00 (RJ 2000, 5092) y 27-3-09 (RJ 2009, 3288)] que impone resolver las dudas interpretativas de una norma nacional del modo más acorde con el Derecho de la Unión, permite superar la polémica sobre el efecto de las Directivas entre particulares, suscitada en las instancias del presente litigio y mantenida ante esta Sala por la parte demandada-recurrida en su escrito de oposición al recurso, y concluir que en el art. 3.1 LCA se encuentra implícita la prohibición de pactos anticipados contenida en el art. 19 de la Directiva. 7.^a A esta conclusión, que parece difícilmente rebatible representándose casos en los que se hubiera convenido por adelantado una cantidad tan alejada del máximo previsto en el art. 28 LCA que bien pudiera considerarse ridícula, podría objetarse que, representándose otros casos, como por ejemplo aquel en que se reconociera al agente un 95% de ese máximo, el requisito de la prohibición consistente en que las condiciones pactadas vayan "en perjuicio del agente" podría no cumplirse e incluso quedaría totalmente descartado al reconocerse al agente una cantidad prácticamente equivalente a la máxima legal, dispensándole además de tener que alegar y probar en pleito los requisitos de la compensación por clientela. Sin embargo esta objeción se supera, de un lado, por la realidad normativa, ya señalada, de que el art. 19 de la Directiva afecta "al nivel de protección de los agentes comerciales en sus relaciones con sus poderdantes"; y de otro, por la experiencia de que normalmente son los empresarios quienes determinan el contenido contractual de las relaciones con sus agentes y éstos suelen aceptarlas, en casos como el aquí enjuiciado, para continuar su relación con la empresa mediante sucesivos contratos de duración determinada, experiencia que a su vez puede considerarse como justificación de la norma prohibitiva contenida en el art. 19 de la Directiva y del carácter imperativo establecido en el art. 3.1 LCA. 8.^a Interpretado así este art. 3.1, el carácter imperativo del máximo previsto en el apdo. 3 del art. 28 de la propia LCA, expresado mediante la fórmula prohibitiva "La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, ...", sólo regirá para el Juez en caso de conflicto entre agente y empresario tras extinguirse el contrato de agencia, pero no para las partes, ni después de la extinción del contrato ni antes, porque el art. 19 de la Directiva, y por tanto también el art. 3.1. LCA, sí permite los pactos anticipados que no sean en perjuicio del agente comercial, y no será perjudicial ningún pacto que reconozca al agente un derecho a ser indemnizado por clientela en una cantidad superior a dicho máximo. 9.^a La prohibición alcanza, por tanto, a cualquier pacto anticipado que limite el derecho del agente a obtener, una vez terminado el contrato y en caso de conflicto con su empresario, una indemnización que alcance la cuantía prevista en el art. 28 LCA o, dicho de otra forma, que excluya por adelantado el juicio de procedencia equitativa previsto en dicho artículo. 10.^a Esta interpretación se refuerza si se considera que el artículo IV.D-3 :312(4) de los trabajos conocidos como *Draft Common Frame of Reference*, orientados a un Derecho común europeo en materia de contratos, tras reproducir la Directiva

86/653/CEE propone el siguiente texto para regular la indemnización por clientela: “En cualquier caso, la indemnización no puede exceder de la remuneración de un año, calculada de acuerdo con el porcentaje anual del agente comercial en los cinco años precedentes, o bien, si la relación ha durado menos de cinco años, de acuerdo con el porcentaje del periodo en cuestión... Las partes no pueden, en perjuicio del agente comercial, excluir la aplicación de esta norma o derogarla o variar sus efectos”. 11.^a Así las cosas, la cláusula litigiosa debe considerarse nula, en aplicación del art. 6.3 CC [...]». A continuación, en el FJ 7.º, el Tribunal Supremo concede al agente la compensación solicitada, que asciende al máximo previsto en el art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia, con deducción de lo ya percibido.

Principios de Derecho europeo de los contratos (PECL)

STS (Sala Civil) de 5 de octubre de 2010 (RJ 2010\8008). Ponente: Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Cláusula penal: posibilidad de moderación por los tribunales. Aunque en el caso enjuiciado se estima que no procede hacer uso de esta facultad, el Tribunal considera que actualmente existe la tendencia a permitir que se modere la pena pactada incluso cuando se haya estipulado lo contrario (FJ 4.º): «6) Es cierto que, a diferencia de lo previsto en el primer párrafo de la Ley 518 del Fuero Nuevo de Navarra, que dispone que “La estipulación de pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de una prestación lícita obliga al promitente, y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial”, la tendencia doctrinal que aflora en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones, elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero del 2009, apunta a la posibilidad de moderación de las cláusulas penales incluso en supuestos en que se estipuló con carácter “inmoderado”: “El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido”, y también apunta en este sentido el apartado 2 del artículo 9:509 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando: “Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias” [...]».

STS (Sala Civil) de 10 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1304). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Interpretación de los contratos. A la hora de decidir sobre el sentido que debe darse a las cláusulas incluidas en un contrato de compraventa de inmuebles que condicionan el pago del arbitrio de plusvalía por parte del vendedor a que los solares se destinen a la construcción de viviendas de protección oficial (comprometiéndose la compradora a pagar la diferencia, caso de que se construyesen viviendas en régimen libre), el TS entiende que (FJ 1.º): «A diferencia de aquellos sistemas como el portugués, en los que la interpretación del contrato tiene por finalidad descubrir el significado que un destinatario razonable atribuiría a la declaración negocial, en el nuestro, en el que el concepto de contrato se construye sobre la base de lo consentido por las partes, de forma idéntica a la prevista en el artículo 1156 del Código de Napoleón y en el 1362 del Código Civil italiano, como tenemos

declarado en la sentencia 371/2010, de 4 de junio de 2010 (RJ 2010\2669): tiene por finalidad investigar la verdadera intención de las partes, finalidad esta que coincide con la que le atribuye el número 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho europeo de los contratos, y el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborada por la Comisión de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia en enero de 2009.» La referencia a los PECL y a los trabajos de la Comisión de Codificación reiteran las que ya hiciera el mismo ponente en sentencias de 4 y 9 de junio de 2010, recogidas en la *Crónica* anterior a ésta. En sentido prácticamente idéntico, puede verse el FJ 2.º de la STS (Sala Civil) de 17 de marzo de 2011 (JUR 2011\175047), de la que también fue ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)

STS (Sala Civil) de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1310). Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Accidente de tráfico: indemnización por gastos médicos futuros. La Audiencia había desestimado la pretensión indemnizatoria en concepto de gastos médicos futuros, apoyándose en la imposibilidad de resarcir íntegramente ciertos daños salvo en caso de culpa relevante del conductor, doctrina ésta que el TS modificó en Pleno por medio de la S. de 25 de marzo de 2010 (RJ 2010\1987), seguida por la STS de 20 de marzo de 2010 (RJ 2010\2536). Pero la Sala sigue afirmando (FJ 7.ª) que: «[S]in necesidad de acudir a la doctrina sobre el lucro, existen razones que también apoyan la estimación de la pretensión de resarcimiento de los gastos reclamados, al margen del momento en que el perjudicado deba satisfacerlos, y por tanto, aun cuando se trate de gastos que hayan de abonarse después de alcanzarse la sanidad, una vez que no se ha puesto en duda lo esencial: su nexo causal con el siniestro. Así, resulta determinante a la hora de estimar este motivo que según el criterio o regla sexta del apartado Primero del Anexo, en redacción vigente a fecha en que sucedieron los hechos (la fecha del siniestro determina el régimen legal aplicable), los gastos de asistencia médica y hospitalaria se han de satisfacer en todo caso, además, esto es, con independencia, de la indemnización que con arreglo a las tablas proceda conceder por el resto de conceptos indemnizatorios (muerte, lesiones permanentes, determinantes o no de invalidez e incapacidades temporales, regla 5.ª del mismo apartado Primero), siendo también relevante que la regla 7.ª señale que la indemnización de los daños psicofísicos ha de entenderse “en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud”. Por su parte, los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil consideran daño patrimonial resarcible toda disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso y, al referirse a la indemnización del dicho daño corporal, establecen (art. 10:202) que dicho daño patrimonial incluye «la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica». *Este marco normativo* ampara la posibilidad de indemnizar como perjuicio patrimonial los gastos sanitarios que traigan causa del accidente, entendidos en sentido amplio, ya se trate de gastos derivados de actos médicos curativos, paliativos del dolor, de rehabilitación, etc.; bien estén encaminados al restablecimiento del derecho a la salud

o al menos, dirigidos a asegurar a la víctima un mínimo de calidad de vida en atención a la pérdida de salud que conlleva el menoscabo psicofísico sufrido.» (La cursiva es nuestra.)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

En el número anterior de esta *Crónica*, dábamos noticia de numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales que, al recoger las argumentaciones del TS sobre determinadas materias, incluían también en sus fundamentos de derecho referencias a textos como los PECL, los PETL o el DCFR. Además de los múltiples casos en que se sigue citando la doctrina del TS sobre lo que deba entenderse como incumplimiento esencial a los efectos de la resolución contractual, en esta ocasión destacamos dos sentencias relativas a supuestos distintos. Por un lado, la SAP Pontevedra (Sección 6.^a) de 21 de diciembre de 2010 (AC 2011\28), ponente: Miguel Melero Tejerina, mantiene la responsabilidad solidaria de mayorista y minorista frente al adquirente de un viaje combinado al amparo de la Ley 21/1995 y lo hace recogiendo lo establecido por el TS en S. de 20 de enero de 2010 (RJ 2010\158), en la cual se acudía como un argumento más a favor de la solidaridad al art. III-4:103 (2) DCFR, que se inclina por este régimen de responsabilidad, especialmente cuando dos o más deudores sean responsables por el mismo daño. Por otro lado, la SAP de Pontevedra (Sección 1.^a) de 19 de enero de 2011 (JUR 2011\104218), ponente: Jacinto José Pérez Benítez, cita lo establecido en la aquí reseñada STS (Sala Civil) de 8 de octubre de 2010 (RJ 2010\7448), en cuanto a la indemnización por clientela correspondiente al agente. Aunque sea por vía de referencia, los textos europeos están llegando a las Audiencias.

Libros sobre Derecho Privado Europeo. Recensiones

AJANI, Gianmaria - ANDERSON, Miriam - ARROYO AMAYUELAS, Esther - PASA, Barbara: *Sistemas Jurídicos Comparados. Lecciones y materiales*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2010. 446 pp. ISBN: 978-84-475-3475-3.

En este texto, el autor de la obra original y los autores que han participado en la versión española describen los sistemas jurídicos presentados según un enfoque comparativo. El carácter de la obra se encuentra condicionado por sus destinatarios: un público que, sin poseer nociones jurídico-comparativas, puede comprender la terminología jurídica y el razonamiento jurídico. En otras palabras: esta obra es un manual para los estudiantes de las facultades de derecho que quieren prepararse para el examen de derecho comparado. Los autores han presentado los ordenamientos y los han comparado.

Para hacer esto, han elegido una de entre las muchas estrategias posibles. Podían haberse centrado en las normas: Francia es una república, Suecia es un reino; en Irán la poligamia es legal, en Rusia, está prohibida. Podían haberse basado en los caracteres generales y relevantes de los ordenamientos; y, en este caso, haberse preguntado cuáles eran los caracteres más relevantes. Hoy en día muchos juristas dan centralidad, en los ordenamientos, a la Constitución, que recoge los grandes derechos de los ciudadanos y distribuye los poderes entre los órganos estratégicos del Estado; sin embargo, puede pasar que un país copie la Constitución de otro, caracterizado por una tradición jurídica diferente e incluso opuesta (las ex colonias africanas han copiado las constituciones de los países europeos que los habían dominado) y la nueva Constitución no hace idénticos los dos ordenamientos.

Llegados a este punto, veamos cuál ha sido la opción tomada en esta obra. Hace medio siglo, René David enseñó a los comparatistas (y a los juristas en general) que existen caracteres propios de cada ordenamiento, no elegidos por los legisladores por medio de un acto voluntario, arbitrario e instantáneo, sino que han sido creados poco a poco, a través de la historia y los comportamientos de hecho de los operadores del derecho.

Intentemos aclararnos. En algunos países el parlamento considera parte de su función reducir a ley escrita todo el derecho vigente; en otros (por ejemplo, Inglaterra) esto no se produce y no se considera necesario. Sólo en unos países, y no en otros, existen reglas precisas (no adoptadas por el parlamento ni por otra autoridad) relativas al valor de los precedentes. Y, aún más importante, puede variar la relación entre la enseñanza universitaria y la práctica del juez; en unos países (por ejemplo, Alemania) el juez adecua sus decisiones a la enseñanza de la doctrina; en otros (Inglaterra, Francia) la doctrina construye sus propias enseñanzas sobre la base de las prácticas judiciales. El análisis de los datos que caracterizan los distintos sistemas ha empezado a construir una nueva rama de la comparación que ha sido definida con el neologismo «sistemología».

Hoy en día, el jurista pone la sistemología en la base de la comparación de los sistemas jurídicos; y es así como se hace esta obra. Para tratar el tema en clave sistemológica se requiere preparación y competencia y hay que reconocerle a los autores un alto grado de ambas. La obra en examen es una obra de última generación, donde la riqueza y la precisión del análisis alcanzan el nivel más elevado.

Como hemos dicho, la obra presenta los sistemas a través de sus caracteres esenciales. Sin embargo, hay dos maneras de expresar científicamente un conjunto de datos. El autor puede recoger (después de haberlos examinado críticamente) todos los resultados que ha encontrado en la sabiduría de los demás o ha descubierto personalmente, y describir los datos científicos que el lector busca en la obra. Por el contrario, puede conducir a su lector por el fascinante mundo de los investigadores que se han sucedido en el tiempo, mostrándole los avances de cada uno de ellos y mencionándole las grandes obras científicas, que integran la ya abundante biblioteca del sistemólogo.

La obra en examen no es una obra de historia del pensamiento, ni describe los grandes problemas que hoy en día son objeto de discusión entre los comparatistas. Las obras de P. Legrand intentan demostrar que la comparación es imposible y sus resultados son meras ilusiones; Markesinis pide al comparatista que se limite a recoger, en la jurisprudencia extranjera, los argumentos que podrían ser empleados, y merecerían ser usados, por el juez del área de pertenencia del comparatista. Materiales de este tipo quedan descartados en el presente volumen; y es correcto que sea así, porque el volumen se califica como una obra de sistemología, en la que quedan excluidos los tratados de metodología, que el estudioso, si está interesado, se encargará de buscar en las obras de introducción al derecho comparado.

La obra en examen tampoco trata de la historia de la sistemología. Aporta reseñas doctrinales en función de problemas concretos (por ejemplo, la división de los ordenamientos en familias), y entonces menciona, además de a R. David, Zweigert y Kotz, a L.J. Constantinesco y a U. Mattei. Sin embargo, no dibuja un cuadro en que se mencionen los nombres, o algo más que los nombres, de los sistemólogos americanos (R. Schlesinger y los otros), ingleses (Markesinis y los otros), alemanes (empezando por Zweigert y Kotz), franceses (entre los cuales David y Legeais), holandeses (por ejemplo Hesselink), y los numerosos italianos (Sacco y Gambaro, P. Gallo, Losano, Guarneri, Varano y Barsotti, Pizzorusso, De Vergottini, Alpa, Lupoi, Negri, Annunziata, Diurni, etc.). La obra, en otras palabras, se centra en los datos sistemológicos y no quiere extenderse con noticias sobre la bibliografía y sus acontecimientos.

Decir que la obra atiende a los datos no debe llevar a malentendidos. En este caso los datos no son tratados como un mero elenco de los caracteres sistemológicos de los ordenamientos considerados, y ya está.

Aclaremoslo. Los que titulen su propia obra «Sistemas jurídicos comparados» pueden llevar a cabo dos operaciones. En primer lugar, pueden exponer uno a uno, o por grupos, los caracteres de cada sistema, de modo autorreferencial, como si cada ordenamiento fuese único en el mundo, del mismo modo como solemos enseñar una lengua viva o muerta, y como ilustramos, en nuestras facultades, el derecho de nuestro país. Sin embargo, el autor puede tener mayores ambiciones, y examinar los diversos sistemas confrontándolos el uno con el otro, y también subrayar, a través de la medición comparativa, la intensidad mayor o menor con que se presenta un determinado

carácter común a todos los ordenamientos, pero que es más marcado en algunos de ellos.

Naturalmente, la comparación implicará alguna noticia histórica, alguna referencia diacrónica. Si se habla del derecho de los Estados Unidos, no se puede ignorar su relación histórica con el derecho inglés. Y –lo que es más notable– la comparación comportará que se preste atención a la circulación de los modelos y a las convergencias de las soluciones, que es tan frecuente en las enseñanzas de los últimos tiempos.

La obra tiene la finalidad de transmitir la sabiduría relativa a los sistemas jurídicos. ¿Cómo son formulados, cómo son explicados los datos en cuestión? Justamente en este punto, el tratado nos muestra los elementos esenciales de su fisonomía.

La obra no pretende demostrar determinados aspectos recurriendo a razonamientos complejos y difíciles. No quiere extenderse describiendo docutamente acontecimientos históricos sucedidos y concluidos hace siglos (excepto los acontecimientos que son todavía visibles y parte integrante del presente). No quiere ostentar la interdisciplinariedad que caracteriza la sabiduría de los autores. Incluso en el título de la obra se mencionan los materiales. Y se dirige al lector a través de estos materiales.

Estos materiales son: textos de leyes, constitucionales u ordinarias, writs, convenios internacionales; índices de las materias de los códigos (francés, español, austríaco, alemán, suizo); documentos judiciales de parte y, sobre todo, opiniones de los jueces y sentencias de los tribunales; cuadros sinópticos de gran ayuda para la memoria; textos relevantes de autores (elegidos por su claridad y eficacia), que en su conjunto sugieren una antología; en varios puntos, una ley seguida por las máximas formuladas por las sentencias que la han interpretado.

A través de este escaparate se destacan algunos gloriosos juristas del pasado, como Muratori, Savigny o Gorla; y se recupera la historia a partir de los writs hasta el Bill of Rights y las opiniones de los protagonistas de la Revolución francesa, además de reseñas de grandes pensadores e intérpretes del derecho especialmente agudos.

Sistemas comparados. ¿Qué sistemas? La elección de los autores ha sido claramente selectiva limitándose al mundo occidental y especialmente a Inglaterra, América, Francia y los Países Germánicos con alguna referencia a Italia y España. No es difícil reconstruir el criterio que ha guiado la elección; los tres grandes modelos que llevan más de dos siglos dominando la escena son el francés, el inglés (después angloamericano) y el alemán. Y el lector de la obra, el estudiante, está esencialmente interesado en estos modelos dominantes. Si los autores distribuyeran su tiempo entre un número más amplio de sistemas, el estudio sería necesariamente más sumario y, por lo tanto, superficial.

Limitarse a los sistemas predominantes ha sido claramente, para los autores, un acto de humildad: un acto costoso. Las especialidades de los autores son o han sido, además de la tradición jurídica occidental, los Países socialistas, el Extremo Oriente, el Este europeo postsocialista. Claramente, la perspectiva de analizar todos los sistemas del mundo no podía dejar de seducir. Pero se ha ajustado al objetivo que se habían prefijado; proporcionar un texto claro, limpio y no demasiado largo dirigido al estudiante que por primera vez se proponga salir de su propio sistema y conocer esos sistemas que no pueden ser ignorados. Los autores han ofrecido al lector un escaparate cons-

truido con sabiduría. ¿Y qué gafas han proporcionado al lector para ver bien este escaparate?

Aquí nos enfrentamos a otro carácter, sumamente positivo, del volumen que reseñamos.

Ya hemos dicho que la obra no se limita a yuxtaponer los sistemas, sino que los compara. Además proporciona al lector instrumentos comparativos nuevos y sofisticados: el análisis de los formantes, la relevación de los criptótipos. Evita, como siempre, el discurso complicado. Con palabras sencillas, la obra expone los hechos, y después aplica, a la vista del lector, el método descrito. Pone el texto de ley al lado del ensayo del autor, subraya las incertidumbres del juez, los argumentos para él más relevantes y los que, por el contrario, merecen ser refutados.

La identidad del libro se puede definir en pocas palabras. Esta obra de alto valor científico ha sido escrita y presentada de forma brillante y sencilla y es capaz de acompañar a un estudiante inexperto en el conocimiento comparado de los datos esenciales de los sistemas jurídicos más notables del mundo actual.

Rodolfo SACCO
Università degli Studi di Torino

AKKERMANS, Bram: *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Ius Commune Europaeum Series, N.º 75, Intersentia, Antwerp – Portland, 2008, 657 pp. ISBN: 978-90-5095-824-0

La obra supone una novedad relevante en la armonización del Derecho privado europeo. En este ámbito, la política de la Comisión Europea se ha centrado desde el año 2003 en lograr un Derecho contractual europeo que presentase un alto grado de coherencia (2003/C 63/01). Desde este prisma, el Derecho contractual se configuraba como la base de un futuro Código Civil Europeo. El resultado final de esta política vio la luz en 2008 bajo el nombre de *Common Frame of Reference*, que excluye expresamente de su aplicación a la propiedad y a los derechos reales sobre bienes inmuebles (*Book I*, art. I: 101), si bien recoge instituciones del derecho de propiedad como el *trust* y los derechos reales de garantía sobre bienes muebles. Estas instituciones han quedado excluidas por el grupo de expertos nombrado por la Comisión Europea que ha seleccionado aquellas materias de este marco que eran relevantes para una posible armonización (*vid.* <http://ec.europa.eu>). Desde otra perspectiva, la doctrina ha centrado su estudio principalmente en el derecho contractual.

En este contexto político y doctrinal puede apreciarse el valor de la presente obra, que centra su estudio en el derecho de propiedad y, en particular, en el principio de *numerus clausus* de los derechos reales, esencial para el entendimiento del derecho de propiedad en cualquier ordenamiento jurídico. Para llevar a cabo esta tarea, el autor deja clara desde un inicio la metodología de su trabajo: el método histórico-comparativista. En otras palabras, no es posible plantearse una futura armonización del derecho de propiedad sin conocer el pasado de esta institución en los diversos Estados miembros. Debido a que un análisis omnicompreensivo conllevaría el estudio de todos los ordenamientos de la Unión Europea, el autor centra su estudio en los más representativos: el francés, el alemán y el holandés como representantes de los sistemas de derecho civil (*civil law*); y el inglés como máximo represen-

tante del sistema anglo-americano (*common law*). Sin embargo, el autor siempre tiene presente el derecho sudafricano, calificado como un sistema mixto a caballo entre ambas tradiciones jurídicas.

La obra se estructura en un total de ocho capítulos, dividida en tres partes claramente diferenciadas:

a) En la primera parte podemos incluir el Capítulo 1.º, que introduce al lector en las cuestiones básicas del derecho de propiedad, como la distinción entre los derechos reales y personales, presente en mayor o menor medida tanto en los ordenamientos del *civil law* como del *common law*, el principio *numerus clausus* y las cuestiones metodológicas y terminológicas de la obra.

b) La segunda parte transcurre de los Capítulos 2.º a 7.º, que constituyen el apartado más histórico de la obra. En el Capítulo 2.º se analiza la evolución del derecho de propiedad desde el Derecho romano, pasando por el *ius commune* y finalizando en la Revolución Francesa. El autor aborda la existencia o no del principio *numerus clausus* en cada una de estas etapas. Los Capítulos 3.º a 6.º analizan el derecho propio de cada ordenamiento citado desde la misma perspectiva: una pequeña introducción histórica, un análisis del derecho de propiedad así como de los derechos que lo limitan o recaen sobre éste, y finalmente la determinación de la vigencia del principio *numerus clausus* en cada uno de ellos con especial énfasis en sus propias peculiaridades (por ejemplo, el rol de la equidad en Derecho inglés o el controvertido carácter real de algunos derechos en algunos casos, como por ejemplo el derecho de retención en el Derecho francés).

c) La tercera y última parte la conforman los Capítulos 7.º y 8.º, que suponen la parte comparativista del trabajo en la que se toma como base la parte histórica anterior. El primero define el alcance del principio *numerus clausus*, su formulación en los ordenamientos objeto de estudio y las teorías formuladas al respecto. El último capítulo propone un modelo de *numerus clausus* a modo de conclusión.

Por lo tanto, la obra destaca fundamentalmente en dos aspectos esenciales:

En primer lugar, no rehúye tratar en ningún momento las cuestiones fundamentales que afectan a una posible armonización del derecho de propiedad en el Derecho privado europeo, siempre bajo una óptica histórica y comparativista. El autor teoriza con buen acierto la separación entre el derecho de propiedad y el derecho de obligaciones, cuestión indispensable para el funcionamiento de un sistema de *numerus clausus*. Sobre estas bases, configura el derecho de propiedad como un *primary* o *mother right* y el resto de derechos reales como *lesser* o *daughter rights*. Consciente de los problemas terminológicos entre el *civil law* y el *common law*, el autor acoge una concepción neutra del derecho primario como aquel que otorga a su titular el mayor haz de facultades sobre una cosa. De esta forma, los posibles *lesser rights* se estructuran en base a él. Por último, establece las condiciones para la creación de un derecho real tomando como base el modelo sudafricano. El autor utiliza el denominado *Access Test*, es decir, un derecho tendrá un carácter real si cumple un triple criterio: uno objetivo (por ejemplo, si la cosa es susceptible de ser objeto de un *lesser right*); uno subjetivo (por ejemplo, si las partes tienen la intención de crear un derecho real y vincular a terceras personas); y, por último, si el derecho en cuestión puede encuadrarse en alguna de las tres categorías de *property rights* preestablecidas (*lesser rights to use, for security* o *anticipatory rights*) o, por el contrario, si es conveniente la creación de

una nueva cuarta categoría. De esta manera, el autor no se posiciona a favor de una versión cerrada del principio *numerus clausus* con un listado inmutable de derechos reales disponibles *ab initio*, sino de un modelo flexible y abierto mediante un control *ex post* de la creación de nuevos derechos reales por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, siempre y cuando se den los condicionantes exigidos en el *Access Test*.

En segundo lugar, la estructura formal de la obra en capítulos y epígrafes es lógica y bien definida, lo que unido a la claridad del redactado permiten la lectura de la obra con total fluidez y sin temor a que lector pierda el hilo de la cuestión objeto de estudio. Al final de la obra se adjunta la extensa bibliografía utilizada sobre esta materia, lo que demuestra que las conclusiones finales del autor vienen precedidas de un profundo análisis previo.

En definitiva, nos encontramos ante una obra de referencia en el ámbito del derecho de propiedad en la Unión Europea y que puede ser un punto de partida interesante para una armonización futura de esta materia.

Héctor SIMÓN MORENO
Universitat Rovira i Virgili

ANGERMANN, Juliane: *Die Verletzung vertragsschlussbezogener Informationspflichten des Europäischen Privatrechts. Unionsrechtliche Vorgaben und Sanktionierung fehlerhafter Informationserteilung nach nationalem Recht*, Nomos, Baden-Baden 2010, 303 pp. ISBN 978-3-8329-5570-0

BÖRGER, Andreas: *Sanktionen für die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten. Eine Untersuchung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben und deren Umsetzung in Deutschland, Frankreich und Großbritannien*, Sellier European Law Publishers, München 2010, 230 pp. ISBN 978-3-86653-899-3

1. A lo largo de los últimos veinticinco años, la Unión Europea ha ido imponiendo una multitud de deberes de información al empresario antes de concluir un contrato frente al consumidor o cliente. Sin embargo, las consecuencias de la infracción de tales deberes han sido reguladas, generalmente, de forma escasa y muy parcial. Son muchas las directivas que únicamente establecen la necesidad de que las sanciones sean «efectivas, proporcionadas y disuasorias». Dentro de esos límites parece que se trata, pues, de un tema que en todo caso corresponde regular a los Estados miembros. Con todo, a pesar de la indefinición del derecho comunitario, no hay que olvidar que, a partir del recurso a la doctrina del «efecto útil», el Tribunal de Justicia ha establecido qué remedios concretos son adecuados en determinados ámbitos.

2. Merecen especial atención, en este contexto, las dos tesis doctorales que ahora se recensionan. Ambos autores se plantean cuál es el papel del Derecho de la Unión Europea en esta materia, esto es, en la configuración de los remedios y consecuencias jurídicas de la infracción de los deberes de información. Ello exige una sistematización de tales deberes en el *acquis communautaire*. Börger se concentra esencialmente en 5 directivas (Dir. 85/577/CEE, sobre negocios fuera de establecimientos comerciales; Dir. 97/7/CE, sobre ventas a distancia; Dir. 2002/65/CE, sobre servicios financieros a distancia; Dir. 90/314/CEE, sobre viajes combinados; y la

(antigua) Dir. 94/47/CE, sobre *Timeshare*). Por el contrario, Angermann también toma en consideración la nueva Directiva sobre *Timeshare* (Dir. 2008/122/CE) y se refiere a muchas otras y, especialmente, la Dir. 2000/31/CE, sobre comercio electrónico; la Dir. 2008/48/CE, sobre crédito al consumo, así como la Dir. 2007/64/CE, sobre servicios de pago. Tanto Angermann como Börger se plantean a continuación cuáles son las exigencias que, en el Derecho primario y en el secundario, permiten configurar un sistema de remedios. Una vez determinado eso, ambos autores proceden a analizar de qué manera se sancionan los deberes de información precontractual en los Estados miembros. Angermann sólo se ocupa del Derecho alemán, mientras que Börger también toma en consideración la comparación con el Derecho francés e inglés. Tanto los Principles of the Existing EC Contract Law (ACQP) como el Draft Common Frame of Reference (DCFR) contemplan concretas sanciones para el caso de infracción de los deberes de información precontractuales (Art. 2:208 ACQP; Art. II.3:109 DCFR), pero ello no recibe mucha atención en ninguno de los dos libros. Lo mismo debe decirse en relación con la proyectada propuesta sobre derechos de los consumidores (COM 2008, 614).

3. Las diferencias entre ambos trabajos se aprecian, sobre todo, en la forma de efectuar la clasificación de los deberes de información precontractuales. Börger toma en consideración un enfoque funcional, esto es, teniendo en cuenta si tales deberes de información responden a un tipo de protección individual (*individualschützende Funktion*) o si más bien de lo que se trata es de procurar la transparencia del mercado interior (*marktordnungsrechtliche Funktion*). Tal distinción es importante porque es la que va a permitir distinguir entre distintas clases de sanciones. En el primer caso, las que corresponden son de carácter civil (e.g. remedios sobre falta conformidad, desistimiento, resolución e indemnización por daños). En el segundo, son más importantes los remedios colectivos (e.g. acciones de cesación), de derecho administrativo y, probablemente, también de derecho penal. Börger establece una clasificación cuatridimensional de los deberes de información: (i) Sobre la identidad del oferente, (ii) sobre la prestación (características del bien o servicio, el precio), (iii) sobre el sistema de reclamaciones y (iv) sobre el derecho de desistimiento. Cada grupo tiene una función distinta: Así, según Börger, la información sobre la identidad del oferente y el sistema de reclamaciones se dirige a la ordenación del mercado, mientras que la información sobre la prestación y el derecho a desistir tienen en consideración principalmente la protección individual del consumidor (cf. los cuadros referidos en pp. 99 y ss). Según esa clasificación, Börger trata separadamente todos esos remedios en el Derecho alemán, inglés y francés.

4. Angermann, por el contrario, parte de otras consideraciones. No concede tanta importancia a la diferencia entre la función de protección individual y colectiva (p. 125) y, por consiguiente, de ello no extrae ulteriores consecuencias. La autora considera, globalmente, que todos los deberes de información tratan de proteger los derechos individuales del consumidor, de forma que las sanciones eficaces en caso de infracción, a parte de las acciones colectivas, exigen en todo caso remedios individuales (p. 170). La autora no particulariza los distintos tipos de información precontractual, sino que analiza las consecuencias de la infracción del deber de proporcionarla y luego se plantea si las mismas aparecen reguladas en el Derecho de la Unión y en el Derecho alemán. Tal manera de proceder tiene una desventaja evidente: porque si, tal y como constatan ambos autores, se parte de la base de que las

directivas comunitarias no establecen, en general, ninguna sanción concreta y, además, es evidente que lo único que exigen es que tales sanciones en los Estados miembros sean efectivas, la conclusión es que la efectividad del sistema de remedios y sanciones nunca podría dar lugar a consecuencias homogéneas o uniformes. Por tanto, es mejor partir de una individualización de cada uno de los deberes de información y luego analizar cuáles son, en concreto, los remedios o sanciones que prevén los ordenamientos jurídicos nacionales, tal y como de forma ejemplar hace Börger, porque dado que éstos pueden ser de distinta naturaleza (individuales, colectivos, o de derecho público), sólo su análisis conjunto permite averiguar si la infracción del deber de información recibe una respuesta adecuada, según las previsiones establecidas en las directivas.

5. Ambos autores concluyen que del Derecho de la Unión europea no pueden deducirse más que algunas sanciones concretas. En el Derecho secundario, por ejemplo, la prórroga del derecho de desistimiento, si se omite determinada información contractual; o los remedios sobre falta de conformidad, si la que se proporciona es falsa. También la Directiva sobre acciones de cesación permite a las asociaciones de consumidores entablar una demanda en cualquiera de esos dos casos. Pero no van más allá. En particular, tanto Angermann como Börger rechazan la posibilidad de reclamar indemnización por infracción del derecho primario y omiten cualquier referencia a la jurisprudencia del TJCE, que no sólo la ha reconocido en litigios en los que se ventilaban cuestiones de derecho público (asunto C-6/90 & C-9/90 – *Franco-vich*, responsabilidad del Estado), sino también cuando el litigio versaba sobre cuestiones de Derecho privado (asunto C-453/99 – *Courage*, infracción del Derecho europeo de la competencia). Sobre la base de esta jurisprudencia, la doctrina ha llegado a plantearse si no podría deducirse directamente del Derecho de la Unión europea un «European Breach of Statutory Duty» (Gerrit Betlem, «Torts, A European *ius commune* and the Private Enforcement of Community Law», *Cambridge Law Journal*, 2005, 64, 126-148) o una «responsabilidad horizontal» (Norbert Reich, «Horizontal Liability in EC Law: Hybridization of Remedies for Compensation in Case of Breaches of EC Rights», *CMLRev.*, 2007, 705-742).

6. A partir del análisis del sistema nacional de sanciones, Angermann llega a la conclusión de que las previstas en el Derecho alemán cumplen con los requisitos mínimos establecidos en el Derecho de la Unión europea y, por tanto, que son «efectivas, proporcionales y disuasorias». Eso mismo concluye Börger, a pesar de constatar que son distintos los remedios previstos en los tres ordenamientos analizados: en Alemania, junto a las sanciones civiles, existen las acciones colectivas de las asociaciones de consumidores y competidores en el mercado; en Francia, por el contrario, además de las acciones colectivas, se recurre con frecuencia a la nulidad del contrato y, adicionalmente, se prevén sanciones penales y administrativas. En Gran Bretaña, son generalmente los funcionarios públicos los que se encargan de vigilar el cumplimiento de las disposiciones, esto es, las sanciones son administrativas.

7. Ningún autor analiza con mucho detalle si es deseable, posible y admisible desde el punto de vista competencial, una armonización europea en esta materia. Angermann opina que una regulación completa, por parte de la Unión europea, de los remedios aplicables, constituiría una invasión de la competencia de los Estados miembros y además entiende que un sistema unitario de sanciones no contribuiría mucho a la consecución del mercado interior. Tampoco Börger ve necesidad alguna de armonización y más bien se

muestra escéptico ante la propuesta de acción colectiva en las reclamaciones de consumo (cf. COM 2008, 794). Hubiera sido deseable profundizar en el debate de todas esas cuestiones. Ello no obstante, ambos libros ofrecen un buen estado de la cuestión sobre el sistema de remedios en los casos ya vistos y constituyen herramientas de trabajo imprescindible para el lector que quiera profundizar en estos temas.

Martin EBERS
Humboldt Universität zu Berlin

GHIDINI, Gustavo: «Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law», Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2010, 279 pp. ISBN 978 1 84720 970 2

No estamos ante una clásica monografía que trate sobre uno o varios aspectos relacionados con los derechos de Propiedad Intelectual, sino ante un análisis global de la relación de patentes, marcas y derechos de autor, por un lado, con las normativas sobre competencia y derechos de los consumidores por el otro. El Prof. Ghidini no se limita a analizar la relación entre las citadas figuras jurídicas sino, sobre todo, a plasmar sugestivas ideas de cómo deben relacionarse todas ellas a fin de promover una innovación intelectual que beneficie al mercado y también a los consumidores. En ese sentido, en el libro, partiendo de los principios básicos del derecho de propiedad intelectual, se analiza la efectiva capacidad del sistema de propiedad intelectual de evolucionar juntamente con el contexto contemporáneo económico y tecnológico, para asegurar un balance satisfactorio por los diversos intereses y valores involucrados. Estos intereses y valores hacen referencia a un dinámico y pro-competitivo aumento de la innovación, diseminación y libertad de la ciencia, cultura e información, así como también la libertad de elección de los consumidores.

El libro está dividido en cuatro grandes apartados: patentes, derechos de autor, marcas; y Propiedad Intelectual y regulación de la competencia; todo ello precedido de una más que interesante introducción (de recomendable lectura) en que se analizan las características básicas y la estructura constitucional de la Propiedad Intelectual.

En su estudio introductorio el Prof. Ghidini, en primer lugar, destaca la idea de la empresa («*the firm*») como el centro de referencia en el derecho de propiedad intelectual, afirmando que el común denominador en la estructura de los derechos de propiedad intelectual es su orientación en el papel y los intereses de las empresas por encima de los particulares (autores e inventores) bajo el manto del principio constitucional de libertad de empresa. Destaca el autor varios ejemplos de ello: el principio de no patentabilidad de invenciones que no pueden aplicarse en aplicaciones industriales directas; el otorgar a las empresas los derechos de explotación económica de las invenciones de sus empleados y, las imposiciones de licencias no voluntarias o la revocación de derechos de patentes. Por otro lado, la explotación de los derechos de propiedad intelectual abarca también otros sectores diferentes a las empresas, impactando en los intereses de competidores, consumidores, investigadores y proveedores y usuarios de información. Destaca el Prof. Ghidini que al tener también el derecho de estas otras personas rango constitucional, el sistema legal debe armonizar los intereses de la empresa con el de

estos colectivos, recordando que la historia moderna del derecho de propiedad intelectual se caracteriza por intentar armonizar estos diferentes intereses. Uno de los ejemplos lo tenemos en el binomio propiedad intelectual y derecho de la competencia.

En lo que se refiere al campo del derecho de patentes, destaca el autor que las reformas deberían ir encaminadas hacia la consecución de un satisfactorio balance dinámico entre la necesidad de proteger las innovaciones existentes y la necesidad de estimular las subsecuentes innovaciones. Según el Prof. Ghidini, este equilibrio se ve amenazado por la adopción de diferentes medidas sobre proteccionistas, como las que otorgan a las reclamaciones sobre propiedad prioridad sobre las investigaciones básicas. También según el autor, a largo plazo, estas medidas sobre proteccionistas lo que producirán es un freno en la innovación, sobre todo teniendo en cuenta los escenarios oligopolistas en que se mueve la innovación industrial contemporánea.

El autor está de acuerdo en restringir el exclusivo poder asociado a la patente cuando el uso de ese poder puede ser un cuello de botella para la dinámica de la innovación y de la competitividad. En este sentido el Prof. Ghidini se muestra partidario de: la obligatoriedad de dar licencias forzosas sujetas a una compensación a favor del titular de la patente; de la abolición de la patentabilidad de los modelos de utilidad y de reducir el ámbito de exclusividad de la patente.

Por último, en lo que concierne al derecho de patentes, el autor realiza una sugerente reflexión bajo el título: *Should winner take all?* En el mismo se analiza el sistema actual en virtud del cual el que primero que inscribe una patente es quien se lleva todos los beneficios, lo que puede ser desincentivador. Según su punto de vista debería haber lo que él califica como «*medalla de plata*» en los casos siguientes: 1) si la ha descubierto dentro de un periodo razonable, por ejemplo menos de un año, desde que el otro la ha inscrito, 2) o antes que la otra parte pueda demostrar que su invención era anterior y 3) demuestre que ha realizado inversiones cuantiosas. La recompensa para este segundo o tercer premio, podría ser, por ejemplo, tener más limitados los derechos exclusivos.

En el bloque dedicado a los derechos de autor, en primer lugar se efectúa una comparativa entre derechos de autor y patentes, poniendo de relieve que el derecho de autor tiene un ámbito de protección más extenso que las patentes, en concreto: una duración mucho más larga y unos derechos morales mucho más profundos, todo esto asegura que la inversión en investigación en los derechos de autor tenga un retorno más amplio que en patentes. En ese sentido se resalta en el libro el hecho que los derechos de autor tradicionalmente han expresado una sensibilidad competitiva mucho más baja que el derecho de patentes, que se convierte descaradamente proteccionista cuando los derechos de autor se utilizan para proteger aspectos como el «software».

Sin perjuicio de lo anterior, esta crítica no la vierte el Prof. Ghidini respecto a los derechos de autor que representen auténticas creaciones estéticas o intelectuales destacando el hecho que al estar abiertos a variaciones ilimitadas, el coste social de este monopolio es igual a cero, por lo que los auténticas creaciones estéticas o intelectuales no afectan negativamente a la competencia entre los titulares de los derechos de autor, por lo que no es necesario asegurar una regulación justa de la competencia en su distribución y producción.

Por último se realiza una fuerte crítica a la expansión de los derechos de autor para proteger las investigaciones en innovación, ya que supone un fuer-

te privilegio de protección en una escala internacional de los intereses de los actuales líderes en tecnología, a fin de crear y mantener por el mayor tiempo posible situaciones que imposibilitan o dificultan la potencial o actual competencia.

En el apartado dedicado a las marcas, se efectúa una crítica de la reforma introducida en su día por la Directiva del Consejo 89/104/ de 21 de diciembre de 1988, de armonización de las leyes de los Estados Miembros en materia de marcas, (actualmente en versión codificada como Directiva 2008/95 EC) y la norma del Consejo n.º 40/94, de la marca Comunitaria. (Actualmente en versión codificada como norma 207/2009).

En ese sentido, se considera que la reforma de referencia se ha centrado, casi exclusivamente, en la protección de la función publicitaria de lo signos, más que en su función distintiva, beneficiando económicamente a los propietarios y licenciarios. Asimismo, como resultado de la reforma, el mero valor comercial, usualmente incrementado y creado por los anuncios, tiene la misma protección que las expresiones de la creación humana.

El autor resalta, tomando las palabras del Prof. Adriano Vanzetti (*Funzione e natura giuridica del marchio*, en Riv. Dir. Comm., 1961, I, 16) que, antes de la reforma, la relación entre la firma y la marca fortalecía la continuidad de la empresa identificada con el signo. En la actualidad, la función original se ha reducido a un acto de certificación que el producto se origina de una empresa que según ley es propietaria del signo. Todo lo anterior determina que la reforma tiene aspectos proteccionistas que neutralizan los aspectos pro-competitivos que introduce. Hace necesario además el acudir a otras herramientas legales para asegurarse que la aplicación del derecho de marcas toma en cuenta otros intereses diferentes a los de los propietarios de las marcas, en concreto, aquellos que están en el ámbito de protección de los consumidores y de la competencia.

Para finalizar, el Prof. Ghidini dedica el último apartado de su monografía, como modo de conclusión, a la relación entre la regulación de la propiedad intelectual y de la competencia, destacando la única posibilidad de crear una doctrina que esté al servicio del mercado libre ha de pasar, necesariamente, por conjugar los valores pro-competitivos contenidos en el principio constitucional de libertad de empresa, con otros valores u objetivos sociales con rango constitucional.

Como antes se ha señalado, no estamos ante una clásica monografía, sino ante un tratado riguroso que contiene, con carácter general, una serie de reflexiones y sugerencias sobre las relaciones entre patentes, marcas y derechos de autor, con los principios de libre competencia y derechos de los consumidores.

Javier POU DE AVILÉS SANS
Universitat Autònoma de Barcelona

NERGELIUS, Joakim: *The Constitutional Dilemma of the European Union*, The Hogendorp Papers 8, Europa Law Publishers, Groningen, 2009, 125 pp. ISBN 9789089520623

La excelente monografía de J. Nergelius analiza los trabajos de algunos de los principales teóricos sobre el Derecho de la Unión – Habermas, Weiler, Scharpf y Majone – para esclarecer cómo abordan o si aportan respuestas a

los principales y más urgentes retos del constitucionalismo de la UE. El autor argumenta que, a menudo, las aproximaciones a la Unión son tremendamente críticas sin buscar soluciones a los problemas o las deficiencias que se identifican en el proceso. Frente a ello, este trabajo plantea una aproximación a la UE que parte de su especificidad, procurando aplicar categorías que le sean propias. Esta delimitación del objeto y método resulta, sin duda, sugerente y convierte esta obra en una lectura de particular interés, aunque el autor no sea en todo momento constante en este novedoso enfoque.

El estudio no pretende establecer cuál es o cómo debe ser la Constitución europea. Lo que preocupa al autor es que los avances en la integración política se acompañen de un creciente desapego de los europeos respecto a la UE. En este contexto, se produce lo que Nergelius denomina el dilema constitucional de la UE: para reforzar su legitimidad democrática y permitir nuevas ampliaciones, la UE precisa de una reforma en profundidad de sus instituciones, pero esto es precisamente lo que no parecen querer la mayoría de ciudadanos europeos ni tampoco los líderes políticos de los Estados miembros.

En este contexto, frente a los críticos con el proceso de integración europea, el autor cuestiona el axioma de que la pérdida de soberanía en un nivel de gobierno conlleva forzosamente su asunción por otro. De forma gráfica, se pregunta si la soberanía es como la propiedad que puede traspasarse, o como la virginidad, cuya pérdida no conlleva transferencia a otro, sugiriendo que el objetivo puede ser precisamente la dispersión del poder en los Estados, la UE e incluso otros actores. En este sentido, el principio de subsidiariedad y el concepto de la *multilevel governance* se presentan como estructurales del constitucionalismo de la Unión. Ambos son más acordes con su naturaleza que categorías propias del constitucionalismo estatal, como el imperio de la ley o la democracia que, sólo de manera específica, se encuentran también en la UE.

Antes de identificar las características que deberían ser propias del constitucionalismo de la UE, el autor analiza el Tratado de Lisboa destacando las modificaciones que se introducen en relación con el reparto de competencias, el papel de los Parlamentos nacionales, la reforma institucional o la mayoría cualificada. A la vez, se lamenta de la confusión entre las funciones del Presidente y del Alto Representante de la Política Exterior de la UE y de la expansión de la cooperación reforzada que abunda en la división, si bien minimiza su importancia por la poca trascendencia que esta vía ha tenido en la práctica hasta la fecha. También generan dudas los cambios del Tratado de Lisboa en relación con el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, sobre la codificación del principio de primacía o la exclusión de los artículos que forman la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

Los últimos capítulos de la monografía se centran en delimitar esquemas de análisis que sean propios de la UE. El capítulo 4 se centra en analizar y rebatir a aquellos autores del constitucionalismo europeo más o menos críticos con la UE porque, según destaca el autor, intentan analizarla desde presupuestos que se corresponden con el análisis del Estado y no de una estructura de naturaleza diferente. La Unión está a caballo entre una Organización internacional supranacional y una entidad federal constitucionalmente indefinida. El autor está a favor de progresar en el proceso de integración europea, pero para ello buscando y recuperando su propia esencia. A ello dedica el autor el último capítulo en el que propone un referéndum paneuropeo para reformar el Tratado. El objetivo no debe ser, según nos recuerda Nergelius, el de crear un nuevo supraestado europeo. Hay que recuperar los valores tradicionales

del proceso de integración, como el supranacionalismo que ha permitido ir evolucionando en el respeto de la diversidad.

En conclusión, lo importante no es preocuparse por el mayor o menor apoyo que tenga la UE entre la población. Ese es un debate en gran medida estéril. El profesor J. Nergelius apuesta por seguir avanzando en el respeto de sus esquemas clásicos que, ya en el pasado, atrajeron el interés y apoyo de los pueblos de Europa. La preocupación debe ser garantizar el buen funcionamiento de las instituciones. Convenimos con el autor en que si éstas son eficaces y legítimas es probable que ello derive en un mayor consenso y soporte popular.

Laura HUICI SANCHO
Universitat de Barcelona

SAMUEL, Geoffrey: *Law of Obligations, Cheltenham (UK) - Northampton (MA, USA), Edward Elgar Publishing, 2010, 358 pp. ISBN 978-1-84844-764-6**

Este libro que presenta Geoffrey Samuel¹ aborda, desde un punto de vista comparado, las cuestiones centrales tradicionalmente contenidas en el Derecho de obligaciones continental (contratos, responsabilidad extracontractual y cuasicontratos/enriquecimiento injusto). El libro es de muy fácil lectura y de suave progresión. Sin embargo, y conviene advertirlo desde el principio, la conclusión que finalmente alcanza el autor es la de que el Derecho de obligaciones –entendido esta vez no sólo como conjunto de problemas, sino también como conjunto de soluciones con un enfoque metodológico propio– no es de mucha utilidad para el sistema británico.

El índice del libro muestra una estructura útil y clara. Tras un capítulo con reflexiones generales, siguen tres capítulos dedicados a presentar una pequeña introducción sobre el Derecho de obligaciones continental y una introducción del *common law* británico en esta materia. Tras esos primeros capítulos introductorios, hay otros cuatro dedicados al contrato (caps. 5 a 8), otros siete dedicados a la responsabilidad extracontractual (caps. 9 a 15), uno dedicado al enriquecimiento injusto (cap. 16, *restitution*) y un colofón dedicado a la unificación o armonización internacional de esta materia (cap. 17).

1. Los capítulos dedicados a introducir al lector en el Derecho de obligaciones continental, con amplio manejo de principios de Derecho romano, resumen de forma eficaz una cantidad considerable de información y ofrecen un claro ejemplo de que el conocimiento del Derecho comparado ayuda a

* Algunos de los comentarios y sugerencias que se realizan en esta recensión tienen su origen en una estancia en la Universidad de Cambridge que fue posible gracias a la REDPEC (Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado) y a la financiación del proyecto FFI2008-00647 «Los PETL: más allá del llamado Marco Común de Referencia. Hacia una nueva etapa en el proceso de aproximación del Derecho de la responsabilidad civil en Europa», del que el profesor M. Martín Casals es Investigador Principal.

¹ Geoffrey Samuel es profesor en la Universidad de Kent (Reino Unido), especializado en Derecho comparado y mantiene una línea de investigación abierta en cuestiones de metodología. Además de multitud de artículos doctrinales, es autor de conocidos manuales de Derecho de los contratos (*Contract Law: Cases and Materials*, Londres: Sweet and Maxwell, 2008), y de la responsabilidad civil (*Tort: Cases and Materials*, 2.ª ed. Londres: Sweet and Maxwell, 2008) y, junto a P. Legrand, de una introducción al *common law* (G. SAMUEL y P. LEGRAND, *Introduction au common law*, 2008).

mejorar la forma de explicar el propio Derecho. Sin embargo, hay que reconocer que, en ocasiones, el lector continental puede encontrar algo extraña la imagen que se da del *civil law*. Esta sensación, que recuerda a la de oír la propia voz grabada en un reproductor, quizá se deba a que el libro pone demasiado énfasis en el Derecho francés más tradicional.

El capítulo que el libro dedica a introducir el *common law* es también muy resumido e interesante. Sin recoger aquí las cuestiones polémicas planteadas por Samuel en las fronteras de las clasificaciones jurídicas que resume, sí merece la pena destacar su advertencia sobre dos cuestiones generales que suponen algunos problemas para entender y compararse con el *common law*: en primer lugar, el distinto criterio usado para clasificar las acciones en *reales* y *personales* y, en segundo lugar, la distinta manera de subdividir las acciones personales. Para todo ello, el libro arranca de la idea de que el Derecho inglés es un Derecho de acciones (*debt, detinue, trespass, account*, etc.) y que cada una de ellas trataba históricamente de resolver problemas concretos que se planteaban en la sociedad en aquellos momentos. Esas acciones iban luego deformándose y cambiando por su aplicación práctica ante los tribunales y por el uso de la analogía, hasta llegar a la actualidad y tras las profundas reformas procesales que tuvieron lugar a partir del S. XIX (abolición de las *forms of action*, unificación de los tribunales de *common law* y *equity*, etc.). Esas acciones se clasificaban en acciones *reales* (para reclamar tierras, inmuebles y patrimonios hereditarios) y acciones *personales* (básicamente para reclamar bienes muebles, deudas e indemnizaciones), empleando para ello un criterio que, como se ve, es distinto al que basa nuestro distinción entre derechos reales y personales. El libro explica que históricamente esas acciones reales del *common law* fueron cayendo en decadencia por su excesiva complejidad formal y técnica, entre otros motivos, de modo que los remedios actualmente existentes se han ido desarrollando principalmente en el campo de las llamadas acciones personales. Estas acciones personales, que se vertían en los *writs*, se clasificaban fundamentalmente en *trespass* y *debt*. La primera de estas figuras daba lugar a la indemnización (*damages*) de los daños causados, mientras que la segunda consistía en la reclamación de una cantidad de dinero basada en un derecho. A lo largo del S. XIX y por influencia continental (Grotius, Puffendorf, Domat y Pothier son aquí también los nombres fundamentales), la clasificación romana de contrato y de responsabilidad extracontractual se superpone sobre estas categorías anglosajonas sin que haya una correspondencia total entre ellas, como también se ve claramente.

2. La parte que el libro dedica al contrato (caps. 5 a 8) se inicia con una serie de cuestiones generales que luego son desarrolladas en los sucesivos capítulos. Samuel destaca la existencia de una diferencia en el punto de partida que, pese a que ser pequeña, da lugar a diferencias notables en el enfoque del mundo de los contratos. El autor contrapone así la visión del *common law*, que hace más hincapié en la idea del contrato como una promesa o conjunto de promesas que el Derecho hará cumplir², y la visión del Derecho civil, que más bien lo define como voluntad común creadora de obligaciones, haciendo hincapié en la idea de que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes. Esta observación hace decir a Samuel que en el primero el contrato no es más que la suma de sus componentes (promesas), mientras que en el segundo se ve el

² Samuel recoge la clásica definición del contrato que ofrece Pollock, «a promise or set of promises that the law will enforce».

contrato como vínculo jurídico (*vinculum iuris*), es decir, como algo más que la suma de sus partes. Esto tiene reflejo en la manera de abordar el Derecho de los contratos, más concreto y conflictivo en el *common law* y más abstracto, general y sistemático en el Derecho continental.

Aunque es difícil resumir la apretada síntesis que realiza Samuel, algunas de las cuestiones principales en que se refleja ese distinto punto de partida son:

a) Como el contrato es ley entre las partes, el punto de vista del intérprete de un contrato continental se parece al del operador que está interpretando un texto legal. Uno y otro tienen ante sí la tarea de tratar de averiguar la voluntad real del autor, sea éste el legislador o sean las partes de un contrato [esta visión, que está clara en nuestro art. 1281.II CC, está también en el art. 5.101 (1) PECL]. Se podría objetar que esta observación refleja una visión del Derecho continental que probablemente está superada en la doctrina actual³; sin embargo, igualmente señala un distinto enfoque que marca diferencias entre los sistemas en examen⁴. La cita del Lord Bridge que propone Samuel para ilustrar este diferente enfoque es jugosa⁵: «Al interpretar esas cláusulas (del contrato), el ideal al que los tribunales deben tender, es a producir un resultado tal que en cualquier situación dada las partes que vayan a pedir asesoramiento jurídico sobre sus derechos y obligaciones puedan esperar la misma clara y segura respuesta de sus respectivos asesores, de manera que ninguna de esas partes se vea tentada a embarcarse en un costoso y largo litigio movidas por la creencia de que su victoria depende de ganar la compasión del tribunal». Ante esto, averiguar la voluntad real de las partes queda en un plano secundario.

b) Explica también el autor que la visión del contrato propia del *common law* es tendencialmente más objetiva que la del Derecho continental, en la medida en que la promesa es más formal que el consentimiento. Esto tiene su reflejo en la visión sobre los obstáculos precontractuales a la formación correcta del contrato. En nuestros sistemas, estas cuestiones se abordan tradicionalmente desde el punto de vista de los vicios del consentimiento, mientras que en el *common law* el énfasis no se pone en la existencia de una voluntad defectuosamente formada, sino en la conducta del que realiza una declaración de voluntad errónea o fraudulenta a la hora de realizar el contrato. Esto queda claro cuando Samuel explica, citando a Lord Goff, que en el Derecho inglés no existe un principio general de que el fraude (*fraud*) vicia el consentimiento, sino que su efecto es dar a la parte inocente el derecho a disolver el contrato. De nuevo, se aprecia aquí el enfoque muy concreto típico del *common law*, mucho menos abstracto que el de nuestro Derecho civil.

c) Samuel señala que la pérdida de protagonismo de la promesa en el vínculo obligatorio que une a las partes en la visión continental del contrato dificulta apreciar la distinción entre obligación y responsabilidad. Esta idea, que ha sido recientemente retomada con fruto en nuestra doctrina, lleva también a la idea de ver el contrato como remedio, es decir, como cuestión cuyas

³ Al menos en la doctrina española (L. Díez-Picazo, por ej.) está clara la crítica al llamado dogma de la voluntad.

⁴ En J. CARTWRIGHT, *Contract Law: an introduction to the English Law of contract for the Civil Lawyer*, Oxford 2007, se pueden encontrar unas observaciones muy interesantes sobre la manera de colocarse el operador británico ante la interpretación de la ley.

⁵ En *The Chikuma* [1981] 1 WLR 314.

principales rasgos se dejan ver en el momento en que se desata un conflicto entre las partes o, como dice Samuel, un punto de vista litigioso.

d) Es muy frecuente observar entre los comparatistas el muy limitado papel que juega la idea de la buena fe en el Derecho anglosajón, frente al más amplio papel que juega en los sistemas de *civil law* (art. 7 CC, art 4.110 PECL).

En el ordenamiento inglés no hay una obligación de mirar por los intereses de la otra parte, sino que, al contrario, el *common law* adopta el punto de vista mucho más realista de que cada cual mira y ha de mirar por su propio interés. Esta idea de que cada parte de un contrato tiene el derecho de aprovecharse de la otra es destacada una y otra vez en el libro de Samuel, por ejemplo cuando habla de la responsabilidad por ruptura de tratos preliminares. También se deja ver con claridad cuando dice que su sistema es completamente ajeno a la idea francesa de un supuesto *solidarisme contractuel* que obligaría a las partes a mirar por el interés ajeno⁶.

Excepcionalmente, pueden derivarse de la figura anglosajona del *Estoppel* algunos resultados similares a los que se obtienen en el continente a través de la idea de la buena fe⁷.

Señala Samuel que últimamente la idea de buena fe ha entrado en el sistema británico a través de la implementación de Directivas europeas, en concreto, a través de la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1999.

e) Es muy conocida la presencia de la llamada *consideration* entre los requisitos del contrato en el *common law*. Como explica Samuel, este requisito se puede resumir en la idea de que, para que un contrato sea vinculante, cada parte debe de obtener a través de él una ganancia (*benefit*) y experimentar una correspondiente pérdida (*detriment*). Es muy conocida la idea de que el requisito de la *consideration*, que para muchos es un requisito que presenta algunas similitudes con nuestra idea de causa del contrato⁸, hace más rígido el Derecho inglés de los contratos y lleva en ocasiones a que se tenga que recurrir a otras ramas del ordenamiento (por ejemplo, a la responsabilidad extracontractual).

La exigencia de que cada acuerdo esté soportado por un intercambio, da lugar a una gran rigidez en la manera de encauzar las renegociaciones del contrato. Esto se debe a que el cumplimiento de una obligación preexistente no se considera que pueda ser el coste que justifique la ganancia que obtiene una de las partes en esa renegociación⁹. En realidad, como pone bien de manifiesto Samuel, también se percibe aquí lo distinto que es el contrato visto como una relación obligatoria del contrato como conjunto de promesas: mientras que la relación obligatoria puede ser *reformada* por un acuerdo posterior, la renegociación de las promesas supone que no son modificadas sino *sustituidas* por una promesa posterior que, a su vez, ha de ser soportada por una *consideration*¹⁰. En este terreno, sin embargo, en el libro brilla por su ausencia el enfoque del *common law* estadounidense, que tiene soluciones más flexibles sobre esta cuestión, obtenidas, precisamente, a través de superar el enfoque basado en el requisito de la *consideration*.

⁶ En p. 87, con cita de TERRÉ, SIMLER y LEQUETTE (2002).

⁷ Por ej. p. 113.

⁸ G. ALPA, *Causa e consideration*, Milán 1984, es un ejemplo clásico.

⁹ He estudiado esta cuestión de la llamada *regla del deber preexistente* en P. DEL OLMO, *La amenaza de incumplir un contrato como vicio de la voluntad*, Madrid, 2003.

¹⁰ Samuel repite en la p. 150 el mismo análisis, pero estudiando los casos que en español llamaríamos de mutuo disenso como forma de extinción de la obligación.

La inexistencia de los llamados *contratos en beneficio de tercero* era otra de las características más conocidas del Derecho inglés. Esta característica también tiene su base en el requisito de la *consideration*. El profesor Samuel lo explica diciendo que el problema ahora es que no coincide la víctima del incumplimiento contractual con la parte que sufrió la pérdida correspondiente a la ganancia que se trata de reclamar. Se ve así muy clara la relación entre esta idea de la *consideration* y la idea de la relatividad de los contratos (*privity*). En la actualidad, esta materia se ha visto afectada por la *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, que permite a un tercero que no es parte en el contrato exigir el cumplimiento del contrato en dos situaciones: primero, cuando el contrato lo prevé expresamente y, segundo, cuando alguna de las cláusulas del contrato se propone conferirle alguna ganancia.

Aunque es una observación probablemente de tono menor, la idea de *consideration* también supone la inexistencia en Inglaterra de contratos gratuitos. En el contrato bilateral inglés cada promesa sirve de apoyo a la de la otra parte. En el contrato unilateral inglés, la promesa del obligado se sustenta en la actuación de la otra parte. Como se puede apreciar, esto también tiene interés desde el punto de vista de lo que en nuestro sistema se plantea como la cuestión de la promesa unilateral como fuente de las obligaciones.

3. Los capítulos 9 a 15 se dedican a las obligaciones derivadas de un daño extracontractual. El espacio que se dedica a esta materia, casi inversa a la distribución del espacio en nuestros Códigos y manuales, pone de manifiesto su importancia relativa en el *common law*, explicable por razones históricas¹¹.

Como era de esperar, el capítulo 9 se inicia con una distinción esquemática entre los ordenamientos continentales, con la subdistinción pertinente entre el sistema de cláusula general de lista abierta típicamente francesa y el sistema alemán de derechos protegidos, y el *common law*, caracterizado por la exigencia de que el demandante establezca una *cause of action* específica (*negligence, nuisance, defamation, etc.*) para tener éxito. Después, a la vez que se aprovecha para ir presentando algunas nociones básicas, se intenta una definición de la idea de *Tort* con una (a) aproximación histórica, que se caracteriza por una visión realista y por el reconocimiento del carácter poco sistemático de estas figuras; (b) una visión axiológica, que presenta este Derecho como conjunto de principios y reglas éticos que realizan una regla de responsabilidad personal; (c) sigue una visión funcional que acentúa un papel regulatorio de la responsabilidad civil en el que predomina el designio de dirigir las conductas; (d) se repasan luego algunas características del remedio indemnizatorio que puede proporcionar básicamente esta rama del Derecho (la acción negatoria –*injunctio*– es un remedio que pertenece a la *equity* y que se afirma de manera mucho más limitada en el sistema británico); y (e) se señala el carácter filosófico de las últimas aportaciones sobre este Derecho de daños que últimamente tienen su origen en los EE. UU. La conclusión de este recorrido es que el *common law* no se ha ceñido a un solo fundamento teórico para el Derecho de la responsabilidad extracontractual, sino que sólo esa visión fragmentaria puede describirlo de forma realista. Esto se puede formular, de manera apologetica y quizá algo humorística en la frase de P. Weir según la cual, el Derecho de la responsabilidad extracontractual es lo

¹¹ Sobre esto, lo mejor es D.J. IBBETSON, *An Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, 2006.

que se encuentra en los libros de *torts* y que lo único que mantiene unidos a esos *torts* es la encuadernación del libro.

El capítulo 10, tras presentar los elementos de la acción de responsabilidad extracontractual francesa (culpa, daño, nexo causal), se dedica al estudio de los llamados *intentional torts* y de algunas otras figuras que pueden ser relevantes en caso de daño intencional: abuso de procedimiento civil o penal (*Abuse of civil and criminal process*), desviación de poder (*Abuse of public office*), infracción de deber legal (*Breach of statutory duty*), conspiración (*conspiracy*), etc. El lector español de este capítulo sacará inevitablemente una impresión algo caótica de esta exposición y probablemente recordará nuestra idea tradicional de que los daños dolosos son, en nuestro sistema, constitutivos de delito.

El capítulo 11 está dedicado a los daños no intencionales y, ahora sí, el civilista se vuelve a encontrar en terreno conocido. Se hace buena la afirmación del autor de que, de la misma manera en que no hay un principio general que rija la responsabilidad por daños intencionados, las cosas son distintas cuando se habla de responsabilidad por daños causados por una conducta imprudente. La afirmación de esa responsabilidad por daños no intencionales a partir de 1932 ha supuesto un cambio muy intenso en el *tort law* británico, por el cambio de perspectiva.¹² Desde el punto de vista español, es destacable la idea de que esa generalización del *tort of negligence* ha dado lugar en Inglaterra a la creación de instrumentos técnicos específicos para controlar la amenaza de afirmar una responsabilidad potencialmente ilimitada. Ésa es la amenaza que siempre está latente en un sistema de cláusula general como el español y, por ello, el Derecho anglosajón de daños puede ser tan útil para nuestro propio sistema de responsabilidad extracontractual. Desde el punto de vista de la capacidad expansiva del *tort of negligence*, el libro repasa algunos de los temas que pueden dar lugar a ese problema con más intensidad: los daños puramente patrimoniales (*pure economic loss*), los daños emocionales (*nervous shock*), la responsabilidad por omisiones y, curiosamente, la responsabilidad de las administraciones públicas por defectos en la supervisión o control de la conducta de otros. Desde este punto de vista, es destacable la visión diametralmente opuesta entre la visión que el autor atribuye a los juristas franceses, y que nosotros podríamos extender a nuestros propios administrativistas, y la visión del *common law* respecto a lo que resulta ser el interés de la comunidad. Mientras que los primeros mantienen la conocida idea de que los particulares no tienen por qué soportar los daños causados por el Estado cuando actúa en beneficio de la comunidad, los segundos más bien tienden a pensar en que la imposición de responsabilidad sobre el Estado puede llegar a comprometer la prestación de servicios por parte de éste.¹³

El capítulo 12 se dedica a responsabilidad por las cosas y el capítulo 13 se dedica a la responsabilidad por la conducta de otros. Como se ve, el libro

¹² La sentencia que siempre se cita como origen del papel moderno del *tort of negligence* es el célebre caso *Donoghue v. Stevenson* (1932) AC 562.

¹³ Lo que se ha llamado daños quasi-expropiatorios son probablemente una buena manera de ver esta cuestión en su conjunto. Sobre esto, F. Pantaleón, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones Públicas)», en J. A. MORENO MARTÍNEZ (ed.) *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, 2000, donde también se encuentra una visión más atenta a los intereses de la Administración. Sobre esto, también F. PANTALEÓN, «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *DA*, n.º 237-238, enero-junio 1994, 237 y ss.

sigue aquí el esquema normativo del Código Civil francés que también está presente en nuestro propio Código (arts. 1904 a 1910 CC). El capítulo 12, además, trata de seguir el sistema francés también en lo relativo a la ampliación de la interpretación del artículo 1834 del *Code Napoléon* que dio lugar a la conocida objetivación de la responsabilidad *por hechos de las cosas*¹⁴. El resultado resulta algo extraño porque la solución francesa probablemente está empezando a cambiar, con lo que quizá pueda haber movimientos en el punto de referencia comparativo que se ha elegido¹⁵.

Al traer a colación ese artículo 1834 del *Code*, la intención del autor es doble: por un lado, lo aprovecha para afirmar, por contraste, la inexistencia en el *common law* de un principio general de responsabilidad objetiva similar al que se localiza en ese precepto francés a lo largo del S. XX y, por otro lado, lo aprovecha para reparar los casos en que esa responsabilidad objetiva sí está prevista. Se estudia así, en relación con la responsabilidad por los bienes muebles, la responsabilidad por productos defectuosos, la responsabilidad por bienes (muebles) de equipo (*Defective Equipment Act*, 1969), la responsabilidad por animales, la responsabilidad por daños causados por la navegación aérea (*Civil Aviation Act* 1982) y se aprovecha para recordar que en el Reino Unido no se impone responsabilidad objetiva por los daños causados por accidentes de tráfico de vehículos a motor. Para el comparatista, es llamativa la aparición de legislación especial en algunos de estos terrenos, que contrasta con la visión general francesa de afirmación jurisprudencial de responsabilidad por las cosas y que recuerda la opinión expresada en España por el profesor Díez-Picazo de que los jueces deben dejar en manos del legislador la decisión de en qué áreas se debe introducir una responsabilidad objetiva.

Desde el punto de vista de la responsabilidad por bienes inmuebles, Samuel destaca la complejidad del enfoque del sistema británico, a causa de la combinación entre las normas del *common law* (entre las que destaca la contenida en *Rylands v. Fletcher*¹⁶) y las normas que derivan de la intervención del legislador a lo largo del tiempo (*Occupier's Liability Act* 1957 y su versión posterior, de 1984, y la *Defective Premises Act* 1972). El resultado puede que no sea muy satisfactorio desde el punto de vista sistemático o que dé una apariencia de extrañeza, pero la clasificación de casos y deberes resulta interesante para la comparación; por ejemplo, para distinguir entre los deberes que protegen a los que entran en la propiedad sin invitación de los que lo hacen invitados, autorizados (como un vendedor ambulante) o en el uso de derechos contractuales (cliente); o para distinguir entre los daños causados dentro o fuera de los inmuebles, a través de cosas peligrosas en sí o no, etc. Se da cuenta así de una multiplicidad de casos y regulaciones concurrentes que dificultan mucho la imagen que se puede tener de esa área del Derecho, pero que quizá refleja realmente la complejidad del asunto. Esa complejidad ofrece quizá problemas al estudiante de Derecho, pero la sencillez de las normas de nuestro Código oculta la realidad al operador, lo que quizá sea más peligroso.

¹⁴ Como se sabe, esa visión francesa ha sido muy influyente en nuestro país. Se podía apreciar su influencia, por ejemplo, en R. de ÁNGEL YAGÜEZ, «Comentario al art. 1905», en C. PAZ ARES *et al.*, *Comentario del Código Civil*, Madrid 1991.

¹⁵ Las cosas también están cambiando en Francia, como se puede apreciar en los trabajos de J.S. Borguetti, «La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps», *RTDC* 2010.

¹⁶ (1986) LR 1 Ex 265 (Ex).

El capítulo 13 se dedica a la responsabilidad por otros. La conclusión, de nuevo, es que hay algunas cosas en común entre el modelo continental y el *common law*, pero que en éste no se puede afirmar con generalidad una responsabilidad que derive del control de unas personas sobre otras, como ocurre en Francia y en parte de nuestra propia doctrina. En este capítulo se estudian los tres ejemplos que sí dan lugar a una responsabilidad por otros en el *common law* británico: (a) la *vicarious liability*, término que ha dado lugar a problemas en el uso del Derecho comparado y que es la responsabilidad del empleador por los *torts* cometidos por su empleado¹⁷; (b) la responsabilidad directa por los *torts* cometidos por personas que puede que no sean empleados, como el contratista independiente, con la advertencia de que esta responsabilidad no se extiende sin más a los daños causados por los hijos menores; y (c) responsabilidad del dueño de un vehículo que causa daños al ser conducido por otro en servicio del primero.

El capítulo 14 se dedica a la responsabilidad por información incorrecta. Esta manera de agrupar los casos es relativamente reciente en nuestro país y, por ello, también resulta particularmente interesante para el civilista¹⁸. El autor la justifica diciendo que así se sigue la línea de las clasificaciones anteriormente utilizadas de responsabilidad por las cosas y responsabilidad por las personas, con la idea de una responsabilidad por cosas abstractas, aclaración que probablemente resulta igualmente enigmática para el lector continental. También dice que esta responsabilidad muchas veces juega en un terreno difuso entre el contrato y la responsabilidad extracontractual, lo que es particularmente cierto en un sistema como el *common law* británico en el que se exige todavía con fuerza el requisito de la *consideration* y en el que, como hemos dicho más arriba, no ha habido hasta hace poco posibilidad de afirmar que existen terceros que pueden estar protegidos por ese contrato. Por último, explica Samuel que en muchos de estos casos, estamos ante supuestos de responsabilidad de los profesionales. Resulta interesante el terreno que el autor considera problemático: el que está situado entre afirmaciones –promesas– que dan lugar a responsabilidad contractual porque están soportadas por una *consideration* y afirmaciones que son amenazantes, insultantes o dirigidas a engañar. Entre esos dos extremos, está la difícil cuestión de encontrar un equilibrio entre la producción y transmisión de la información y el uso que puede darle quien confíe en su veracidad.

El capítulo 15 se dedica al estudio de las causas de exclusión de la responsabilidad. Esto permite, como dice el autor, cambiar el foco desde las víctimas y ponerlo en los demandados. Es cierto que esto siempre tiene la utilidad de poner de manifiesto que en todas las decisiones que se adoptan en la responsabilidad extracontractual se está afectando, además de obviamente a la integridad patrimonial o personal de los demandantes, a la libertad de

¹⁷ Incluso en nuestra doctrina se ha empezado a hablar de responsabilidad vicaria, pero ya los redactores de los PETL advirtieron que *vicarious liability* en inglés implica entender que la responsabilidad del principal (por los hechos dañosos de sus dependientes) es objetiva, independiente de su elección o vigilancia, y que esa terminología impedía reconocer que la responsabilidad por otros en ocasiones funciona con una presunción de culpa, como ocurre por ejemplo en nuestro propio art. 1903 CC. Vid. los comentarios introductorios al Cap. 6 de los PETL, p. 157 en la versión española que propuse en su momento para la traducción realizada por la REDPEC, a cargo de M. MARTÍN-CASALS (*Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Cizur Menor, 2008).

¹⁸ Estudié estas cuestiones en P. DEL OLMO, «Responsabilidad por daño puramente económico causado por informaciones falsas», *ADC*, 2001-I, p. 257-368.

comportamiento de los demandados¹⁹. Sin embargo, es más chocante para el lector continental la idea que el libro presenta según la cual todas las excepciones o defensas que puede utilizar el demandado son encuadrables bajo una idea amplia de causalidad. Ya es chocante la idea, que es sin embargo claramente entendible en un sistema de *torts* típicos, de que hay requisitos de causalidad que forman parte del tipo (por ej. la exigencia en *trespass* de una acción *directa* sobre la víctima). Es más chocante aún que el caso *Gorris v Scott* aparezca citado como un caso problemático desde el punto de vista de la causalidad fáctica, cuando es uno de los ejemplos que se utilizan por muchos autores como paradigma del criterio de imputación objetiva del fin de protección de la norma violada²⁰. La cosa quizá se pueda explicar si se destaca que el pleito no se estaba basando en el *tort of negligence*, sino en el de *breach of statutory duty*, que probablemente incorpora la idea de la causalidad jurídica de forma distinta, pero el lector continental se encuentra algo desatendido en estos momentos.

Este capítulo 15 repasa, además, algunas cuestiones típicas de la causalidad material, como la pérdida de la oportunidad, con un recorrido por los distintos casos que se han ido discutiendo ante los tribunales británicos con atención especial a la litigación derivada del amianto, o el problema de las causas múltiples o los daños múltiples. Sigue luego un repaso de los test utilizados para determinar la causalidad jurídica (*remoteness of damage*), empezando por la exigencia de una relación directa entre la conducta del demandado y el daño, para luego pasar a un test de la previsibilidad en alguna forma similar al criterio de imputación objetiva de la causalidad adecuada. El capítulo termina mirando la causalidad como un problema en la determinación de la indemnización, es decir, la cuestión de la culpa de la víctima (la llamada *contributory negligence*, que desde 1945 reduce la indemnización en lugar de excluirla totalmente), la mitigación de los daños o el problema de determinar los daños indemnizables, especialmente en casos de daños personales.

Una conclusión que cabe sacar de este recorrido es que la visión del Derecho de daños que presenta es suficientemente compleja para ser realista. Se destaca el papel que tiene la negligencia en el sistema de responsabilidad, pero no se le da un protagonismo tal que oscurezca el resto de soluciones que también están dentro de esta rama del Derecho. Sin embargo, el recorrido de Samuel por este terreno parece en ocasiones oscurecido por su manera de enfocar algunas cuestiones. Por ejemplo, a lo largo de esta parte el libro se apoya mucho en los PETL, pero a veces da la impresión de que se trata ese texto como si reflejase una visión puramente continental, sin apreciar las fuertes influencias que, en mi opinión, ha tenido sobre él la visión anglosajona de esta materia.

4. El capítulo 16 se dedica al enriquecimiento injusto. Después de explicar que el Derecho de daños se basa fundamentalmente en la idea de

¹⁹ Esta idea, que es muy común entre los autores del *common law*, es aludida por L. Díez-Picazo con la denominación de *función de demarcación* del Derecho de daños (L. Díez-Picazo, *Derecho de daños*, Madrid 1993).

²⁰ Esa sentencia de *Gorris v Scott*, (1984) LR 9 (Ex) 125, es la que decidió el caso de unas ovejas transportadas por un barco en la cubierta que son arrastradas por un golpe de mar. El demandante trata de argumentar que la estiba de las ovejas había sido contraria a un deber legal de utilizar pequeñas cajas individuales para el transporte del ganado ovino. El argumento no bastó para convencer al tribunal, que destacó que la norma violada no trataba de dar más seguridad al transporte de ovejas, sino que trataba de evitar el contagio de la glosopeda.

justicia correctiva y que el enriquecimiento injusto, en cambio, se basa en la idea de la justicia conmutativa, el autor contrapone un modelo civil continental de regulación con la realidad muy variada que se puede encontrar en el sistema británico de *common law* y *equity*.

La presentación de los requisitos generales de una acción de enriquecimiento que hace Samuel no se basa en el DCFR, probablemente por un problema de fechas, sino en un informe de la *Scottish Law Commission*, a falta de un texto europeo sobre el que basar la comparación²¹. El resultado de esa presentación resulta familiar para el lector: se requiere un enriquecimiento por el demandado, que se haya logrado por un empobrecimiento correlativo de otro y que ese enriquecimiento no esté justificado. Los problemas que se estudian en cada uno de estos requisitos son los que comúnmente se pueden encontrar en nuestros libros.

La descripción de la situación en el sistema británico es mucho más compleja. Se trata de una materia que objetivamente es compleja porque, como destaca el autor, no parte de ninguna teoría general, sino que se aborda con el tradicional enfoque británico orientado hacia los remedios. Además, como advierte el propio autor, se manejan remedios y derechos que cruzan la distinción entre el mundo de los contratos y el de la responsabilidad extracontractual, que cruzan también la distinción entre derechos de crédito y derechos reales y que también cruzan la especialmente inextricable distinción entre *common law* y *equity*. Se distingue así entre los tres tradicionales remedios de reclamación de cantidades y algunos remedios ofrecidos por el sistema de *equity*. Los tres primeros son:

a) *Action of money had and received*, que se corresponde *grosso modo* con la tradición romana de las *condictiones* y que permite al demandante reclamar la suma de dinero que directa o indirectamente ha hecho llegar al demandado sin razón que la justifique.

b) *Action for money paid*, que permite al demandante reclamar al demandado el beneficio que éste ha obtenido a través del pago de dinero hecho por un tercero. Es una acción que tiene alguna similitud con nuestros casos de pago de tercero realizados en una gestión de negocios, por mucho que el enfoque británico sea distinto y que exija alguna relación preexistente entre las partes en lugar del genérico actuar en interés de otro y situación de *absentia domini*.

c) *Quantum meruit*, (y *quantum valebat*), que permite reclamar al demandante una cantidad equivalente al precio de una cosa o servicio que ha sido prestado al demandado, al que no puede suponerse, de todas formas, una voluntad de aceptar esa cosa o servicio.

Los remedios que puede proporcionar la *equity* en este terreno son, entre otros:

a) Una acción de *account*, que permite reclamar algunos enriquecimientos y pagos en dinero no justificados, especialmente cuando hay una relación fiduciaria entre las partes.

b) *Subrogation*, que es una figura similar a nuestra subrogación personal y que se utiliza en favor de las compañías de seguros para reclamar lo pagado al asegurado.

²¹ Se trata de *Scottish Law Commission DP No 99*. Más información en www.scot-lawcom.gov.uk/.

c) La misma idea de evitar enriquecimientos injustos la encuentra también Samuel en la situación de pago total por parte de uno de los deudores solidarios de la indemnización por un daño extracontractual causado por varios. Ha sido necesaria la intervención del legislador para reconocer lo que nosotros llamaríamos derecho de regreso en estas situaciones²².

d) *Tracing*, que es un remedio de carácter predominantemente real y que permite reclamar por esta vía un dinero en patrimonio ajeno afirmando la propiedad del demandante sobre ese dinero. Aunque, como se ve, predomina el carácter real de la acción (¡sobre dinero!), Samuel explica que, en ocasiones, puede ser vista también como un remedio de carácter personal.

El lector, a estas alturas, ya no se sorprende con la conclusión que el libro alcanza después de este recorrido: el de que el principio que veda el enriquecimiento injusto tiene expresión en algunas figuras existentes en el sistema británico, pero que no se puede decir que sea una fuente directa de obligaciones. En cualquier caso, la idea que destaca el autor, y que es interesante para el comparatista, es la de que el enriquecimiento injusto puede proporcionar la base común para las deudas (*debts*) no contractuales, así como el «*tort*» proporciona la base para las acciones indemnizatorias (*damages*) no contractuales. En esta misma línea, es interesante también la observación de que, así como la idea de *tort* no es fuente general de obligaciones sino que es la agrupación de una serie de acciones (*trespass, negligence, nuisance*, etc.), algo parecido ocurre con la idea de enriquecimiento injusto: no es fuente de obligaciones, pero sí permite agrupar un conjunto de remedios concretos y específicos.

5. Finalmente, en el capítulo 17, el autor explica algunos de los problemas con que se encuentran los autores que discuten acerca de la armonización del Derecho de obligaciones europeo. Presenta visiones más optimistas, como la de Zimmermann o, en otro plano, Bell y otras más pesimistas como las de Legrand o Weir. Las cuestiones que trata son de marcado carácter metodológico y aquí el autor brilla y presenta un resumen manejable y útil. Quizá las ideas más sencillas y sugestivas serían:

a) La importancia del conocimiento histórico (incluido el relativo al Derecho romano) para cualquier intento de avanzar en el terreno de la armonización. La idea que recoge de Zimmermann y que está presente en otros autores parte de la existente tradición del *ius commune* medieval y de la posibilidad de utilizar el Derecho romano como puente entre el *common law* y el derecho codificado continental.

b) La idea de que quizá haya una relación entre las fases que se pueden describir en el desarrollo de una ciencia desde el punto de vista de la filosofía de la ciencia y la situación en que se encuentra el *common law* (en la fase que Blanché denomina fase descriptiva e inductiva) frente al Derecho civil continental (que estaría en la llamada fase deductiva y axiológica).

c) La distinción entre *scientia iuris* y *ars judicandi* y la idea de que la tarea de los jueces, que es lo que define el Derecho (en una visión muy anglosajona y realista) no es muy distinta en los sistemas continentales y en el sistema británico. Esa distinción quizá pueda ser útil para explicar el divorcio entre doctrina y jurisprudencia que, en opinión de algunos, empobrece y caracteriza el sistema español. El libro ofrece la explicación de que la mayor responsabilidad en esta situación la tendría la doctrina, tratando de ganar res-

²² *Civil Liability (Contribution) Act 1978*

petabilidad a través de una visión predominantemente lógica y conceptual que no tiene mucho papel que jugar en las decisiones judiciales concretas. Este fenómeno, del que probablemente se tiene memoria más reciente en Inglaterra a causa de la relativamente reciente aparición de las primeras facultades de Derecho, se tiene que poner en relación con la tradición racionalista de Derecho natural continental.

La conclusión que alcanza Samuel tras el recorrido por más de trescientas páginas es la de que la visión del Derecho de obligaciones como estructura que explica el Derecho privado subdividiéndolo en contratos, responsabilidad por daños y enriquecimiento injusto, no es muy útil en el Derecho británico y que ha de manejarse con cautela. Tras recordar que en este último sistema ni siquiera es clara la distinción entre derechos reales y derechos de crédito, afirma que la visión más exacta sobre el *common law* probablemente se base, no en un Derecho de obligaciones, sino en la distinción entre deudas de dinero (*debts*) e indemnizaciones (*damages*), acciones en las que las ideas de estado personal, propiedad, deber, culpa, daño, causación, interés, etc. tienden a combinarse en argumentos con muy distintas facetas. Ir más allá, concluye Samuel, «es astrología jurídica».

Pedro DEL OLMO
Universidad Carlos III de Madrid

BIBLIOGRAFÍA

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

- CAMPO GÚERRI, Miguel Ángel: «La competencia notarial en asuntos no contenciosos», en *RJNot*, núm. Extraordinario 10, 2010, pp. 513 y ss.
- DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier: «La aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea en España», en *AAMN*, núm. 50, 2010, pp. 33 y ss.
- FERNÁNDEZ DE FRUTOS, Marta: Los límites constitucionales a la retroactividad de las normas jurídicas. Especial referencia a la retroactividad de las normas tributarias», en *RJC*, núm. 2, 2010, pp. 443 y ss.
- GIMENO SENDRA, José Vicente: «Eficacia de las sentencias constitucionales», en *La Ley*, núm. 7547, 2011.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, y GANUZA FERNÁNDEZ, Juan José: «Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo», en *InDret*, 2011-1.
- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José: «Treinta años de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *AAMN*, núm. 50, 2010, pp. 355 y ss.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: «La Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y el retroceso del derecho civil», en *AAMN*, núm. 50, 2010, pp. 65 y ss.
- GUI MORI, Tomàs: «Cataluña. Estatuto de 2006, LO 6/2006 de 19 de julio, recurso de inconstitucionalidad del Grupo Parlamentario Popular», en *RJC*, núm.1, 2011, pp. 9 y ss.

- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo: «La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación», en *InDret*, 2011-1.
- NETTEL BARRERA, Alina del Carmen: «El silencio positivo en la Directiva de Servicios y los límites a su aplicación en la Jurisprudencia», en *RJC*, núm.1, 2011, pp. 99 y ss.
- OBARRIO MORENO, Juan Alfredo: «El renacimiento del Notariado y del documento público. Proceso Histórico», *RJNot*, núm. 75, 2010, pp. 433 y ss.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «La reclamación ante los tribunales españoles de los daños sufridos en violación del Derecho europeo de la competencia», en *GJ*, núm. 19, 2011, pp. 11 y ss.
- PALMA FERNÁNDEZ, José Luis: «La codificación en España: de los turdetanos a Internet», en *La Ley*, núm. 7552, 2011.
- PATTERSON, Dennis, y PARDO, Michael S.: «Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia», en *InDret*, 2011-1.
- PIQUE MARÍ, José Miguel: «La epístola 117.6 de Séneca y las presunciones: A propósito de su equivalencia con la prolepsis», en *RJUAM*, núm. 21, 2010, pp. 169 y ss.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles», en *La Ley*, núm. 7625, 2011.
- «La autonomía de la voluntad en el siglo XXI», en *La Ley*, núm. 7646, 2011.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «Autonomía y derecho a la vida», en *DPC*, núm. 24, 2010, pp. 369 y ss.
- TALPIS, Jeffrey A.: «El documento notarial electrónico en los Estados miembros de la Unión Internacional del Notariado (UINL): estado de la cuestión», *RJNot*, núm. 75, 2010, pp. 589 y ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «¿Qué fue del artículo 149.1.8.^a de la Constitución?: diálogo entre tres civilistas a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *La Ley*, núm. 7649, 2011.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- ALMAGRO NOSETE, José: «Honor e intimidad de los famosos», en *La Ley*, núm. 7593, 2011.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Sentencia de 16 de febrero de 2010. Enajenación de bienes de menor. Necesidad de autorización judicial. Retracto de comuneros», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 165 y ss.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad: una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *DPC*, núm. 24, 2010, pp. 11 y ss.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina I.: «Reflexiones sobre la constitución de las asociaciones de consumidores y usuarios: Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y leyes complementarias», en *AC*, núm. 7, 2011.

- AQUINO DE SUOZA, Cristiane: «La adopción de medidas con el fin de establecer la Igualdad entre mujeres y hombres en España», en *RJUAM*, núm. 21, 2010, pp. 11 y ss.
- AYLLÓN SANTIAGO, Héctor: «La obra dramática», en *AC*, núm. 3, 2011.
- BARRAL VIÑALS, Inmaculada: «Estatut bàsic de la personalitat jurídica i el règim jurídic-privat de les associacions», en *RJC*, núm. 2, 2010, pp. 359 y ss.
- BASSOLS COMA, Martín: «El derecho a la vivienda ante la crisis económica y el cambio climático: intervención de las administraciones públicas ante situaciones de vulnerabilidad social y urbanística», en *RGLJ*, núm. 1, 2011, pp. 13 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia de 17 de mayo de 2010. Propiedad intelectual: cálculo de la indemnización debida por infracción del derecho de reproducción por medio de fotocopias cuando la correspondiente entidad de gestión de los derechos de la propiedad intelectual (CEDRO) opta, para su fijación, por la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la reproducción, de acuerdo con sus tarifas generales», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 425 y ss.
- BERMEJO BOSCH, Reyes: «Análisis en la doctrina administrativa de la Agencia Española de Protección de Datos en relación con el tratamiento de imágenes a través de sistema de videovigilancia», en *RDNT*, núm. 25, 2011, pp. 61 y ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Controversias suscitadas por el consentimiento de discapacitados psíquicos no incapacitados en la LO 1/1982: cuando lo censurable desde la ética no es reprochable para el Derecho», en *DPC*, núm. 24, 2010, pp. 163 y ss.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: «Marco regulador de la protección de datos de carácter personal en las redes sociales digitales», en *AC*, núm. 6, 2011.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «Sentencia de 19 de enero de 2010. Derecho al honor y a la propia imagen. Intromisión legitimada por el consentimiento del titular, cuya capacidad debe presumirse pese a su importante minusvalía psíquica», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 91 y ss.
- CAVALLÉ CRUZ, Alfonso: «El notariado como garante de los derechos de la persona», en *RJNot*, núm. Extraordinario 10, 2010, pp. 117 y ss.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «Sentencia de 18 de mayo de 2010. Responsabilidad de un prestador de un servicio intermediario de la sociedad de la información, de alojamiento, por la intromisión ilegítima causada por un comentario enviado a un foro», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 393 y ss.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «La protección de menores en conflicto social, con conductas disruptivas, inadaptadas o antisociales», en *DPC*, núm. 24, 2010, pp. 197 y ss.
- EMBID IRUJO, José Miguel: «La inserción de una fundación en un grupo de empresas: problemas jurídicos», en *RDM*, núm. 278, 2010, pp. 1373 y ss.
- ESPÍN ALBA, Isabel: «Nacionalidad, ciudadanía y emigración española: a propósito de las últimas modificaciones legislativas en materia de nacionalidad», en *DPC*, núm. 24, 2010, pp. 291 y ss.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Sentencia de 22 de abril de 2010. Venta de bienes de hijos menores por sus padres sin autorización judicial. Venta de bienes comunes por comunero. Venta por usufructuario. Renuncia en perjuicio de terceros», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 393 y ss.

- FERRÁNDIZ AVENDAÑO, Pablo: «Protección del artista frente a la imitación de su voz», en *AC*, núm. 21, 2010.
- GASPAR LERA, Silvia: «El derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones: patria potestad y autonomía del menor», en *DPC*, núm. 24, 2010, pp. 333 y ss.
- GIL MEMBRADO, Cristina: «Padres y profesores: ¿es legítimo el «cachete» como medio de corrección?», en *RDP*, núm. 1-2, 2011, pp. 3 y ss.
- IGLESIA MONJE, María Isabel de la: «Los menores y el derecho a la imagen», en *RCDI*, núm. 723, 2011, pp. 469 y ss.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel: «La vulneración de derechos fundamentales por ministerio de la Ley: a propósito del art. 33 de la Ley General de Telecomunicaciones», en *La Ley*, núm. 7572, 2011.
- MARTÍNEZ OTERO, Juan María: «La protección de los menores en el entorno audiovisual en Francia», en *RDNT*, núm. 24, 2010, pp. 105 y ss.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, María del Carmen: «La reparación del daño moral y los derechos de la personalidad», en *AC*, núms. 21 y 22, 2010.
- «Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho Español», en *RCDI*, núm. 722, 2010, pp. 2539 y ss.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Pactos y garantías idóneas para el aseguramiento del patrimonio del mayor/cedente que deviene en discapacitado», en *RCDI*, núm. 722, 2010, pp. 2687 y ss.
- PASTOR OLIVER, Antonio Luis: «Protección jurídica contra el ruido (desde la óptica del Derecho Privado)», en *La Ley*, núm. 7599, 2011.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María: «Una nueva función de la protección de datos personales en México: mecanismo de control de las leyes de transparencia y acceso a la información pública», en *RGLJ*, núm. 4, 2010, pp. 633 y ss.
- PÉREZ DE VARGAS MÍÑOZ, José: «El sistema italiano de protección de las personas privadas de plena autonomía», en *RDP*, núm. 11-12, 2010, pp. 3 y ss.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «El derecho sobre la propia imagen de la persona que ocupa un cargo público o ejerce una profesión de notoriedad o de proyección pública (Art. 8.2.A de la L.O. 1/1982)», en *RDP*, núm. 3-4, 2011, pp. 3 y ss.
- RAMS ALBESA, Joaquín: «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez», en *RCDI*, núm. 723, 2011, pp. 211 y ss.
- RIPOLL CARULLA, Santiago: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el BOE (Consideraciones sobre el artículo 2 de la LO 1/2008, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa)», en *RDCE*, núm. 37, 2010, pp. 845 y ss.
- RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: «Sobre la dimensión privada y familiar del derecho al secreto de las comunicaciones», en *La Ley*, núm. 7598, 2011.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Discapacidad, incapacidad e instituciones tutelares a la luz de la Ley 41/2003», en *RGLJ*, núm. 1, 2011, pp. 77 y ss.
- ROMERO PAREJA, Agustín: «Consentimiento informado ante la donación de órganos para trasplante», en *La Ley*, núm. 7544, 2011.
- «La donación de órganos para trasplante: procedimiento y consentimiento», en *RJNot*, núm. 75, 2010, pp. 547 y ss.
- SÁNCHEZ REYERO, David: «Estudio sobre la responsabilidad de la persona jurídica, el doloso dependiente y el *corporate compliance*», en *La Ley*, núm. 7653, 2011.

- SÁNCHEZ-TEMBLEQUE PINEDA, Anselmo: «Prohibición cautelar de programa televisivo por colisión con el derecho a la intimidad de un menor: libertad de información y de creación artística; irregularidad de procedimiento», en *La Ley*, núm. 7653, 2011.
- SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, y ÁLVAREZ LATA, Natalia: «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad: una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *DPC*, núm. 24, 2010, pp. 11 y ss.
- SORIA SORJÚS, José: «La responsabilidad de los patronos de las fundaciones: especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia», en *La Ley*, núm. 7640, 2011.
- TERUEL LOZANO, Germán M.: «Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales», en *RDNT*, núm. 25, 2011, pp. 81 y ss.
- YÁÑEZ VELASCO, Ricardo: «Parejas de hecho e igualdad constitucional. Perspectivas de Derecho sustantivo y procesal en el Ordenamiento jurídico balear», en *RCDI*, núm. 722, 2010, pp. 2699 y ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ALBALADEJO CAMPOY, Miguel A.: «La prohibición de compensación de créditos en los concursos de acreedores», en *La Ley*, núm. 7653, 2011.
- ALMAGRO NOSETE, José: «La responsabilidad civil de los controladores aéreos», en *La Ley*, núm. 7563, 2011.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Sentencia de 16 de febrero de 2010. Enajenación de bienes de menor. Necesidad de autorización judicial. Retracto de comuneros», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 165 y ss.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Sentencia del 26 de febrero de 2010. Requisitos legales para la subrogación de los gastos de asistencia sanitaria. Análisis del tercero responsable del ar. 82 LCS. Inviabilidad de la *actio in rem verso* del art. 1158 CC. Alcance del principio de especialidad en el aseguramiento», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 275 y ss.
- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina I.: «El caso del cierre de las academias de inglés: la exclusividad del acuerdo concertado entre prestamista y proveedor y la propagación de efectos jurídicos “intra-grupo”», en *AC*, núm. 2, 2011.
- «Reflexiones sobre la constitución de las asociaciones de consumidores y usuarios: Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y leyes complementarias», en *AC*, núm. 7, 2011.
- ÁLVAREZ MORENO, María Teresa: «La configuración de las condiciones generales en el Derecho privado europeo», en *RPJ*, núm. 89, 2009, pp. 25 y ss.
- ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar: «Sentencia de 14 de julio de 2010. Duración del arrendamiento urbano para uso distinto de vivienda. Limitación de la eficacia del pacto de prórroga indefinida potestativa para el arrendatario «persona jurídica» y obligatoria para el arrendador», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 627 y ss.
- AMAT LLOMBART, Pablo: «Daños y responsabilidad civil ocasionados por la acción del viento», en *PDD*, núm. 91, 2011, pp. 60y ss.

- ARANA DE LA FUENTE, Isabel: «La venta de bienes de consumo en la Propuesta de Directiva sobre Derechos de los Consumidores y en el TRLGD-CU», en *RdDP*, núm. 26, 2011, pp. 121 y ss.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «Sentencia de 18 de febrero de 2010. Transmisión de parcela de terreno y previa construcción en ella de edificación (vivienda futura). Contrato de compraventa de cosa futura. Contrato de obra. Objetivo del contrato: unitario (terreno con edificación) o dual (parcela de terreno y edificación a realizar). Precio fijado a tanto alzado o por unidad de medida. Interpretación del contrato. Menor superficie construida que la convenida. Incumplimiento de contrato. Exigencia de cumplimiento de contrato. Facultad resolutoria. Indemnización», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 223 y ss.
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia: «Sentencia de 20 de noviembre de 2009: Pago con pagaré y acción directa», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 21 y ss.
- AYLLÓN SANTIAGO, Héctor: «Problemas actuales del contrato de aparcamiento», en *AC*, núm. 8, 2011.
- AGUILERA RULL, Ariadna; REDING, Viviane, y AZAGRA MALO, Albert: «Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional», en *InDret*, 2011-1.
- AYALA TORRES, María José: «La acción directa del artículo 1597 del Código Civil en la obra pública: ¿tiene un futuro el (proyecto) del artículo 211.6 de la Ley de Contratos del Sector Público?», en *RGLJ*, núm. 1, 2011, pp. 43 y ss.
- AZAGRA MALO, Albert; AGUILERA RULL, Ariadna, y REDING, Viviane: «Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional», en *InDret*, 2011-1.
- BENITO LLOPIES-LLOMBART, Marco de: «Tres apuntes sobre la reforma de la Ley de Arbitraje», en *La Ley*, núm. 7533, 2010.
- BERROCAL LANZAROT: «Responsabilidad civil en Internet», en *PDD*, núm. 89, 2011, pp. 6 y ss.
- BLANCH NOUGUÉS, José María: «Acerca de la *Datio in solutum necessaria* en el derecho romano, en la tradición jurídica europea y en los códigos civiles iberoamericanos», en *RJUAM*, núm. 21, 2010, pp. 33 y ss.
- BORETTO, Mauricio: «La relación de causalidad en la responsabilidad civil del sujeto controlante por los daños ocasionados a la sociedad controlada», en *RCDI*, núm. 724, 2011, pp. 891 y ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Inmuebles y responsabilidad civil extracontractual», en *PDD*, núm. 93, 2011, pp. 6 y ss.
- «El control judicial del laudo arbitral de consumo en el proceso de ejecución», en *Aranzadi Civil*, núm. 7, 2010, pp. 45 y ss.
- CARLOS BERTRÁN, José Manuel: «Contratos entre accionistas: indemnización por incumplimiento, situación actual, alternativas contractuales, la cláusula penal», en *La Ley*, núm. 7579, 2011.
- CARRANCHO HERRERO, María Teresa: «Daño al honor derivado de la inclusión en *listas de morosos*», en *PDD*, núm. 91, 2011, pp. 6 y ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Regulación de los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales: ¿pero de verdad se ha derogado el régimen de contratos de distribución de automóviles de la Ley de Economía Sostenible?», en *La Ley*, núm. 7615, 2011.

- CASTELLANOS RUIZ, Esperanza: «Aspectos de Derecho Internacional Privado en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007): nuevos modelos de análisis», en *RCDI*, núm. 722, 2010, pp. 2725 y ss.
- CASTILLA CUBILLAS, Manuel: «La nueva regulación de los cargos por el uso de las tarjetas de crédito en EE.UU. y la ampliación de la brecha transatlántica en materia de protección de sus usuarios», en *CDC*, núm. 53, 2010, pp. 153 y ss.
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Juan Ignacio: «La seguridad jurídica en el tráfico de bienes y derechos, con especial énfasis en el tema del control de la legalidad y el uso de nuevas tecnologías en el ámbito notarial», en *RJNot*, núm. Extraordinario 10, 2010, pp. 9 y ss.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «Sentencia de 18 de mayo de 2010. Responsabilidad de un prestador de un servicio intermediario de la sociedad de la información, de alojamiento, por la intromisión ilegítima causada por un comentario enviado a un foro», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 447 y ss.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: «Estudio sobre la compatibilidad de las normas que regulan la garantía personal dependiente en el «Draft Common Frame of Reference» (DCFR) con el Código Civil Español», en *RDP*, núm. 1-2, 2011, pp. 29 y ss.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Sentencia de 22 de marzo de 2010. Inaplicación retroactiva del plazo de prescripción del artículo 18 de la LOE a edificaciones preexistentes a su entrada en vigor», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 339 y ss.
- COSIALLS UBACH, Andrés Miguel: «Acción de responsabilidad de los administradores sociales», en *PDD*, núm. 93 2011, pp. 64 y ss.
- CUENA CASAS, Matilde: «Doble venta: los efectos de la definitiva toma de partido del Tribunal Supremo», en *RCDI*, núm. 722, 2010, pp. 2909 y ss.
- D'ERCOLE, Carlos: «Las nuevas fronteras del mercado de control en las crisis de las empresas: (nueva financiación, compra de créditos a los acreedores, desdoblamiento del voto en los derivados sobre la deuda y remuneración de los administradores)», en *ADCon*, núm. 22, 2011, pp. 139 y ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Los modelos de tutela del adquirente de vivienda no terminada en los derechos italiano y español: contratante débil o consumidor. Aplicación a formas de adquisición distintas de la compraventa», en *RDP*, núm. 1-2, 2011, pp. 3 y ss.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «Sobre la indemnización de la gran invalidez por accidente de tráfico», en *RdDP*, núm. 26, 2011, pp. 99 y ss.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel: «La contratación internacional en caso de crisis empresarial», en *ADCon*, núm. 22, 2011, pp. 105 y ss.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Sentencia de 22 de abril de 2010. Venta de bienes de hijos menores por sus padres sin autorización judicial. Venta de bienes comunes por comunero. Venta por usufructuario. Renuncia en perjuicio de terceros», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 393 y ss.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela: «Sentencia de 31 de mayo de 2010. Indemnización por daños derivados de lesión determinante de incapacidad permanente distinta de gran invalidez, derivada de accidente de circulación de vehículos de motor. Daños y perjuicios de familiares del lesionado incapaz permanente absoluto», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 457 y ss.

- FERRANTE, Alfredo: «Consumidor y jerarquía de los remedios relativos a la subsanación de la falta de conformidad: ¿desajustes o mejoras en la propuesta de Directiva sobre consumidores?», en *RdDP*, núm. 26, 2011, pp. 181 y ss.
- FLORES GONZÁLEZ, Begoña: «Enajenaciones que originan los derechos de tanteo y retracto en la Ley de Arrendamientos Rústicos», en *AC*, núm. 6, 2011.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio: «Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias», en *RdDP*, núm. 26, 2011, pp. 147 y ss.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka H.: «Causa de la obligación frente a causa del contrato en el Código Civil Español: una exposición crítica (a propósito de la propuesta de modernización del derecho de obligaciones formulada por la Comisión General de Codificación)», en *RDP*, núm. 11-12, 2010, pp. 29 y ss.
- GARCÍA GARCÍA, Francisco Javier: «Ejercicio de la acción de reducción de donaciones inoficiosas», en *La Ley*, núm. 7604, 2011.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Sentencia de 12 de julio de 2010. Compensación por clientela en contrato de concesión o distribución en exclusiva», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 609 y ss.
- GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *RGLJ*, núm. 4, 2010, pp. 717 y ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José, y HEREDIA CERVANTES, Iván: «La ley aplicable a las prendas o cesiones de créditos: novedades legislativas», en *La Ley*, núm. 7629, 2011.
- GÁZQUEZ SERRANO, Laura: «Daños causados por ruina del edificio», en *PDD*, núm. 90, 2011, pp. 64 y ss.; y en *La Ley*, núm. 7631, 2011.
- GINÉS CASTELLET, Nuria: «Enriquecimiento injusto y contrato, ¿la equivalencia de prestaciones como exigencia de un principio de justicia contractual?: una mirada a la rescisión por lesión en Cataluña», en *La Ley*, núm. 7543, 2011.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Crítica a la tesis procesalista de la adquisición derivada de la ejecución de un embargo, doctrina obsoleta y superada: (en defensa de la doctrina jurisprudencial consagrada en la STS de 5 de marzo de 2007)», en *RCDI*, núm. 723, 2011, pp. 11 y ss.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Pluralidad de responsables de un daño al medio ambiente: el artículo 11 de la Ley de Responsabilidad medioambiental», en *RCDI*, núm. 723, 2011, pp. 31 y ss.
- «Sentencia de 10 de diciembre de 2009. Valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Relevancia que haya de tener el fallecimiento de la víctima por causas ajenas al accidente en la indemnización a la que tienen derecho los familiares perjudicados. Cálculo de los intereses de demora que debe pagar la compañía aseguradora», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 23 y ss.
- GÓMEZ VALENZUELA, Esperanza: «Jurisdicción competente y Derecho aplicable en daños transfronterizos y en espacios donde ningún Estado ejerce soberanía», en *PDD*, núm. 94, 2011, pp. 6 y ss.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: «Sentencia de 15 de marzo de 2010. Compraventa de vivienda sobre plano. Obligaciones de información y docu-

- mentación a favor del adquirente. Proyecto de ejecución contradicho por la memoria de calidades incorporada al contrato. Requisitos del carácter vinculante de la información precontractual», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 323 y ss.
- HEREDIA CERVANTES, Iván: «Tratamiento concursal del convenio arbitral: la modificación del artículo 52.1 de la Ley Concursal (1)», en *La Ley*, núm. 7576, 2011.
- HEREDIA CERVANTES, Iván, y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: «La ley aplicable a las prendas o cesiones de créditos: novedades legislativas», en *La Ley*, núm. 7629, 2011.
- IBARRA SÁNCHEZ, Juan Luis: «El nuevo y alternativo sistema de las notificaciones en los desahucios sumarios civiles», en *La Ley*, núm. 7540, 2011.
- JIMÉNEZ BUESO, Álvaro: «El procedimiento de declaración de nulidad de los actos y disposiciones dictados en fraude de la ejecución de sentencias en materia de urbanismo», en *La Ley*, núm. 7568, 2011.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «El derecho legal de desistimiento: presente y (posible) futuro», en *AC*, núm. 7, 2011.
- JUAN GÓMEZ, Mateo: «Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés», en *La Ley*, núm. 7581, 2011.
- LEÓN GONZÁLEZ, José María: «La culpa del dañado en la responsabilidad extracontractual», en *PDD*, núm. 90, 2011, pp. 6 y ss.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier: «El crédito contra el fiador solidario declarado en concurso: su tratamiento jurisprudencial», en *La Ley*, núm. 7525, 2010.
- MACÍAS CASTILLO, Agustín: «Efectos del derecho de garantía prestado por un tercero en el supuesto de adhesión de un convenio de suspensión de pagos», en *AC*, núm. 22, 2010.
- MAEDA, Michiyo: «La falsa representación en las relaciones precontractuales en Japón: Estudio comparativo entre la Ley de Contratos del Consumidor (LCC) y el anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil Japonés (CCJ)», en *RGLJ*, núm. 1, 2011, pp. 59 y ss.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Soluciones ante la indebida retención de documentos por el profesional al que se revoca la autorización de prestación de servicios», en *La Ley*, núm. 7552, 2011.
- «Aplicación orientativa del baremo de tráfico a supuestos de lesiones distintos al derecho de la circulación», en *La Ley*, núm. 7574, 2011.
- MARCOS FRANCISCO, Diana: «El arbitraje y la protección de los consumidores en los ordenamientos jurídicos español e irlandés», en *AC*, núm. 3, 2011.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Sentencia de 19 de febrero de 2010. Contratos vinculados al margen de la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo. Propagación de la ineficacia del contrato de enseñanza al contrato de préstamo vinculado. Nulidad de la cláusula de exoneración de responsabilidad del prestamista incluida en el contrato de préstamo. Interpretación de la «gratuidad» del préstamo y del «acuerdo previo», concertado en exclusiva», entre el prestamista y proveedor», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 245 y ss.
- «Protección del consumidor y crédito al consumo. Análisis del proyecto de ley de contratos de créditos al consumo», en *RDP*, núm. 1-2, 2011, pp. 59 y ss.
- MARTÍN GARCÍA, María del Lirio: «Autorregulación publicitaria y defensa de los intereses del consumidor: ¿más allá de la protección otorgada por el

- legislador? (Ley 29/2009 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)» (1), en *AC*, núm. 5, 2011.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ, Luis: «Responsabilidad civil del auditor de cuentas», en *La Ley*, núm. 7530, 2010.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Sentencia de 20 de enero de 2010. Agencias de viajes: viajes combinados, responsabilidad solidaria de mayoristas y minoristas frente a los consumidores por muerte y lesiones de viajeros en accidente de autocar judicialmente imputado al conductor, sin perjuicio de las acciones de regreso que existan entre ellos; inexigibilidad de pacto expreso de solidaridad», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 119 y ss.
- MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María: «Compensación patrimonial en caso de ruptura de uniones de hecho», en *PDD*, núm. 89, 2011, pp. 76 y ss.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María: «Sentencia de 1 de junio de 2010. Arrendamiento de cosas: frustraciones del fin del negocio. Cláusula *rebus sic stantibus*», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 479 y ss.
- MAS BADÍA, María Dolores: «Sentencia de 10 de junio de 2010. Error, sustancial y excusable, en el consentimiento. Compraventa de empresa naviera, por medio de la adquisición de la totalidad de sus acciones, garantizando los vendedores un determinado valor patrimonial de la empresa de que se desprendía su viabilidad, cuando realmente estaba en situación de quiebra de hecho, como pusieron de relieve la auditoría y la tasación pactadas en el propio contrato. Anulación del contrato y recíproca restitución de las prestaciones. Indemnización de daños y perjuicios con base en la responsabilidad contractual», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 491 y ss.
- MATEO y VILLA, Íñigo: «De la cláusula arbitral en materia de consumo», en *RCDI*, núm. 723, 2011, pp. 79 y ss.
- MEDINA ALCOZ, María: «El espectador activo y el peligro del toro saltarán: un caso de *nova causa interveniens* para el Ayuntamiento organizador del festejo taurino. A propósito de la STS (Sala 3.ª) de 2 de octubre de 2009», en *PDD*, núm. 92, 2011, pp. 6 y ss.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, María del Carmen: «La reparación del daño moral y los derechos de la personalidad», en *AC*, núms. 21 y 22, 2010.
- MUÑOZ GIL, Carlos: «Contratación y servicios turísticos: especial estudio de la legislación valenciana sobre turismo», en *La Ley*, núm. 7551, 2011.
- MURILLO VILLAR, Alfonso: «El interés de las partes en el contenido del contrato: de Roma al Proyecto de Código Europeo de Contratos», *RJNot*, núm. 75, 2010, pp. 369 y ss.
- NANCLARES VALLE, Javier: «La exclusión de la prórroga forzosa en los arrendamientos de vivienda tras la reforma del artículo 9.3 LAU», *RJNot*, núm. 75, 2010, pp. 391 y ss.
- PACHECO CAÑETE, Matilde: «La responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Reflexiones a propósito de la nueva Ley de Auditoría de Cuentas, la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo y la Recomendación Europea de limitación de la responsabilidad», en *RDDP*, núm. 26, 2011, pp. 235 y ss.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «Aspectos procesales de la impugnación de los contratos de permuta financiera o SWAPS», en *La Ley*, núm. 7565, 2011.

- PÉREZ GURREA, Rosana: «La responsabilidad extracontractual: fundamento y función del derecho de daños», en *RCDI*, núm. 722, 2010, pp. 2948 y ss.
- PÉREZ RAMOS, Carlos: «La doble venta: ¿una vuelta de tuerca?», *RJNot*, núm. 75, 2010, pp. 487 y ss.
- PICATOSTE BOBILLO, Julio: «El derecho de información en la contratación con consumidores» (1), en *AC*, núm. 4, 2011.
- PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José: «La indemnización por clientela en el derecho arrendaticio español», en *RGLJ*, núm. 4, 2010, pp. 661 y ss.
- PUETZ, Achim: «Sentencia de 24 de junio de 2010. Arrendamiento de servicios; secretario no consejero; desistimiento, cláusula de «blindaje»; cláusula penal, indemnización por falta de preaviso», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 553 y ss.
- PUYALTO FRANCO, María José: «Análisis crítico de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito», en *RPJ*, núm. 89, 2009, pp. 265 y ss.
- REDING, Viviane; AGUILERA RULL, Ariadna, y AZAGRA MALO, Albert: «Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional», en *InDret*, 2011-1.
- RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón: «La rectificación por el TS de su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las Leyes internas que infringen el Derecho comunitario», en *La Ley*, núm. 7570, 2011.
- RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: «El principio de conformidad en la venta de bienes de consumo: garantías y servicios posventa», en *Aranzadi Civil*, núm. 9, 2011, pp. 97 y ss.
- RODRÍGUEZ-PALMERO SUEMA, María: «La cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota: su vinculación con la categoría del miedo o temor al incumplimiento», en *La Ley*, núm. 7583, 2011.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción», en *La Ley*, núm. 7646, 2011.
- «Las acciones de *Wrongful birth* y *Wrongful life* en el Ordenamiento jurídico español», en *RCDI*, núm. 722, 2010, pp. 2559 y ss.
- SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma: «Sentencia de 22 de diciembre de 2009. Condiciones generales. Control de transparencia de las cláusulas. Elementos esenciales recogidos en condiciones generales. Error como vicio de la condición general o como vicio del consentimiento prestado para el contrato con condiciones. Negocios coligados. Ejercicio de la acción de cesación», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 65 y ss.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús María: «La cláusula de exclusividad en los contratos de distribución», en *La Ley*, núm. 7638, 2011.
- SÁNCHEZ REYERO, David: «Estudio sobre la responsabilidad de la persona jurídica, el doloso dependiente y el *corporate compliance*», en *La Ley*, núm. 7653, 2011.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «El derecho de desestimiento en la contratación a distancia de servicios financieros destinados a consumidores», en *RDNT*, núm. 25, 2011, pp. 19 y ss.

- SORIA SORJÚS, José: «La responsabilidad de los patronos de las fundaciones: especial consideración a la responsabilidad de los patronos de fundaciones en situación de insolvencia», en *La Ley*, núm. 7640, 2011.
- TORAL LARA, Estrella: «Daños causados por interrupción del suministro eléctrico», en *PDD*, núm. 90, 2011, pp. 67 y ss.
- TORRES ESCÁMEZ, Salvador: «Pasado, presente y futuro de la Mediación como sistema de solución de conflictos», en *AAMN*, núm. 50, 2010, pp. 95 y ss.
- TORRUBIA CHALMETA, Blanca: «El contrato de franquicia», en *CDC*, núm. 54, 2010, pp. 297 y ss.
- «El contrato de distribución selectiva», en *RCD*, núm. 8, 2011, pp. 93 y ss.
- «El contrato de concesión o de distribución exclusiva», en *RDP*, núm. 11-12, 2010, pp. 63 y ss.
- VARA DE PAZ, Nemesio: «La venta con pérdida», en *CDC*, núm. 54, 2010, pp. 107 y ss.
- VERDA y BEAMONTE, José Ramón de: «La responsabilidad de los titulares de los aparcamientos por incumplimiento de los deberes de custodia y de restitución (un estudio jurisprudencial)», en *La Ley*, núm. 7570, 2011.
- VICENTE DOMINGO, Elena: «Sentencia de 23 de marzo de 2010. Accidente de circulación. Ley aplicable. Criterios de valoración de los daños», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 349 y ss.
- YÁÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino: «El período de incapacidad y/o curación de las lesiones en los accidentes, y su indemnización», en *La Ley*, núm. 7526, 2010.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ALCÁZAR AVELLANEDA, Juan Miguel: «Posibilidad de inscripción de porción indivisa de finca con pacto de uso exclusivo», en *La Ley*, núm. 7658, 2011.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Sentencia de 16 de febrero de 2010. Enajenación de bienes de menor. Necesidad de autorización judicial. Retracto de comuneros», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 201 y ss.
- ARNAY MOYA, Federico: «La variable naturaleza jurídica del engalaberno», en *RdDP*, núm. 26, 2011, pp. 195 y ss.
- AYLLÓN SANTIAGO, Héctor: «La obra dramática», en *AC*, núm. 3, 2011.
- BATALLER I RUIZ, Enric: «El concepto de “fabricante” a los fines de la tutela brindada por el derecho *sui generis* sobre bases de datos: análisis de la sentencia núm. 429/2009, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15.ª, de 17 de diciembre de 2009», en *RDNT*, núm. 24, 2010, pp. 95 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia de 17 de mayo de 2010. Propiedad intelectual: cálculo de la indemnización debida por infracción del derecho de reproducción por medio de fotocopias cuando la correspondiente entidad de gestión de los derechos de la propiedad intelectual (CEDRO) opta, para su fijación, por la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la reproducción, de acuerdo con sus tarifas generales», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 425 y ss.

- CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio: «Consideraciones sobre la hipoteca flotante: el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria», en *RCDI*, núm. 723, 2011, pp. 299 y ss.
- CASAS ROJO, Juan Carlos: «Calificación de cláusulas de vencimiento anticipado en las hipotecas», en *La Ley*, núm. 7655, 2011.
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Juan Ignacio: «La seguridad jurídica en el tráfico de bienes y derechos, con especial énfasis en el tema del control de la legalidad y el uso de nuevas tecnologías en el ámbito notarial», en *RJNot*, núm. Extraordinario 10, 2010, pp. 9 y ss.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «La cláusula del artículo 10.1 e) Ley de Propiedad Intelectual y sus implicaciones: extensión de la protección por derechos de autor. Un estudio jurisprudencial», en *La Ley*, núm. 7628, 2011.
- CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto: «La Gestión Colectiva de los derechos de propiedad intelectual de los artistas: informe de la Comisión Nacional de Competencia de 2010 y doctrina reciente del Supremo», en *AC*, núm. 9, 2011.
- CORVO LÓPEZ, Felisa María: «Los derechos de sobreedificación y subedificación como alternativa al cambio de solar por edificación por edificación futura», en *Aranzadi Civil*, núm. 11, 2011, pp. 101 y ss.
- DURÁN RIVACOBA, Ramón: «Defensa civil de la propiedad intelectual e identificación del usuario de Internet» (1), en *AC*, núm. 10, 2011.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Sentencia de 22 de abril de 2010. Venta de bienes de hijos menores por sus padres sin autorización judicial. Venta de bienes comunes por comunero. Venta por usufructuario. Renuncia en perjuicio de terceros», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 393 y ss.
- GARCÍA CRESPO, José Manuel: «Mercado hipotecario y seguridad jurídica», en *La Ley*, núm. 7661, 2011.
- GARCÍA VIDAL, Ángel: «Sentencia de 30 de junio de 2010. El alcance de la excepción de uso experimental en derecho de patentes. Alcance de la excepción de uso experimental con anterioridad a la reforma de la LP operada por la Ley 29/2006», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 573 y ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José, y HEREDIA CERVANTES, Iván: «La ley aplicable a las prendas o cesiones de créditos: novedades legislativas», en *La Ley*, núm. 7629, 2011.
- GIL MEMBRADO, Cristina: «La suspensión de obra nueva como prevención frente al ruido», en *Aranzadi Civil*, núm. 10, 2011, pp. 91 y ss.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Crítica a la tesis procesalista de la adquisición derivada de la ejecución de un embargo, doctrina obsoleta y superada: (en defensa de la doctrina jurisprudencial consagrada en la STS de 5 de marzo de 2007)», en *RCDI*, núm. 723, 2011, pp. 11 y ss.
- GONZÁLEZ CABRERA, Inmaculada: «Algunas reflexiones sobre la futura regulación del derecho de aprovechamiento por turno en España», en *RdDP*, núm. 26, 2011 pp. 43 y ss.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA: «La inscripción de la cláusula de sustitución fideicomisaria en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 723, 2011, pp. 535 y ss.
- HEREDIA CERVANTES, Iván, y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: «La ley aplicable a las prendas o cesiones de créditos: novedades legislativas», en *La Ley*, núm. 7629, 2011.

- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «El acreedor hipotecario y el artículo 56 de la Ley Concursal», *RJNot*, núm. 75, 2010, pp. 75 y ss.
- MARÍN CALERO, Carlos: «Coordinación del Catastro con el Registro de la Propiedad y con las Escrituras Públicas, y de todos ellos con la realidad: segunda parte», *RJNot*, núm. 74, 2010, pp. 23 y ss.
- MECO TÓBAR, Fabiola: «A vueltas con una «desbocada» Ley de Costas o cuando el dominio público y la función social se hacen saltar por la ventana», en *RdDP*, núm. 26, 2011, pp. 209 y ss.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: «Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal», en *RCDI*, núm. 723, 2011, pp. 139 y ss.
- «*Mortgage Gat*: las incertidumbres sobre la ejecutabilidad de las hipotecas gestionadas por el *Mortgage Electronic Registration System* en Estados Unidos», en *RCDI*, núm. 724, 2011, pp. 845 y ss.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, María del Carmen: «Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho Español», en *RCDI*, núm. 722, 2010, pp. 2539 y ss.
- PIGNAGLIA-VILLALÓN y GAVIRA, Juan Ignacio: «Notas sobre el sentido de la incorporación al suelo en la hipótesis de construcción en suelo propio con materiales ajenos del artículo 360 del Código Civil Español», *RJNot*, núm. 74, 2010, pp. 291 y ss.
- REINA TARTIÈRE, Gabriel de: «Teoría general de las garantías reales», en *RCDI*, núm. 724, 2011, pp. 717 y ss.
- «Sobre el fundamento de los derechos reales y las raíces del sistema», *RJNot*, núm. 75, 2010, pp. 523 y ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «El derecho de acceso del autor a su obra», en *RGLJ*, núm. 4, 2010, pp. 695 y ss.
- ROMERO PAREJA, Agustín: «Derechos Intelectuales: su protección, lesión y gestión», *RJNot*, núm. 74, 2010, pp. 309 y ss.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «El derecho de foro», en *RCDI*, núm. 724, 2011, pp. 793 y ss.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «La aceptación de la hipoteca unilateral y la ejecución de la no aceptada», en *RdDP*, núm. 26, 2011, pp. 23 y ss.
- SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis: «Sobre la anotación preventiva de demanda de nulidad de la hipoteca», en *RCDI*, núm. 724, 2011, pp. 815 y ss.
- TORRUBIA CHALMETA, Blanca: «Adquisición, mantenimiento y agotamiento del derecho de marca en Internet», en *RDNT*, núm. 24, 2010, pp. 17 y ss.
- VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: «Subrogación hipotecaria», *RJNot*, núm. 74, 2010, pp. 347 y ss.

DERECHO DE FAMILIA

- ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar: «La incidencia de la Ley concursal en los regímenes económicos matrimoniales de Derecho foral, a la luz del reparto competencial establecido en la Constitución», en *DPC*, núm. 24, 2010, pp. 67 y ss.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Inscripción bienes gananciales y privativos en el Registro de la Propiedad: Análisis de la jurisprudencia de la D.G.R.N.», en *RJUAM*, núm. 21, 2010, pp. 227 y ss.

- BERENGUER ALBALADEJO, Cristina: «El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el *matrimonio gitano*», en *DPC*, núm. 24, 2010, pp. 109 y ss.
- BERMÚDEZ BALLESTEROS, María del Sagrario: «Criterios para determinar las consecuencias económicas derivadas de la ruptura de uniones de hecho: doctrina del Tribunal Supremo a partir de la STS de 12 de septiembre de 2005», en *Aranzadi Civil*,
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La patria potestad: modificación, suspensión, privación, exclusión, recuperación y extinción», en *RCDI*, núm. 723, 2011, pp. 479 y ss.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres», en *Aranzadi Civil*, núm. 7, 2010, pp. 105 y ss.
- DÍAZ ROMERO, María del Rosario: «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», en *La Ley*, núm. 7527, 2010.
- GASPAR LERA, Silvia: «El derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones: patria potestad y autonomía del menor», en *DPC*, núm. 24, 2010, pp. 333 y ss.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida», en *AC*, núm. 10, 2011.
- JORBA JORBA, Óscar: «Un caso práctico acerca de las diferencias de tributación en función del régimen económico matrimonial y su solución: o de cuando las rusas vuelven a tener encanto», en *RDF*, núm. 50, 2011, pp. 297 y ss.
- LAUROBA LACASA, María Elena: «Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta de Código Civil Catalán», en *RJC*, núm. 2, 2011, pp. 313 y ss.
- LLORENTE PINTOS, Roberto: «Una nueva vía de extinción de la pensión compensatoria: la sustitución de medidas en el divorcio», en *RDF*, núm. 50, 2011, pp. 21 y ss.
- LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel: «Decisión sobre la custodia: que la preservación del bien de los hijos sea real y no potencial», en *RDF*, núm. 50, 2011, pp. 287 y ss.
- LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: «Situación de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía», en *AC*, núm. 22, 2010.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho Catalán», en *RJC*, núm. 2, 2011, pp. 345 y ss.
- MARTÍNEZ RIPA, José: «Los negocios realizados por los padres sobre los bienes de los hijos sin autorización judicial: a propósito de la STS de 22 de abril de 2010», en *La Ley*, núm. 7566, 2011.
- MORENO VELASCO, Víctor: «Las deudas posteriores a la disolución de la sociedad de gananciales», en *La Ley*, núm. 7541, 2010.
- «El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales: los límites a la autonomía de la voluntad», en *La Ley*, núm. 7609, 2011.
- «Incumplimiento del régimen de comunicación del progenitor no custodio por voluntad de los hijos», en *La Ley*, núm. 7565, 2011.

- OLAGUIBEL, Almudena: «Adopción internacional en casos de emergencia. Caso de Haití», en *RDF*, núm. 50, 2011, pp. 297 y ss.
- PANERO ORIA, Patricia: «El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho», en *RDP*, núm. 1-2, 2011, pp. 97 y ss.
- PÉREZ MAYOR, Adrián: «Hijos no comunes convivientes: derechos y obligaciones en el Libro II del Codi Civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 1, 2011, pp. 133 y ss.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal: «Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil», en *La Ley*, núm. 7571, 2011.
- «La genérica validez de los pactos en previsión de la ruptura matrimonial», en *RDF*, núm. 49, 2010, pp. 63 y ss.
- REYES GALLUR, Juan José: «La liquidación de la sociedad de gananciales: algunas cuestiones procesales y sustantivas», en *RDF*, núm. 49, 2010, pp. 27 y ss.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio: a propósito de la STS de 14 de julio de 2010», en *La Ley*, núm. 7582, 2011.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Ángeles: «Un nuevo instrumento para la reclamación internacional de alimentos: el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008», en *RdDP*, núm. 26, 2011, pp. 221 y ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La modificación del régimen de guarda y custodia por voluntad del hijo», en *La Ley*, núm. 7600, 2011.
- «El deber de fidelidad conyugal y la responsabilidad civil por su infracción», en *La Ley*, núm. 7646, 2011.
- «Patria y potestad y enfermedades psíquicas», en *RDF*, núm. 49, 2010, pp. 297 y ss.
- SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «A propósito de varias sentencias de nuestro Tribunal Supremo sobre la responsabilidad de las deudas contraídas por un cónyuge casado bajo el régimen de gananciales», en *RCDI*, núm. 723, 2011, pp. 367 y ss.
- SOLÉ RESINA, Judith: «La regulación de la convivencia estable en pareja en el Libro II del Código Civil de Cataluña», en *AC*, núm. 8, 2011.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «Ley aragonesa de mediación familiar..., la que falta», en *La Ley*, núm. 7626, 2011.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «Pensión de viudedad: pensión compensatoria y principio de igualdad», en *RDF*, núm. 50, 2011, pp. 49 y ss.
- VALENTÍN REQUENA, José María: «Tercería de dominio. Oposición fundada en la nulidad del título del tercerista», en *RJC*, núm. 1, 2011, pp. 139 y ss.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio: «Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España», en *La Ley*, núm. 7621, 2011.
- «El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos», en *La Ley*, núm. 7526, 2010.
- YÁÑEZ VELASCO, Ricardo: «Parejas de hecho e igualdad constitucional. Perspectivas de Derecho sustantivo y procesal en el Ordenamiento jurídico balear», en *RCDI*, núm. 722, 2010, pp. 2699 y ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- BRANCÓS I NÚÑEZ, Enric: «La revocació de les disposicions d' última voluntat en el Llibre IV del Codi Civil», en *RJC*, núm.1, 2011, pp. 47 y ss.
- CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «La facultad del testador de imponer obligaciones a sus sucesores», *RJNot*, núm. 75, 2010, pp. 9 y ss.
- COSTAS RODAL, Lucía: «La sustitución fideicomisaria: especial referencia al fideicomiso de residuo», en *Aranzadi Civil*, núm. 11, 2011, pp. 25 y ss.
- FERNÁNDEZ DE FRUTOS, Marta: «Prohibición de discriminación por razón de nacimiento e interpretación de las disposiciones testamentarias por los órganos judiciales», en *RJC*, núm.1, 2011, pp. 119 y ss.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Sentencia de 13 de mayo de 2010. Fideicomiso de residuo. Amplitud de las facultades dispositivas de la heredera fiduciaria. Autorización expresa para disponer por actos *inter vivos*. No incluye la donación selectiva a algunos de los fideicomisarios. Burla del llamamiento realizado por el testador fideicomitente. Interpretación del testamento», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 393 y ss.
- GINÉS CASTELLET, Nuria: «Los pactos sucesorios en Cataluña: entre la tradición y la innovación», en *AC*, núm. 5, 2011.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA: «La inscripción de la cláusula de sustitución fideicomisaria en el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 723, 2011, pp. 535 y ss.
- MORETÓN SANZ, María Fernanda: «Cuestiones litigiosas sobre la preterición intencional y errónea: efectos y consecuencias de la tutela de la legítima cuantitativa sobre la sucesión testamentaria», en *RCDI*, núm. 722, 2010, pp. 2890 y ss.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «Discriminación por razón de nacimiento: derechos sucesorios de los adoptados» (1), en *AC*, núm. 1, 2011.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- AMAT LLOMBART, Pablo: «Sentencia de 21 de enero de 2010. Prescripción extintiva de las acciones de competencia desleal en el supuesto de actos de duración continuada. Interpretación y aplicación del artículo 21 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. Determinación y cómputo del *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 165 y ss.
- BATALLER I RUIZ, Enric: «El concepto de «fabricante» a los fines de la tutela brindada por el derecho sui generis sobre bases de datos: análisis de la sentencia núm. 429/2009, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15.^a, de 17 de diciembre de 2009», en *RDNT*, núm. 24, 2010, pp. 95 y ss.
- CULLEL, Cristina: «La liberización del espectro radioeléctrico en la Unión Europea: la Armonización del Dividendo Digital», en *RDNT*, núm. 25, 2011, pp. 49 y ss.

- EMBED IRUJO, José Miguel: «La inserción de una fundación en un grupo de empresas: problemas jurídicos», en *RDM*, núm. 278, 2010, pp. 1373 y ss.
- FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, Margarita: «UTES y AIEs y derecho de la competencia», en *La Ley*, núm. 7608, 2011.
- GARCÍA VIDAL, Ángel: «El contenido del derecho de «obtentor» de una variedad vegetal (luces y sombras del Convenio de la UPOV)», en *RDM*, núm. 279, 2011, pp. 99 y ss.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Asunción, y RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «La ventaja competitiva de las marcas tras su presencia en redes sociales», en *RDNT*, núm. 24, 2010, pp. 45 y ss.
- IRÁCULIS ARREGUI, Nerea: «Sentencia de 4 de marzo de 2010. Marcas: marcas con el término “sorpresa” y “Kinder sorpresa” en el envoltorio de papel de aluminio de un huevo de chocolate hueco en el centro; comercialización por la demandada de un producto similar cuyo envoltorio lleva también incorporada la palabra “sorpresa”; Competencia desleal por actos de imitación, de confusión, de aprovechamiento de la reputación ajena y por la aplicación de la cláusula general prohibitiva de la misma», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 291 y ss.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David: «El bluetooth como herramienta de publicidad móvil: a propósito de la conveniencia de incentivar la autorregulación», en *RDNT*, núm. 24, 2010, pp. 59 y ss.
- MARTÍ MIRAVALLS, Jauma: «Contrato de abanderamiento y nulidad por infracción del Derecho de la Competencia», en *RDM*, núm. 279, 2011, pp. 299 y ss.
- MASSAGER FUENTES, José: «Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales», en *InDret*, 2011-1.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «La reclamación ante los tribunales españoles de los daños sufridos en violación del Derecho europeo de la competencia», en *GJ*, núm. 19, 2011, pp. 11 y ss.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, José Antonio: «Entidades financieras, privacidad y protección de datos», en *RDNT*, núm. 25, 2011, pp. 35y ss.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Valerio: «Derecho de la competencia y función notarial», en *RCD*, núm. 8, 2011, pp. 123 y ss.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «La unificación de la doctrina jurisprudencial sobre la prescripción de las acciones de competencia desleal derivada de actos continuados», en *RCDI*, núm. 722, 2010, pp. 2678 y ss.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio: «Sentencia de 12 de julio de 2010. Comercialización de medicamentos genéricos y competencia desleal», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 589 y ss.
- SIGNES DE MESA, Juan Ignacio: «La independencia de los abogados de empresa y la protección del secreto profesional en la Unión Europea», en *RDM*, núm. 279, 2011, pp. 177 y ss.
- TAPIA HERMIDA, Antonio: «El concepto de *utilización de información privilegiada*», en *RDBB*, núm. 120, 2010, pp. 65 y ss.
- TORRUBIA CHALMETA, Blanca: «Adquisición, mantenimiento y agotamiento del derecho de marca en Internet», en *RDNT*, núm. 24, 2010, pp. 17 y ss.
- VIERA ÁLVAREZ, Christian: «La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del estado social», en *RJUAM*, núm. 21, 2010, pp. 197 y ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, y CAMPINS VARGAS, Aurora: «Revisión por los Tribunales de los informes de los auditores que fijan el valor real de las acciones con ocasión de un derecho de preferencia estatutario: (A propósito de la SAP de Madrid, de 23 de diciembre de 2009)», en *RDS*, núm. 35, 2011, pp. 301 y ss.
- ALONSO LEDESMA, Carmen: «De nuevo sobre la separación de consejeros nombrados por el sistema de representación proporcional por apreciar la existencia de conflicto de intereses del accionista al que están vinculados (A propósito de la sentencia del Juzgado de lo mercantil n.º 1 de Bilbao de 26 de enero de 2011)», en *La Ley*, núm. 7605, 2011.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «Fusión apalancada y asistencia financiera: el art. 35 de la Ley de Modificaciones Estructurales» en *AAMN*, núm. 50, 2010, pp. 119 y ss.
- ASTORGA MORANO, Ricardo: «El nuevo régimen legal de la escisión de sociedades: principales novedades: ámbito subjetivo, la segregación y la constitución de sociedad íntegramente participada mediante la transmisión del patrimonio», en *CDC*, núm. 53, 2010, pp. 127 y ss.
- BAGO ORIA, Blanca: «El funcionamiento de las primas de asistencia a las juntas de accionistas», en *RDM*, núm. 279, 2011, pp. 7 y ss.
- BASTANTE GRANELL, Víctor: «La responsabilidad de los administradores en las sociedades en concurso», en *PDD*, núm. 94, 2011, pp. 58 y ss.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: «Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores», en *AAMN*, núm. 50, 2010, pp. 157 y ss.
- CAMPINS VARGAS, Aurora, y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Revisión por los Tribunales de los informes de los auditores que fijan el valor real de las acciones con ocasión de un derecho de preferencia estatutario: (A propósito de la SAP de Madrid, de 23 de diciembre de 2009)», en *RDS*, núm. 35, 2011, pp. 301 y ss.
- CARLOS BERTRÁN, José Manuel: «Contratos entre accionistas: indemnización por incumplimiento, situación actual, alternativas contractuales, la cláusula penal», en *La Ley*, núm. 7579, 2011.
- CONDE TEJÓN, Antonio: «Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal (Solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión parcial de activo y pasivo)», en *RDS*, núm. 65, 2011, pp. 19 y ss.
- D'ERCOLE, Carlos: «Las nuevas fronteras del mercado de control en las crisis de las empresas (nueva financiación, compra de créditos a los acreedores, desdoblamiento del voto en los derivados sobre la deuda y remuneración de los administradores)», en *ADC*, núm. 22, 2011, pp. 139 y ss.
- DÍAZ RUIZ, Emilio: «El balance de fusión en la absorción de sociedades participadas en más de un 90 %», en *RDM*, núm. 278, 2010, pp. 1401 y ss.
- ESPÍN GUTIÉRREZ, Cristóbal: «Régimen jurídico aplicable a las modificaciones adicionales a una transformación societaria.: Comentario a la RDGRN de 16 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 5725)», en *RDS*, núm. 35, 2011, pp. 301 y ss.

- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, Íñigo: «Introducción: de la aplicación práctica de la LSP a su adaptación a la *Ley ómnibus*», en CDC, núm. Extra 1, 2010, pp. 17 y ss.
- Introducción al número extraordinario de la revista, dedicado al análisis de la Ley de Sociedades Profesionales, en el que se recogen diversos comentarios notariales orientados a la práctica.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «¿Pueden las sociedades anónimas profesionales ser sociedades cotizadas?», en RDS, núm. 35, 2011, pp. 277 y ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «El nuevo “test de balance” bajo las normas contables internacionales», en RDM, núm. 279, 2011, pp. 37 y ss.
- GALEOTE MÚÑOZ, María del Pilar: «Sobre los sindicatos de voto.: Comentario a la Sentencia núm. 453/2009 de 30 de diciembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Oviedo en el Recurso de Apelación 0000103, 2009», en RDS, núm. 35, 2011, pp. 321 y ss.
- GARCÍA LAPUENTE, Antonio: «Las cuentas anuales y el derecho de información y su ejercicio por los accionistas que titulan al menos el 25% del capital social», en RDS, núm. 35, 2011, pp. 267 y ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «La Ley de Sociedades de Capital: su repercusión en el ámbito notarial», *RJNot*, núm. 74, 2010, pp. 9 y ss.
- La exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada», *RJNot*, núm. 75, 2010, pp. 57 y ss.
- GONDRÁ ROMERO, José María: «La teoría contractual de la Sociedad Anónima: una aproximación a sus fundamentos teórico-económicos», en RDM, núm. 278, 2010, pp. 1171 y ss.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: «La Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y el retroceso del derecho civil», en AAMN, núm. 50, 2010, pp. 65 y ss.
- HERNADO CEBRIÁ, Luis: «Relaciones de la fundación con el mercado y la empresa: de la sociedad de fundación a la fundación de sociedad», en *RdDP*, núm. 26, 2011, pp. 71 y ss.
- IBÁÑEZ ALONSO, Javier: «Algunas consideraciones sobre la liquidación de la cuota del socio excluido: Comentario a la Resolución de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 28 de julio de 2009 (RJ 2009, 5678)», en RDS, núm. 35, 2011, pp. 335 y ss.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena: «La participación de la mujer en los Consejos de Administración de las Sociedades Corporativas», en RDM, núm. 278, 2010, pp. 1233 y ss.
- MACÍAS CASTILLO, Agustín: «Distinción entre el carácter no remunerado de administrador en las sociedades de capital y los servicios prestados por éste como Letrado de la sociedad», en AC, núm. 3, 2011.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora: «Los derechos individuales de los socios ante la modificación de los estatutos sociales en la sociedad limitada: tipología. Segunda Parte», en RDS, núm. 35, 2011, pp. 33 y ss.
- MAS BADÍA, María Dolores: «Sentencia de 10 de junio de 2010. Error, sustancial y excusable, en el consentimiento. Compraventa de empresa naviera, por medio de la adquisición de la totalidad de sus acciones, garantizando los vendedores un determinado valor patrimonial de la empresa de que se desprendía su viabilidad, cuando realmente estaba en situación de quiebra de hecho, como pusieron de relieve la auditoría y la tasación pactadas en el propio contrato. Anulación del contrato y recípro-

- ca restitución de las prestaciones. Indemnización de daños y perjuicios con base en la responsabilidad contractual», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 491 y ss.
- MINGOT AZNAR, Manuel: «Contenido y alcance del informe del experto independiente en las fusiones apalancadas del art. 35 LME», en *RDS*, núm. 35, 2011, pp. 211 y ss.
- NOVAL PATO, Jorge: «La adopción de acuerdos por mayoría en las sociedades de personas y su particular proyección en los sindicatos de voto», en *RDM*, núm. 278, 2010, pp. 1411 y ss.
- ORTUÑO BAEZA, María Teresa: «Nuevas propuestas en materia de participaciones propias (Un análisis tras las reformas de la Directiva 2006/68/CE; la Ley 16/2007 en materia contable, la LME y la LSC)», en *RDS*, núm. 35, 2011, pp. 91 y ss.
- PASTOR SEMPERE, Carmen: «Modelo de escisión parcial de una sociedad cooperativa (segregación de una sección y traspaso en bloque del patrimonio y de los socios a otra sociedad cooperativa adquirente)», en *RDS*, núm. 35, 2011, pp. 285 y ss.
- PUETZ, Achim: «Sentencia de 24 de junio de 2010. Arrendamiento de servicios; secretario no consejero; desistimiento, cláusula de “blindaje”; cláusula penal, indemnización por falta de preaviso», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 553 y ss.
- ROCAFORT NICOLAU, Alfredo: «El depósito de las cuentas anuales de las sociedades de capital en el Registro Mercantil», en *RDS*, núm. 35, 2011, pp. 233 y ss.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando: «Escisión parcial, Segregación y Aportación de rama de actividad», en *AAMN*, núm. 50, 2010, pp. 443 y ss.
- RODRÍGUEZ DELGADO, Juan Pablo: «Sentencia de 15 de junio de 2010. Disolución de sociedad anónima por paralización de órganos sociales que impide la formación de la voluntad social», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 529 y ss.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «Las sociedades anónimas de inversión en el mercado inmobiliario: efectos derivados de su deber de admisión a negociación en un mercado regulado español, miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico», en *RDBB*, núm. 120, 2010, pp. 181 y ss.
- RONCERO SÁNCHEZ, Antonio: «Ámbito de la exigencia del informe de expertos independientes en caso de fusiones posteriores a adquisiciones apalancadas», en *RDS*, núm. 35, 2011, pp. 257 y ss.
- SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín: «La prescripción de la acción individual de responsabilidad de los administradores: cuestiones en torno a la suspensión del «Dies a quo». (En busca de una sistematización)», en *CDC*, núm. 53, 2010, pp. 167 y ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «La igualdad de trato de los accionistas: ¿un principio general?», en *RDS*, núm. 35, 2011, pp. 19 y ss.
- TAPIA HERMIDA, Antonio: «La igualdad de los accionistas en las sociedades cotizadas (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 15 de octubre de 2009, asunto C-101/08)», en *RDS*, núm. 35, 2011, pp. 353 y ss.

- VARGAS VASSEROT, Carlos: «Las Sociedades Agrarias de Transformación.: Aproximación crítica a su régimen legal», en *RDS*, núm. 35, 2011, pp. 159 y ss.
- Notas sobre las recientes modificaciones del régimen de responsabilidad por la realidad y por la valoración de las aportaciones no dinerarias en la sociedad limitada (con algunas reflexiones adicionales sobre la responsabilidad de los fundadores por las aportaciones sociales en las sociedades de capital)», en *RDS*, núm. 35, 2011, pp. 181 y ss.
- VELARDAS PERALTA, Ángel: «Régimen y contenido de las ventajas de fundadores y promotores en el proceso de fundación de la sociedad anónima», en *CDC*, núm. 53, 2010, pp. 193 y ss.
- YANES YANES, Pedro: «La sociedad limitada de la economía sostenible», en *CDC*, núm. 54, 2010, pp. 13 y ss.
- «Los pactos parasociales no comunicados», en *La Ley*, núm. 7531, 2010.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- ALBA FERNÁNDEZ, Manuel, y RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa: «Las agencias de *rating* como terceros de confianza: responsabilidad civil extracontractual y protección de la seguridad del tráfico», en *RDBB*, núm. 120, 2010, pp. 141 y ss.
- ARRANZ PUMAR, Gregorio: «Ley de Economía Sostenible: cambios en la legislación del mercado de valores, régimen de las agencias de calificación y legislación de instituciones de inversión colectiva», en *La Ley*, núm. 7615, 2011.
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Juan Ignacio: «La seguridad jurídica en el tráfico de bienes y derechos, con especial énfasis en el tema del control de la legalidad y el uso de nuevas tecnologías en el ámbito notarial», en *RJNot*, núm. Extraordinario 10, 2010, pp. 9 y ss.
- FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, Margarita: «UTES y AIEs y derecho de la competencia», en *La Ley*, núm. 7608, 2011.
- FLORES DOÑA, María de la Sierra: «La Junta Europea de riesgo sistemático. The European Board of Systemic Risk», en *RDBB*, núm. 121, 2010, pp. 61 y ss.
- FUENTES NAHARRO, Mónica, y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español», en *ADCon*, núm. 22, 2011, pp. 9 y ss.
- GARCÍA CALVO, Lucas: «Análisis práctico de la «Guía sobre contratación pública y competencia» de la Comisión Nacional de la Competencia», en *La Ley*, núm. 7602, 2011.
- GARCÍA MAS, Francisco Javier: «Colaboración del notario con el Estado ante los nuevos desafíos de la sociedad: transparencia de los mercados financieros, blanqueo de capitales, urbanismo y medio ambiente. Otras posibilidades», en *RJNot*, núm. Extraordinario 11, 2010, pp. 9 y ss.
- GÓMEZ-JORDANA, Íñigo: «Sistemas institucionales de protección (SIP): algunas consideraciones preliminares», en *RDBB*, núm. 120, 2010, pp. 233 y ss.
- SAGARDÍA NAVARRO, Manuel: «El documento notarial al servicio de la seguridad de las inversiones. En particular, su fiabilidad para la publicidad

- registral y su fuerza ejecutiva», en *RJNot*, núm. Extraordinario 11, 2010, pp. 85 y ss.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo: «De la « banca pública» a las entidades de crédito públicas: delimitación y tipología. El caso español», en *RDBB*, núm. 121, 2010, pp. 93 y ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «El Real Decreto-Ley 11/2010 y la “mercantilización” de las cajas», en *RDBB*, núm. 121, 2010, pp. 173 y ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, y FUENTES NAHARRO, Mónica: «La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español», en *ADCon*, núm. 22, 2011, pp. 9 y ss.
- TAPIA: «El sistema europeo de Supervisión Financiera», en *RDBB*, núm. 121, 2010, pp. 9 y ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- ARRUÑADA, Benito: «Fundamentos institucionales de la contratación empresarial: una teoría del Registro Mercantil», en *RDM*, núm. 278, 2010, pp. 1291 y ss.
- BATALLER GRAU, Juan: «La reforma de la Ley de Contrato de Seguro», en *RDM*, núm. 279, 2011, pp. 203 y ss.
- D'ERCOLE, Carlos: «Las nuevas fronteras del mercado de control en las crisis de las empresas: (nueva financiación, compra de créditos a los acreedores, desdoblamiento del voto en los derivados sobre la deuda y remuneración de los administradores)», en *ADCon*, núm. 22, 2011, pp. 139 y ss.
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel: «La contratación internacional en caso de crisis empresarial», en *ADCon*, núm. 22, 2011, pp. 105 y ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Sentencia de 12 de julio de 2010. Compensación por clientela en contrato de concesión o distribución en exclusiva», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 609 y ss.
- GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco: «En torno a las consecuencias de la conexión contractual en el crédito al consumo: la superación jurisprudencial de las exigencias de la Ley 7/1995», en *RDM*, núm. 279, 2011, pp. 286 y ss.
- JUAN GÓMEZ, Matero: «Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés», en *La Ley*, núm. 7581, 2011.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael: «Sentencia de 8 de abril de 2010. Contrato de seguro. Delimitación de coaseguro y reaseguro. Cláusula de pago simultáneo que condiciona el abono de la indemnización al asegurado a que el asegurador-reasegurado haya cobrado del reasegurador. La discusión judicial relativa a la cobertura del siniestro como causa justificada para la no imposición del pago de los intereses de demora», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 375 y ss.
- MARTÍ MIRAVALLS, Jauma: «Contrato de abanderamiento y nulidad por infracción del Derecho de la Competencia», en *RDM*, núm. 279, 2011, pp. 299 y ss.
- MAS BADÍA, María Dolores: «Sentencia de 10 de junio de 2010. Error, sustancial y excusable, en el consentimiento. Compraventa de empresa naviera, por medio de la adquisición de la totalidad de sus acciones, garantizando los vendedores un determinado valor patrimonial de la

empresa de que se desprendía su viabilidad, cuando realmente estaba en situación de quiebra de hecho, como pusieron de relieve la auditoría y la tasación pactadas en el propio contrato. Anulación del contrato y recíproca restitución de las prestaciones. Indemnización de daños y perjuicios con base en la responsabilidad contractual», en *CCJC*, núm. 85, 2011, pp. 491 y ss.

MIRANDA SERRANO, Luis María: «La Ley 15/2010, de modificación de la normativa de lucha contra la morosidad, y su incidencia sobre el régimen de pago a proveedores de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *RCD*, núm. 8, 2011, pp. 15 y ss.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «Calificación concursal del crédito resultante de liquidación por vencimiento anticipado de un acuerdo de compensación contractual (ACC), con especial consideración del que incluya *swaps* de intereses», en *RDBB*, núm. 120, 2010, pp. 9 y ss.

RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo: «Resumen de Declarada la nulidad de un nuevo producto financiero: la opción *put* o *worst of* sobre cierta cesta de acciones, acompañada de SWAP», en *La Ley*, núm. 7588, 2011.

El artículo analiza una sentencia recaída en relación con un producto financiero que no había merecido previo pronunciamiento judicial: las opciones de venta «*put*» o «*worst of*», en las que se concede al SWAP un papel meramente secundario.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «El derecho de desestimiento en la contratación a distancia de servicios financieros destinados a consumidores», en *RDNT*, núm. 25, 2011, pp. 19 y ss.

TORRUBIA CHALMETA, Blanca: «El contrato de franquicia», en *CDC*, núm. 54, 2010, pp. 297 y ss.

— «El contrato de distribución selectiva», en *RCD*, núm. 8, 2011, pp. 93 y ss.

VARA DE PAZ, Nemesio: «La venta con pérdida», en *CDC*, núm. 54, 2010, pp. 107 y ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

ADAN DOMÈNECH, Federico: «De nuevo sobre la naturaleza ejecutiva del proceso cambiario», en *RDBB*, núm. 120, 2010, pp. 219 y ss.

IRACULIS ARREGUI, Nerea: «La representación cambiaria: omisión de la *contemplatio domini* (Doctrina jurisprudencial reciente)», en *RDBB*, núm. 120, 2010, pp. 251 y ss.

MACÍAS CASTILLOS, Agustín: «Falta de designación del tomador en un cheque por incumplimiento de los requisitos formales del título», en *AC*, núm. 9, 2011.

DERECHO CONCURSAL

ALBALADEJO CAMPOY, Miguel A.: «La prohibición de compensación de créditos en los concursos de acreedores», en *La Ley*, núm. 7653, 2011.

- ALONSO LEDESMA, Carmen: «Créditos contra la masa, comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos», en *RDCP*, núm. 14, 2011, pp. 41 y ss.
- ARRIBAS HERNÁNDEZ, Alberto: «La responsabilidad de los administradores sociales y personas afectadas por la calificación», en *RDCP*, núm. 14, 2011, pp. 97 y ss.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: «Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores», en *AAMN*, núm. 50, 2010, pp. 157 y ss.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «El concurso de la herencia», en *CDC*, núm. 53, 2010, pp. 13 y ss.
- «La acción rescisoria concursal y otras acciones de impugnación», en *CDC*, núm. 54, 2010, pp. 189 y ss.
- CANLE, José Ignacio: «Concurso de acreedores y SWAP de tipos de interés», en *ADCon*, núm. 22, 2011, pp. 351 y ss.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino: «La cooperativa de consumidores y usuarios en concurso», en *CDC*, núm. 54, 2010, pp. 253 y ss.
- «La insuficiencia de la masa activa como causa de conclusión del concurso en la propuesta de Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal», en *RDP*, núm. 1-2, 2011, pp. 81 y ss.
- FERNÁNDEZ TORRES, Isabel y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del art. 35 LME)», en *RDCP*, núm. 14, 2011, pp. 109 y ss.
- FUENTES NAHARRO, Mónica, y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español», en *ADCon*, núm. 22, 2011, pp. 9 y ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto: «La rescisión de las garantías hipotecarias de los acreedores profesionales (art. 10 LMH)», en *ADCon*, núm. 22, 2011, pp. 289 y ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés: «Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 14, 2011, pp. 151 y ss.
- HEREDIA CERVANTES, Iván: «Tratamiento concursal del convenio arbitral: la modificación del artículo 52.1 de la Ley Concursal (1)», en *La Ley*, núm. 7576, 2011.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «Repercusiones de la declaración de concurso en la prestación civil de alimentos», en *RDCP*, núm. 14, 2011, pp. 173 y ss.
- HUERTAS LLORT, David: «Los procedimientos monitorios interpuestos contra el concursado con anterioridad a la declaración de concurso», en *AC*, núm. 4, 2011.
- HURTADO IGLESIAS, Santiago: «La reforma concursal: anteproyecto de 17 de diciembre de 2010», en *RDCP*, núm. 14, 2011, pp. 17 y ss.
- LINARES GIL, Maximino I.: «Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el Real Decreto-Ley 6/2010», en *RDCP*, núm. 14, 2011, pp. 193 y ss.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier: «El crédito contra el fiador solidario declarado en concurso: su tratamiento jurisprudencial», en *La Ley*, núm. 7525, 2010.
- MACÍAS CASTILLO, Agustín: «Efectos del derecho de garantía prestado por un tercero en el supuesto de adhesión de un convenio de suspensión de pagos», en *AC*, núm. 22, 2010.

- MAIRATA LAVIÑA, Jaime, y ROLDÁN SANTÍAS, Francisco: «El recurso de casación en los incidentes concursales: necesidad de una modificación interpretativa», en *La Ley*, núm. 7543, 2011.
- MORENO RODRÍGUEZ, Antonio: «La administración concursal», en *RDCP*, núm. 14, 2011, pp. 57 y ss.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «La calificación concursal de los créditos nacidos de los contratos con obligaciones recíprocas», en *RCDI*, núm. 724, 2011, pp. 751 y ss.
- MÚÑOZ BENAVIDES, Carmen: «La competencia objetiva de los Juzgados mercantiles para conocer de las ejecuciones de garantías reales en el procedimiento concursal», en *La Ley*, núm. 7545, 2011.
- OLAIZOLA MARTÍNEZ, Fernando: «Crisis económica y reforma concursal: soluciones convencionales a la insolvencia», en *AAMN*, núm. 50, 2010, pp. 185 y ss.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «Calificación concursal del crédito resultante de liquidación por vencimiento anticipado de un acuerdo de compensación contractual (ACC), con especial consideración del que incluya *swaps* de intereses», en *RDBB*, núm. 120, 2010, pp. 9 y ss.
- ORDIZ FUERTES, Concepción: «La posición de la Hacienda Pública en el concurso a la luz de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo», en *RDCP*, núm. 14, 2011, pp. 205 y ss.
- «Administraciones públicas y concurso», en *RDCP*, núm. 14, 2011, pp. 73 y ss.
- ORELLANA CANO, Nuria A.: «Aspectos laborales del concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 14, 2011, pp. 83 y ss.
- «La incidencia en el concurso de la reforma laboral operada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre», en *ADCon*, núm. 22, 2011, pp. 241 y ss.
- PÉREZ-CRESPO PAYÁ, Francisco: «Convenio, liquidación y procedimiento abreviado», en *RDCP*, núm. 14, 2011, pp. 63 y ss.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús: «El “Modelo” de administración concursal acogido en la Ley Concursal», en *La Ley*, núm. 7634, 2011.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación», en *RDCP*, núm. 14, 2011, pp. 25 y ss.
- «Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio: cláusulas convencionalmente pactadas», en *RDM*, núm. 279, 2011, pp. 147 y ss.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «La solicitud de declaración de concurso de la persona jurídica por sujetos personalmente responsables de sus deudas», en *ADCon*, núm. 22, 2011, pp. 335 y ss.
- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, Jorge: «Efectos de la legislación concursal en la crisis empresarial: luces y sombras», en *AAMN*, núm. 50, 2010, pp. 327 y ss.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María: «Aplicación de las reglas de la Ley concursal sobre insolvencias transfronterizas», en *RDCP*, núm. 14, 2011, pp. 135 y ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, y FUENTES NAHARRO, Mónica: «La insolvencia de los grupos: los trabajos de la CNUDMI y el Derecho concursal español», en *ADCon*, núm. 22, 2011, pp. 9 y ss.
- VALERO, Ángel: «Problemas de las hipotecas en los acuerdos de refinanciación», en *ADCon*, núm. 22, 2011, pp. 207 y ss.

VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás: «Los efectos del concurso sobre los contratos administrativos a la luz del Real Decreto-Ley 6/2010», en *ADCon*, núm. 22, 2011, pp. 315 y ss.

VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: «Concurso de persona física casada y registro de la propiedad», en *ADCon*, núm. 22, 2011, pp. 177 y ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Demarcaciones hidrográficas, planificación hidrológica y programas de medidas», en *RDU*, núm. 261, 2010, pp. 13 y ss.

ARAGÓN CÁNOVAS, Francisco Javier: «La aplicación de la Directiva Bolkes-tein y el verdadero reto de la liberalización de los servicios: turismo y urbanismo», en *RDU*, núm. 263, 2011, pp. 59 y ss.

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: «La restauración del orden urbanístico infringido: de la demolición como medida excepcional a la demolición como medida característica», en *RDU*, núm. 263, 2011, pp. 35 y ss.

BERMÚDEZ PALOMAR, Valeriano: «Urbanismo sostenible y suelo rústico», en *RUE*, núm. 22, 2010, pp. 147 y ss.

BLANES CLIMENT, Miguel Ángel: «La acreditación de suficiencia de recursos hídricos en los desarrollos urbanísticos», en *RDU*, núm. 265, 2011, pp. 45 y ss.

BLASCO ESTEVE, Avelino: «La planificación territorial de las zonas turísticas en España», en *RDU*, núm. 262, 2010, pp. 17 y ss.

BORRÁS PENTINAT, Susana: «La estrategia marina europea y su transposición en España», en *RDA*, núm. 19, 2011, pp. 99 y ss.

BREMOND Y TRIANA, Luis María: «Las paredes dotacionales de equipamiento sin servicio público establecido: ¿son bienes demaniales?», en *RDU*, núm. 263, 2011, pp. 15 y ss.

CABELLO MARTÍNEZ, Gabriel: «La potestad de planeamiento: la concreción del derecho de propiedad urbana por los municipios», en *RUE*, núm. 22, 2010, pp. 79 y ss.

CARLÓN RUIZ, Matilde: «La ordenación del litoral y su entrecruzamiento con la legislación de costas: una visión panorámica (parte segunda)», en *RUE*, núm. 22, 2010, pp. 15 y ss.

CORTINA RAMOS, Albert: «Las cartas del paisaje: un instrumento de concertación territorial y de compromiso ético a favor del paisaje», en *RDU*, núm. 263, 2011, pp. 167 y ss.

DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José: «Comentarios y valoraciones a propósito de los informes del Parlamento Europeo en relación con la actividad urbanística en España y su negativa afectación al medio ambiente (en particular en la Comunidad Valenciana)», en *RDA*, núm. 19, 2011, pp. 13 y ss.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica: «Los caudales ecológicos como manifestación de la gestión ecológica del agua en la normativa comunitaria española: procedimiento de determinación e implantación», en *RDU*, núm. 261, 2010, pp. 79 y ss.

FEIJÓO MIRANDA, Antonio: «Realojamiento y retorno de los ocupantes de viviendas: incidencia en la equitativa distribución de los beneficios y car-

- gas derivados de la ejecución del planteamiento urbanístico», en *RUE*, núm. 22, 2010, pp. 163 y ss.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco: «La declaración de interés general de las obras hidráulicas y su incidencia sobre la obligación de tratamiento de las aguas residuales vertidas a los ríos», en *RDA*, núm. 19, 2011, pp. 119 y ss.
- FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, Gonzalo: «El derecho a la vivienda en el ordenamiento jurídico español. Especial referencia a los Estatutos de Autonomía», en *RUE*, núm. 22, 2010, pp. 111 y ss.
- GRAU ÁVILA, Sebastián: «De nuevo una institución metropolitana para el área de Barcelona», en *RDU*, núm. 263, 2011, pp. 103 y ss.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio: «El régimen jurídico estatal y autonómico de la situación básica rural y de la clasificación de suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma Valenciana», en *RDU*, núm. 263, 2011, pp. 71 y ss.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Juan Felipe: «Régimen urbanístico de los terrenos sujetos a servidumbre de dominio público hidráulico», en *RDU*, núm. 265, 2011, pp. 13 y ss.
- JIMÉNEZ BUESO, Álvaro: «El procedimiento de declaración de nulidad de los actos y disposiciones dictados en fraude de la ejecución de sentencias en materia de urbanismo», en *La Ley*, núm. 7568, 2011.
- LATORRE HERNÁNDEZ, Manuel: «La vivienda de protección pública en los planes y programas: reservas de edificabilidad residencial y otras medidas de fomento», en *RDU*, núm. 262, 2010, pp. 71 y ss.
- LOPES, Dulce: «¿Una nueva Ley de Suelo para Portugal?», en *RDU*, núm. 262, 2010, pp. 141 y ss.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía: «El principio europeo de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua y su aplicación en el Derecho Español», en *RDU*, núm. 265, 2011, pp. 89 y ss.
- MORALO IZA, Víctor M.: «Habilitación urbanística de actividades extractivas: dos perspectivas legales contradictorias», en *RDU*, núm. 263, 2011, pp. 151 y ss.
- MUÑOZ AMOR, María del Mar: «Aproximación a la protección del paisaje desde el punto de vista de la planificación hidrológica», en *RDU*, núm. 261, 2010, pp. 15119 y ss.
- ORTIZ BALLESTER, Josep: «Valor de mercado, valor urbanístico y el principio de igualdad en la expropiación forzosa», en *RUE*, núm. 22, 2010, pp. 187 y ss.
- RAMÍREZ DE LA SERNA, Rafael: «Naturaleza y destino del Patrimonio Municipal de Suelo en la Ley 7/2002», en *RDU*, núm. 262, 2010, pp. 127 y ss.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca: «La normativa forestal dirigida a favorecer a la conservación y calidad del recurso hídrico. Virtualidad y propuestas ante el cambio climático», en *RDU*, núm. 265, 2011, pp. 137 y ss.
- ROGER FERNÁNDEZ, Gerardo: «Innovaciones en la producción de vivienda protegida en la ciudad consolidada», en *RDU*, núm. 263, 2011, pp. 15 y ss.
- SÁNCHEZ GOYANES, Enrique, y SANZ JUSDADO, Ignacio: «Medidas urgentes» de reforma de la legislación gallega (marco teórico de una política urbanística) y su interrelación con el plan de ordenación del lito-

- ral tras ellas ya aprobado inicialmente (plasmación práctica de otra)», en *RUE*, núm. 22, 2010, pp. 51 y ss.
- SANZ JUSDADO, Ignacio, y SÁNCHEZ GOYANES, Enrique: Las «medidas urgentes» de reforma de la legislación gallega (marco teórico de una política urbanística) y su interrelación con el plan de ordenación del litoral tras ellas ya aprobado inicialmente (plasmación práctica de otra)», en *RUE*, núm. 22, 2010, pp. 51 y ss.
- SANZ RUBIALES, Iñigo: «El almacenamiento geológico de dióxido de carbono en la Directiva 2009/31, de 23 de abril», en *RDA*, núm. 19, 2011, pp. 75 y ss.
- SASTRE BECEIRO, Mónica: «Comentarios a la Ley 9/2010 de 30 de julio, de Aguas para Andalucía: en especial los derechos de uso y el régimen económico-financiero», en *RDU*, núm. 261, 2010, pp. 119 y ss.
- VIDAL DOBLES, Luis: «La continua actualidad de la Ley de Costas», en *RDU*, núm. 262, 2010, pp. 149 y ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- BACHMAIER WINTER, Lorena: «La Orden Europea de Investigación: la propuesta de Directiva europea para la obtención de pruebas en el proceso penal», en *REDE*, núm. 37, 2011, pp. 71 y ss.
- BONACHERA VILLEGAS, Raquel: «El título ejecutivo europeo y su aplicación a las transacciones y los documentos públicos con fuerza ejecutiva», en *La Ley*, núm. 7558, 2011.
- CALVIÑO SANTAMARÍA, Nadia: «La respuesta de la Comisión Europea ante la crisis económica: El papel de la política de la competencia», en *REDE*, núm. 36, 2010, pp. 479 y ss.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «Precios de transferencia: regulación internacional vs ámbito interno. La necesidad de respetar el principio de libre competencia. Análisis de la STJUE de 21 de enero de 2010 (As. C-311/08)», en *GJ*, núm. 19, 2011, pp. 45 y ss.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego: «¿Cumple nuestro ordenamiento los requisitos exigidos por la sentencia Köbler?», en *REDE*, núm. 37, 2011, pp. 7 y ss.
- CULLEL, Cristina: «La liberización del espectro radioeléctrico en la Unión Europea: la Armonización del Dividendo Digital», en *RDNT*, núm. 25, 2011, pp. 49 y ss.
- DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier: «La aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea en España», en *AAMN*, núm. 50, 2010, pp. 33 y ss.
- FERNÁNDEZ-ROZAS, José Carlos: «Hacia la patente única por el cauce de la cooperación reforzada», en *La Ley*, núm. 7558, 2011.
- GARCÍA DE PABLOS, Jesús Félix: «La nueva tributación del juego *on line*», en *GJ*, núm. 21 2011, pp. 32 y ss.
- «Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre el canon digital en España», en *REDE*, núm. 38, 2011, pp. 229 y ss.
- GARZÓN CLARIANA, Gregorio: «Los actos delegados en el sistema de fuentes de Derecho de la Unión Europea», en *RDCE*, núm. 37, 2010, pp. 721 y ss.

- GONZÁLEZ GARCÍA, Inmaculada: «Los acuerdos comunitarios de pesca con Marruecos y el problema de las aguas del Sáhara Occidental», en *REDE*, núm. 36, 2010, pp. 521 y ss.
- GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel: «La Directiva de retención de datos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. La convergencia de jurisprudencias en la Europa de los Derechos: un fin no siempre deseable», en *REDE*, núm. 36, 2010, pp. 591 y ss.
- GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio: «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH», en *REDE*, núm. 38, 2011, pp. 173 y ss.
- GUICHOT REINA, Emilio: «Las relaciones entre transparencia y privacidad en el Derecho comunitario ante la reforma de la normativa sobre acceso a los documentos públicos», en *REDE*, núm. 37, 2011, pp. 37 y ss.
- LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl: «¿Deben abandonar el territorio español los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular? (Reflexiones a partir de la Sentencia del TJUE, de 22 de octubre de 2009, en los as. ac. C-261/08, Zurita García y C-348/08, Choque Cabrera)», en *REDE*, núm. 37, 2011, pp. 111 y ss.
- MIRANZO DÍEZ, José Javier: «La ampliación de los derechos de conciliación de la vida profesional y familiar en caso de parto múltiple (Comentario a la sentencia del TJUE de 16 de septiembre de 2010 sobre el permiso parental)», en *REDE*, núm. 38, 2011, pp. 207 y ss.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «La reclamación ante los tribunales españoles de los daños sufridos en violación del Derecho europeo de la competencia», en *GJ*, núm. 19, 2011, pp. 11 y ss.
- PAREJO GUZMÁN, María José: «Reflexiones sobre el asunto Lautsi y la jurisprudencia del TEDH sobre símbolos religiosos: hacia soluciones de carácter inclusivo en el orden público europeo», en *RDCE*, núm. 37, 2010, pp. 865 y ss.
- PAZ MARTÍN, Jesús de: «El Espacio Judicial Europeo en materia civil y la “quinta libertad comunitaria”: La reforma del modelo Bruselas I», en *REDE*, núm. 36, 2010, pp. 565 y ss.
- PEDRAZ CALVO, Mercedes: «Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», en *GJ*, núm. 19, 2011, pp. 29 y ss.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia: «La protección de derechos y libertades en Europa tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH», en *REDE*, núm. 36, 2010, pp. 487 y ss.
- RAMÍREZ IGLESIAS, Javier: «Sobre el impacto del caso Padawan en los sistemas de cánones por copia privada en Europa: comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de octubre de 2010 (asunto C-467/08)», en *GJ*, núm. 20, 2011, pp. 34 y ss.
- RIPOLL CARULLA, Santiago: «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el BOE (Consideraciones sobre el artículo 2 de la LO 1/2008, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa)», en *RDCE*, núm. 37, 2010, pp. 845 y ss.
- RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón: «La rectificación por el TS de su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las Leyes internas que infringen el Derecho comunitario», en *La Ley*, núm. 7570, 2011.

- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María: «Igualar por abajo. La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al Derecho comunitario y de la ley inconstitucional», en *REDE*, núm. 38, 2011, pp. 141 y ss.
- SALINAS LA CASTA, Eduardo: «Pasado y presente de la función Decimocuarta de la Comisión Nacional de Energía: recientes cambios normativos a través de la Ley de Economía Sostenible», en *GJ*, núm. 20, 2011, pp. 9 y ss.
- SÁNCHEZ GRAELLS, Albert: «Una visión crítica de la Guía sobre contratación pública y competencia publicada por la CNC», en *GJ*, núm. 21, 2011, pp. 15 y ss.
- SANZ ACOSTA, Luis: «La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el canon digital de la legislación española», en *AC*, núm. 3, 2011.
- SARMIENTO, Daniel: «Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia Melki del Tribunal de Justicia de la UE», en *REDE*, núm. 37, 2011, pp. 97 y ss.

DERECHO PROCESAL

- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: «Cuestiones procesales en la implantación de la nueva oficina judicial: fe pública judicial, admisión de la demanda y resolver sobre la terminación del procedimiento», en *La Ley*, núm. 7599, 2011.
- CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón: «La reforma procesal de los juicios arrendaticios (Ley 19/2009, de 23 de noviembre)», en *RJC*, núm. 2, 2010, pp. 495 y ss.
- ESCRIVÁ RUBIO, María: «¿Resulta “siempre” posible practicar prueba en contrario de una presunción judicial? y, por cierto, prueba ¿de qué?», en *La Ley*, núm. 7660, 2011.
- GARCÍA-VALDECASAS ALEX, Francisco Javier: «¿Estamos ante una nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre la admisión del recurso de casación por razón de la cuantía?», en *La Ley*, núm. 7638, 2011.
- HUERTAS LLORT, David: «Los procedimientos monitorios interpuestos contra el concursado con anterioridad a la declaración de concurso», en *AC*, núm. 4, 2011.
- HURTADO YELO, Juan Jesús: «La Reforma del Proceso Monitorio por Ley 4/2011», en *La Ley*, núm. 7634, 2011.
- IBARRA SÁNCHEZ, Juan Luis: «El nuevo y alternativo sistema de las notificaciones en los desahucios sumarios civiles», en *La Ley*, núm. 7540, 2011.
- MAIRATA LAVIÑA, Jaime, y ROLDÁN SANTÍAS, Francisco: «El recurso de casación en los incidentes concursales: necesidad de una modificación interpretativa», en *La Ley*, núm. 7543, 2011.
- MÚÑOZ BENAVIDES, Carmen: «La competencia objetiva de los Juzgados mercantiles para conocer de las ejecuciones de garantías reales en el procedimiento concursal», en *La Ley*, núm. 7545, 2011.
- PERARNAU MOYA, Joan: «La reforma de les disposicions generals de la LEC (Llibre I) realitzada per la Llei 13/2009», en *RJC*, núm. 2, 2011, pp. 415 y ss.

- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «Aspectos procesales de la impugnación de los contratos de permuta financiera o SWAPS», en *La Ley*, núm. 7565, 2011.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles», en *La Ley*, núm. 7625, 2011.
- RAMOS ROMEU, Francisco, y CAÑABATE PÉREZ, Josep: «Los datos digitales en el proceso civil: prevención, producción y autenticación», en *RJC*, núm. 1, 2011, pp. 57 y ss.
- ROLDÁN SANTÍAS, Francisco, y MAIRATA LAVIÑA, Jaime: «El recurso de casación en los incidentes concursales: necesidad de una modificación interpretativa», en *La Ley*, núm. 7543, 2011.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Eduardo: «Problemas dimanantes de la reforma procesal de 2009: a propósito de los recursos contra las resoluciones de los Secretarios judiciales», en *AC*, núm. 2, 2011.
- VALDIVIA GONZÁLEZ, Fernando Carlos: «Incidencias habituales en los procedimientos judiciales en esta materia: medidas cautelares de suspensión de las liquidaciones, competencia, acceso a casación», en *AC*, núm. 9, 2011.

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
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Aranzadi Civil	
InDret	www.indret.com
Diario La Ley	

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

Sustitución fideicomisaria y derecho de acrecer (en torno a la STS de 18 de marzo de 2011)

LUIS DíEZ-PICAZO
Catedrático de Derecho Civil

1. El caso debatido

Como en ocasiones parecidas, para comprender debidamente una sentencia –y en especial si se trata de una sentencia del Tribunal Supremo– es preciso conocer, aunque no se alcance un conocimiento detallado, los hechos sobre los cuales el asunto se planteó. El problema central de este pleito era la discusión sobre la plena validez y eficacia (o la falta de eficacia) de unas ventas de bienes inmuebles llevadas a cabo los días 29 de enero y 2 de mayo de 1966 por doña Candelaria en favor de sus sobrinos. La cuestión era esta: ¿le pertenecían a ella los bienes vendidos en plena propiedad, libres de cargas y gravámenes, o, por el contrario, formaban parte de una antigua sustitución fideicomisaria en la que ella era solamente fiduciaria y, por consiguiente, carecía de poder dispositivo, de manera que sus actos eran ineficaces para perjudicar el derecho de los fideicomisarios?

Este planteamiento obliga a volver hacia atrás y examinar las declaraciones de voluntad que dieron lugar a ese enredo. Se encuentran en el testamento que otorgó el 30 de abril de 1900 don Fernando del Castillo y Westerling, Conde de la Vega Grande, que falleció en Las Palmas de Gran Canaria el 5 de marzo de 1901.

Don Fernando del Castillo legó a su hija primogénita, doña Ana, el usufructo del tercio de libre disposición, ordenando que si no dejaba descendencia pasasen los bienes a su fallecimiento a la otra hija del testador, también en usufructo, recayendo la propiedad a favor del nieto don Fernando del Castillo y del Castillo, y a falta de este sin legítima sucesión, en su hermano don Alejandro, o en su caso, en aquel hijo de doña Susana a quien le correspondiera llevar el título nobiliario que el testador tenía de Conde de la Vega Grande.

Por la importancia que tiene conviene transcribir la cláusula del testamento que luego resultó discutida.

«Lego en usufructo a mi hija doña Susana del Castillo y Manrique de Lara el tercio de todos mis bienes “destinados para mejora”,

con relevación de la fianza legal, para que lo disfrute durante los días de su vida, y a su fallecimiento pase esta mejora a ser propiedad de mis actuales nietos, hijos de mi dicha hija doña Susana, en la siguiente proporción: la mitad de dicho tercio corresponderá íntegra al varón mayor que lo es mi nieto Fernando, y la otra mitad se dividirá en tres partes iguales de las cuales dos partes corresponderán a mi nieto Alejandro y una parte a mi nieta María de la Candelaria; o para más claridad, dividiéndose la porción de este tercio de mis bienes en seis partes iguales, tres partes, o sea la mitad, corresponden a mi nieto Fernando, dos partes a mi nieto Alejandro y una parte a mi nieta Candelaria; entendiéndose que si alguno de mis nombrados tres nietos hoy existentes, a quienes para en su día mejoro en la propiedad de este tercio, fallecieren sin descendencia de legítimo matrimonio, su parte acrecerá a la del varón mayor que sobreviva y a falta de varón a la hembra mayor, si en lo sucesivo mi hija Doña Susana tuviere más hijos; por lo cual se ve ser mi voluntad que, para el caso de que el título de Conde de la Vega Grande le corresponda a uno de mis nietos, hijos de mi hija Doña Susana, solo el que de estos lleve el título, o le correspondiere llevarle, es el que tendrá derecho a acrecer a su porción la parte de bienes proveniente de esta mejora que dejare aquel hermano que hubiera fallecido sin la referida sucesión; pues repito que mi deseo es que se conserve por todo el más tiempo posible unido al título de Conde de la Vega Grande, una masa de bienes bastante para que se lleve con el decoro debido. Quedando este legado sujeto a la obligación de contribuir con la mitad de los gastos que anualmente se hagan en las obras de nueva construcción en la finca de la Vega Grande de Guadalupe, no pasando dicha cantidad de dos mil quinientas pesetas anuales durante el tiempo y según los demás particulares que he impuesto y consignado en la cláusula quinta de este mi testamento. Y teniendo en cuenta los valores que representan mis fincas de Maspalomas y de Arguineguín, recomiendo a mis hijas que estas dos fincas formen parte de este tercio de mejora; dado el caso que el resto de mis días no me dé tiempo suficiente para formular, según me propongo, un proyecto de partición de todos mis bienes que se dará por válido si se encuentra entre mis papeles con mi correspondiente firma.»

Al fallecimiento de don Fernando del Castillo y Westerling se formalizó la partición de los bienes relictos. Hay que destacar, entre otras cosas, que en uno de los apartados de la susodicha partición se efectuó una adjudicación a doña Susana del Castillo por el legado del tercio de mejora que le había dejado en usufructo don Fernando, su padre. En esas adjudicaciones de decía:

... y cuya propiedad pasará en su día a sus nietos don Fernando, don Alejandro y doña Maria Candelaria, hijos de la doña Susana, en la proporción que dispone y ordena en la cláusula octava de su citado testamento...»

Doña Susana, legataria del usufructo del tercio de mejora, falleció en Madrid el 23 de noviembre de 1934, con un testamento abierto que había sido otorgado ante el notario de Las Palmas don Cayetano Ochoa Marín, con fecha 6 de agosto de 1932. En este testamento doña Susana, tras criticar en cierta medida las disposiciones testamentaria de su padre por las diferencias que había establecido entre sus hijos y nietos, y el hecho de no mencionar (por no haberla conocido) a la última de sus hijos, que llevaba el mismo nombre que ella, consideró que estaba obligada a formular unas disposiciones que procuraran paliar en todo que la desigualdad fuera la menor posible.

Hay que recordar que, según el testamento de don Fernando del Castillo, la propiedad del tercio de mejora tras la extinción del usufructo correspondía en una mitad al hijo mayor llamado Fernando y en la otra mitad había dos partes, una para Alejandro y una para María Candelaria.

Con fecha 26 de diciembre de 1949, don Fernando, don Alejandro y doña María Candelaria otorgaron una escritura pública de aprobación y protocolización de la división material de los bienes procedentes del tercio de mejora. En ese momento se adjudicaron a cada uno de ellos una serie de bienes en pro indiviso en la proporción de tres quintas partes para don Fernando del Castillo, dos quinta partes para Alejandro y una quinta parte para María Candelaria.

El día 13 de junio de 1951 falleció don Fernando del Castillo y del Castillo, que había otorgado testamento en 5 de septiembre de 1947, en el que instituyó heredera a su esposa, doña María Teresa Rivero del Castillo-Olivares, en la cuota vidual usufructuaria que el Código civil le asignaba, y que era la mitad de la herencia por carecer de descendientes. En el remanente de sus bienes, designó por único heredero a su hermano Alejandro.

En los antecedentes se dice, además, que los tres hermanos, Fernando, Alejandro y María Candelaria, beneficiados con la propiedad del tercio de mejora, habían realizado enajenaciones a título oneroso e incluso a título lucrativo de los bienes integrantes de dicho tercio.

2. El pleito

El pleito se inicia acumulando demandas muy distintas, pero que para mayor claridad de la cuestión las podemos resumir del siguiente modo.

Existió fundamentalmente una pretensión (con la concreción que luego se señalará) de los descendientes de don Alejandro y don Fernando contra los sobrinos y causahabientes de doña María Candelaria. Esta pretensión, que parece haber sido la pretensión fundamental, se concretaba en la petición de que se dictara sentencia con las siguientes declaraciones:

1.º Que los bienes que había adquirido doña Candelaria en la herencia de su abuelo don Fernando del Castillo Westerling, y procedentes del tercio de mejora, los adquirió en calidad de titular fiduciaria, en la que los fideicomisarios eran los demandantes.

2.º Que por ende los bienes que se dijeron transmitidos a los herederos de doña Candelaria, por las escrituras de compraventa de 29 de enero y 2 de mayo de 1966, no pertenecen a los demandados, al haber heredado dicho tercio de mejora don Alejandro del Castillo, causante de los demandantes.

Entre los documentos unidos a los antecedentes de este asunto aparecen dos dictámenes que por la importancia de sus autores conviene que tengamos

en cuenta. El primero fechado el 21 de abril de 1952, fue obra de don Nicolás Pérez Serrano, ilustre catedrático de la Universidad de Madrid y gran abogado. Lo emitió a instancia de doña María Teresa Rivero, quien deseaba saber qué bienes de cuantos poseyó su fallecido esposo don Fernando, debían ser tomados en cuenta a los efectos de determinar o calcular la cuota viudal usufructuaria que le asignaban el testamento de su referido esposo y el art. 837 CC.

El segundo de los dictámenes fue emitido por don Blas Pérez González, también ilustre catedrático de la Universidad de Madrid, donde cumplió sus últimos días profesionales, y destacado también porque con anterioridad había formado parte del tándem de los anotadores y comentaristas de la obra de Enneccerus. Este dictamen, fechado en enero de 1969, había sido solicitado básicamente por las mismas personas que después resultan demandadas en el pleito. Me referiré a él más adelante.

En el dictamen de N. Pérez Serrano se pueden leer las ideas que a continuación resumimos. Al examinar la cláusula relativa a la disposición sobre el tercio de mejora, Pérez Serrano decía que había un primer llamamiento en usufructo, y un segundo en propiedad con cuotas desiguales a favor de los nietos del testador, y había también un derecho de acrecer entre los nietos, que era algo anómalo porque se condicionaba a la inexistencia de legítimos descendientes del nieto fallecido, pero que, en todo caso, como tal derecho de acrecer, suponía la premoriencia de algún nieto a la hija usufructuaria. O, si se prefiere –señalaba Pérez Serrano– se trataba de una sustitución vulgar, encaminada a impedir que resultase vacante alguna porción de la herencia ya conferida en propiedad, y condicionada a la ausencia de descendientes legítimos del nieto que falleciese.

El segundo núcleo de las observaciones del Profesor Pérez Serrano consistía en decir que no había en la cláusula comentada huella alguna de una obligación terminante de conservar y transmitir los bienes o de la prohibición de enajenarlos que serían necesarias, con arreglo al art. 785 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, para que pudiese pensarse en la existencia de una sustitución fideicomisaria. Por lo demás, concluía en este punto el ilustre maestro, la interpretación que ve en la referida cláusula un mero derecho de acrecer o una simple sustitución vulgar, de carácter subsidiario y no sucesivo, cuenta con el apoyo del Registro de la Propiedad, donde aparecen inscritos los bienes como de la plena propiedad y libre disposición de los tres nietos del testador, y así se halla, además, confirmado por el hecho de que estos tres hermanos han realizado enajenaciones a título oneroso o incluso a título lucrativo que en otro caso nunca hubieran podido efectuar.

3. Las sentencias

El pleito fue resuelto por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Bartolomé de Tirajana, que desestimó las demandas y declaró (entre otras cosas que no hacen al caso) que las ventas hechas entre doña María Candelaria y sus sobrinos habían sido válidas; y que igualmente era válido el acto o disposición *mortis causa* formalizado en el testamento otorgado por doña Candelaria, y el acto de aceptación de la herencia y adjudicación llevada a cabo.

En cambio, declaró la nulidad de los actos complementarios de partición de herencia otorgados entre los demandantes.

La sentencia era muy extensa, probablemente impulsada por el hecho de que la familia procedente de don Fernando del Castillo y Westerling representaba una de las más importantes de la isla de Gran Canaria y el último mayorazgo que en ella había existido, según en la sentencia se puede leer. En la sentencia, tras examinar los problemas procesales que aquí no son del caso (legitimación, litisconsorcio, cosa juzgada, litispendencia, etc.), la sentencia se introduce en su fundamento jurídico sexto, en la interpretación de la cláusula octava del testamento de don Fernando del Castillo Westerling y en la discusión sobre sustitución fideicomisaria/derecho de acrecer.

Por lo que se refiere a la primera de las variantes, la sentencia vuelve a señalar la exigencia legal de que el llamamiento a la sustitución fideicomisaria sea expreso y que, según el art. 785, deba de hacerse de forma expresa o imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero. Todo lo cual no concordaba bien con los términos del problema: si existe una sustitución fideicomisaria cuando el testador ha utilizado el término «acrecer» ¿el causante está queriendo establecer un derecho de acrecer o en cambio quiere decir «pasar» o «entregar» a otro los bienes para el supuesto de que alguno de los nietos falleciera sin descendencia legítima? De nuevo insiste en que la interpretación no es favorable al fideicomiso por lo que implica de vinculación de la propiedad, según un evidente número de sentencia que cita como son 12 de junio de 1928, 20 y 25 de abril de 1951, 13 de mayo de 1967 y 13 de diciembre de 1974.

Para establecer si podía entenderse la cláusula como disposición sobre la existencia de un derecho de acrecer, la sentencia dice que según las últimas tendencias doctrinales, las disposiciones de los arts. 981 y ss CC, constituyen un derecho dispositivo y no imperativo, de forma que cabe que el disponente/testador lo instituyera e hiciera modificaciones a lo dispuesto en la ley.

El asunto fue resuelto en segunda instancia por la Audiencia Provincial. Se trata de una sentencia que debe ser considerada como muy estudiada, toda vez que se pueden contar en ella mas de cien folios.

La sentencia estimó en parte el recurso de apelación de los demandantes y, en virtud de ello, estimó las impugnaciones mantenidas por los recurrentes «en los términos del fundamento vigésimo». En el citado fundamento jurídico, la sentencia de la Audiencia mantuvo la misma interpretación por la que se había inclinado el Juzgado de Primera Instancia. Los elementos que se habían puesto en juego —decía la sentencia— ponen de manifiesto la tradición familiar de la que el testador era partícipe, relativa a la vinculación de un gran número de bienes inmuebles de su propiedad, entroncados con la existencia de mayorazgos en su entorno dinástico (que así lo llamaba), lo que lleva, al igual que en la instancia, a entender que, no siendo ajenas a su situación, ámbito y condición, la subsistencia de mayorazgos y vinculaciones inmobiliarias ligadas a la posesión y disfrute de determinados títulos nobiliarios, ninguna dificultad hubiera supuesto para el testador disponer una sustitución fideicomisaria que afectara también a los bienes integrantes del tercio de mejora, y ello sin necesidad de emplear términos de real significación jurídica, como los de «acrecer» o «derecho de acrecer» en la cláusula octava, si aquella hubiese sido su clara voluntad, máxime si, como se ha dejado dicho, ésta se instituyó en la cláusula séptima.

Contra la sentencia de la Audiencia de Las Palmas, interpusieron recurso de casación los iniciales demandantes, que se articuló en un único motivo. En la sentencia posterior, este motivo único se describió del modo siguiente: errónea interpretación del testamento; infracción de los arts. 667, 670 y 675 CC, de

los arts. 774 a 789 del mismo Cuerpo en relación con los arts. 823 y 981 a 987 del mismo Cuerpo legal.

4. La sentencia del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo dictó sentencia el 18 de marzo de 2011, en la que estimó en parte el recurso de casación; declaró que la cláusula octava del testamento de don Fernando del Castillo contenía una sustitución fideicomisaria en la que los nietos del testador eran fideicomisarios recíprocos; mantuvo en todo lo demás la sentencia recurrida, incluida la declaración que la misma contenía sobre las costas.

El Tribunal Supremo desplegó como Fundamentos de Derecho (si prescindimos del primero en que se realizó un extenso resumen de los antecedentes) los siguientes:

«Segundo. *Enunciado del recurso.*—El recurso de casación presenta un Motivo único. Denuncian los recurrentes la interpretación errónea del testamento, con infracción de los artículos 667, 670 y 675 CC, así como de los artículos 774 a 789 CC, en relación con los artículos 823 al 833 y 981 al 987 CC.

Las líneas de defensa del recurso de casación se centran en los siguientes argumentos:

1.º La interpretación de la cláusula testamentaria. Se está “torciendo completamente” la voluntad del testador, de modo que queda desvirtuado su deseo claro y expreso de que los bienes fueran unidos al título de Conde de la Vega Grande durante el mayor tiempo posible

2.º La eficacia temporal de la cláusula. Para el supuesto previsto por el testador, es decir, que se favoreciera a aquel de sus nietos a quien correspondiera llevar el título, lo único plausible era establecer una sustitución fideicomisaria, dada la edad del propio testador y su situación familiar. Aplicar el supuesto acrecimiento “determina que la cláusula únicamente tendría posibilidades de producir algún tipo de resultados en el corto plazo pese a que no hay en la condición impuesta por el testador indicio alguno que permita intuir que su voluntad era limitarse a regular este supuesto”.

3.º Necesidad de atemperar la interpretación del testamento en el momento en que fue otorgado.

4.º El derecho de acrecer del nieto futuro. Se planteaba qué ocurriría con el llamamiento a un nieto que naciera posteriormente. Se ha utilizado el término “acrecer” en sentido impropio, como reconoció la propia sentencia de 1.ª Instancia, porque además el hecho de que el testador no hable únicamente de fallecimiento, sino de fallecimiento sin descendientes de legítimo matrimonio obliga a pensar que no nos hallamos ante una sustitución vulgar, sino fideicomisaria.

5.º El derecho de acrecer en cuotas desiguales. El testador desea establecer una sustitución fideicomisaria, en la que al contrario de lo que ocurre con el acrecimiento, es indiferente que la institución se efectúe en cuotas iguales o desiguales. La voluntad del

testador es clara en el sentido de regular la situación de los fallecimientos sin descendencia de sus nietos después de su propia muerte, lo que no tiene nada que ver ni con el derecho de acrecer, ni con la sustitución vulgar.

6.º Otros errores. En las sustituciones fideicomisarias condicionales el fiduciario puede enajenar los bienes sujetos a la condición, de modo que no es esencial que el testador imponga la carga de conservar, porque va implícita en dicho fideicomiso.

7.º Los actos propios. La sentencia los utiliza para interpretar el testamento. Es cierto que durante muchos años los nietos actuaron como si ignorasen la sustitución fideicomisaria, y por ello los consentimientos estarían viciados por error y los actos no podrán tener la eficacia de los actos propios.

8.º Prescripción. No han transcurrido los treinta años de la usucapición extraordinaria y no concurren los requisitos de la buena fe y justo título de la ordinaria.

En las alegaciones, los recurridos a) entienden que se produce un óbice de admisibilidad debido a la forma de citar los artículos impugnados al parecer de la parte recurrente; b) en relación a la interpretación de la cláusula testamentaria insisten en que el testador no quiso una sustitución fideicomisaria y aunque admiten que hay una prohibición de disponer, según los recurrentes carece de la contundencia que exigen los arts. 781 y 783 CC; c) es posible el derecho de acrecer en partes desiguales, por lo que doña Candelaria heredó en propiedad y sin reserva alguna de acuerdo con la cláusula séptima del testamento de don Fernando del Castillo, que no estableció ninguna sustitución fideicomisaria, d) en cualquier caso los herederos demandados habrían adquirido por usucapición, y e) existen actos propios de los recurrentes.

Tercero. *Estimación en parte del óbice de admisibilidad.*—Lleva razón la parte recurrida en lo que respecta a la admisibilidad del recurso en lo referido al apartado relativo a la infracción denunciada de los arts. 774 a 789 CC, en relación con los artículos 823 al 833 y 981 al 987 CC. Sin embargo, el problema central de este recurso es la infracción de las normas relativas a la interpretación, por lo que los argumentos van a centrarse en esta parte.

Cuarto. *La interpretación de la cláusula testamentaria.*—La cláusula séptima del testamento del causante D. Fernando del Castillo Westerling contiene una sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, recíproca entre los nietos del testador que son a la vez fiduciarios y fideicomisarios. Esta conclusión difiere de la sostenida en la sentencia recurrida, pero a ella se llega interpretando el testamento de acuerdo con lo establecido en el art. 675 CC, que se alega como infringido en el recurso de casación.

La verdadera voluntad del testador debe deducirse del sentido literal de las palabras utilizadas, lo que no excluye la posibilidad, según el art. 675 CC, de que se pruebe claramente que fue otra distinta. De aquí la jurisprudencia de esta Sala ha dicho que si las palabras están claras, se han de interpretar de forma literal, a no ser que claramente aparezca que fue otra la voluntad del testador, “sin que sea lícito al intérprete la búsqueda de otros medios probatorios más allá de la literalidad” (SSTS de 18 junio 1979, 24 marzo

y 8 junio 1982, 26 marzo 1983). La sentencia de 22 noviembre 2010 se plantea de nuevo el problema de la interpretación de las cláusulas testamentarias y recuerda que “La declaración de voluntad del testador es el objeto de la interpretación y al ser expresada siempre con palabras, requiere determinar si el sentido aparente coincide con el real y si bien el interprete no puede suplir la voluntad testamentaria, lo que sí puede y debe hacer es aclarar, con criterios objetivos, lo que aparece oscuro en una disposición. Pero ello debe hacerse después de examinar la disposición debatida y calibrar si la cláusula o la disposición que se cuestiona resultan verdaderamente oscuras”. Asimismo, sentencia de 2 noviembre 2010, que declara la preferencia de la voluntad del causante sobre la literalidad de los términos empleados.

La primera regla interpretativa es la literalidad, de modo que a la hora de atribuir un sentido a la voluntad testamentaria, debe analizarse el texto de la disposición discutida. Algunas sentencias antiguas, como las de 9 junio 1962 y 23 octubre 1971 permiten entender que si alguien pretende que el sentido literal del testamento no concuerda con la verdadera voluntad del testador debe acreditarlo plenamente, porque la ley parte de una idea básica, que algunos califican de presunción, de que el testador tradujo su voluntad en las palabras que utilizó. Los otros medios, que han sido calificados como extrínsecos, no pueden rechazarse, pero jugaran un papel accesorio en la interpretación y, sobre todo, debe evitarse que se atribuyan al testador soluciones que no quiso.

Especialmente problemática resulta la utilización de la conducta de los llamados como medio interpretativo de un testamento en el que evidentemente, no concurrieron La sentencia de 8 mayo 1979 dice que “esa interpretación testamentaria, fue estimada siempre sin contradicción, por cuantos estuvieron interesados en la sucesión de que se trata, a lo largo de escalonadas actuaciones en las más diversas épocas, circunstancias claras, de carácter extrínseco al testamento mismo, que como autoriza la jurisprudencia, contribuyen a definir, respetando el texto de la disposición testamentaria, la verdadera voluntad del testador”.

Sobre esta cuestión debemos volver más adelante.

Quinto. *La interpretación de la cláusula octava del testamento de D. Fernando del Castillo.*—Debemos ahora aplicar los anteriores criterios a la interpretación de la cláusula discutida, que ha sido reproducida en el Fundamento primero de esta sentencia.

La cláusula testamentaria en cuestión esta dividida en dos partes muy bien diferenciadas. La primera parte, que finaliza en la frase “por lo cual” y contiene la disposición y la segunda parte a partir de la anterior frase, expresa las razones de la forma, de disposición establecida Se van a examinar estas dos partes, una en función de la otra, porque la interpretación debe abarcar toda la cláusula y no quedarse limitada a la primera parte, como, al parecer, ha ocurrido en la sentencia que ahora se recurre.

En la primera parte de la cláusula, se grava la mejora con una sustitución fideicomisaria en la que los nietos son los sustitutos fideicomisarios y la madre, D.^a Susana, condesa de la Vega Grande, es la fiduciaria. Los fideicomisarios, sin embargo, no reciben

un llamamiento libre, sino que, en sus respectivas cuotas, fueron gravados recíprocamente, el uno a favor del otro, tal como permite el art. 824 CC.

Esta Sala llega a esta conclusión con base a la utilización de los siguientes criterios de interpretación, de acuerdo con el art. 675 CC.

1.º Aunque la hija D.^a Susana del Castillo y Manrique de Lara fue llamada en usufructo, la falta de nudos propietarios en la institución hace que deba aplicarse la regla del art. 787 CC, que equipara estas instituciones a las sustituciones fideicomisarias (ver STS de 22 noviembre 2010).

2.º El llamamiento se limita a los nietos del testador, porque de esta forma se cumple con la restricción establecida en el art. 781 CC.

3.º Los nietos aparecen gravados recíprocamente para el caso de no tener hijos, “entendiéndose que si alguno de los nombrados mis tres nietos hoy existentes a quienes para en su día mejoro en la propiedad de este tercio, falleciere sin descendencia de legítimo matrimonio, su parte acrecerá a la del varón mayor que sobreviva, y a falta de varón a la hembra mayor si en lo sucesivo mí hija doña Susana tuviere más hijos”. De aquí se deduce la existencia de una de las modalidades de sustitución fideicomisaria más típicas, que es la que condiciona la consolidación de la propiedad de lo adquirido al hecho de tener hijos, de modo que el último fallecido adquiera libremente.

En la segunda parte de la cláusula aparecen las razones del testador para efectuar este tipo de institución, que la explican claramente. El testador explica cuál es su voluntad cuando dice “por lo cual se ve ser mi voluntad que para el caso de que el título de Conde de la Vega Grande le corresponda a uno de mis nietos, hijo de mi hija doña Susana, solo el que de estos lleve el título, o le correspondiere llevarle es el que tendrá derecho de acrecer a su porción la parte de bienes provenientes de esta mejora que dejare aquel hermano que hubiere fallecido sin la referida sucesión”. No puede obviarse esta segunda parte de la cláusula a los efectos interpretativos de la voluntad del testador, ya que el testamento es una unidad y ello, además, se constata con la redacción de la cláusula séptima, donde claramente se contiene una sustitución fideicomisaria para otro supuesto. No hay discrepancia entre ambas cláusulas, sino homogeneidad.

Sexto. *Significado de la expresión “acrecerá”*.—Las partes se han preocupado principalmente de dar un sentido a la expresión “acrecerá” que aparece en la cláusula séptima con la finalidad de darle un sentido que impidiera la vinculación de los llamados. La utilización de este verbo no debe ser entendida en sentido técnico jurídico, sino como forma de expresar que va a ir a parar a quien ostente el título de Conde de la Vega Grande la parte de mejora que aparece gravada por el testador. Efectivamente, de la interpretación conjunta que se ha efectuado hasta aquí, se deduce que la finalidad buscada por el testador al redactar esta cláusula no se limitaba a encontrar un heredero que finalmente adquiriera estos bienes, y evitar así que quedase vacante una parte de la herencia, para la que serviría el derecho de acrecer, sino que lo que verdaderamente quiso el causante y testador D. Fernando del Castillo Westerting era

beneficiar a quien ostentara el título y evitar por una parte, la dispersión de sus bienes, lo que se observa también cuando D. Fernando aludió a un hipotético plan de distribución de los bienes que al parecer no llegó a realizar, y por otra, que quien ostentara el título nobiliario no pudiera mantener el “decoro de la casa”.

La expresión “acrecerá” debe interpretarse en el sentido que se le atribuye en la segunda parte de la cláusula examinada, es decir, significa que la parte de quien fallezca sin hijos “incrementara” la parte de quien aún sobreviviera y así hasta el último de los nietos llamados como fideicomisarios y a la vez fiduciarios recíprocos.

Con esta interpretación se superan las discusiones sobre si resulta o no posible el acrecimiento en partes no iguales, puesto que no existe tal derecho de acrecer.

Séptimo. *Los actos propios de los nietos del causante.*—La especial estructura del recurso de casación presentado en este caso, que no distingue en motivos diferenciados las infracciones que imputa a la sentencia recurrida, obliga a esta Sala a examinar todos los aspectos antes de decidir sobre la estimación o no del recurso.

Se ha dicho ya que nos encontramos ante una cláusula que estableció una sustitución fideicomisaria sometida a la condición de que los fideicomisarios/fiduciarios falleciesen sin hijos matrimoniales y que esta sustitución era recíproca. Deben examinarse ahora las vicisitudes posteriores de la sucesión.

Las sentencias recaídas en este litigio, que han negado esta naturaleza a la referida cláusula, han basado una parte de sus argumentos en los actos posteriores de los herederos quienes comenzaron por calificar esta institución como un usufructo, de modo que al fallecimiento de la madre, hija del causante, D.^a Susana, primera fiduciaria, consolidaron la nuda propiedad y han venido efectuando actos de propiedad, comenzando por la atribución en partición a la hermana D.^a Candelaria de bienes sobre los que después efectuaron una serie de negocios jurídicos de muy diverso tipo, que demuestran que dichos nietos se consideraban herederos libres en relación a los bienes sometidos al fideicomiso.

Estas conductas no pueden ser utilizadas como una vía para interpretar el testamento. Pero si que son lo suficientemente importantes como para constituir actos que demuestran su voluntad de desconocer sus derechos como fideicomisarios. Los propios recurrentes admiten que los referidos nietos “actuaron durante años como si ignorasen la sustitución fideicomisaria instituida”. Los actos enumerados en las sentencias de 1.^a Instancia y de apelación, consistentes en ventas de importantes partes del patrimonio fideicomitado, urbanizaciones, parcelaciones, etc., crearon por parte de los nietos una apariencia de que los bienes de que estaban disponiendo eran de libre disposición, de modo que sería incluso posible deducir que se produjo una renuncia a sus derechos como fideicomisarios, aunque esta sería una cuestión nueva que no es posible introducir en este momento. En cualquier caso, si es oportuno recordar aquí que el fideicomisario, y el causante de los recurrentes lo era, puede disponer de sus derechos al fideicomiso y esto lo efectuó D. Alejandro a través de sus actos de disposición. Por ello, no pueden sus herederos ahora alegar la existencia de una sustitución fideicomisa-

ria que efectivamente gravaba los bienes objeto de la discusión, pero que no tuvieron en cuenta en el momento de disponer y de autorizar los actos de D.^a Candelaria, en los diversos contratos que ha quedado probado que se celebraron.

Octavo. *La usucapión.*—Los recurrentes dicen que no han transcurrido los años necesarios para que se considere consumada la usucapión extraordinaria. La sentencia recurrida considera que ha tenido lugar la usucapión ordinaria, porque concurre justo título y buena fe.

Los argumentos vertidos en el anterior Fundamento eximen a esta Sala de entrar a examinar estos argumentos.

Noveno. *Estimación parcial del recurso.*—De acuerdo con los argumentos que preceden, esta Sala llega a las siguientes conclusiones en relación a las infracciones denunciadas por los recurrentes:

- 1.º Debe estimarse la infracción denunciada del art. 675 CC.
- 2.º La cláusula octava del testamento de D. Fernando del Castillo Westerling contenía una sustitución fideicomisaria condicional que gravaba recíprocamente a sus nietos.
- 3.º Sin embargo y aplicando la doctrina de esta Sala relativa a la equivalencia de resultados, debe desestimarse el recurso por la concurrencia de actos propios de los causantes de los recurrentes que demuestran claramente su voluntad de ignorar la vinculación.
- 4.º No se imponen a los recurrentes las costas de su recurso de casación.»

5. A guisa de comentario: la dualidad posible

La interpretación de cláusula octava del testamento de don Fernando del Castillo y Westerling, Conde de la Vega Grande de Guadalupe, no planteó especiales dudas ni a los albaceas testamentarios ni a los propios interesados y tampoco fue objeto de especial controversia cuando, con ocasión del fallecimiento del nieto Fernando, su viuda solicitó una opinión jurídica autorizada sobre los diversos problemas que planteaba de herencia de su esposo.

La inteligencia de la debatida cláusula permite, a nuestro juicio, un doble sentido.

a) El primero es que el testador, al aludir al fallecimiento de sus nietos sin descendencia de legítimo matrimonio, está contemplado el problema de la premoriencia respecto de la apertura de su sucesión y respecto, por consiguiente, de las adquisiciones que debían producirse en ese momento. Se trata, evidentemente, de un derecho de acrecer atípico y muy modulado por la autonomía de la voluntad, pero es un derecho de acrecer. La parte vacante por la premoriencia acrecerá a la que reciba el varón mayor que sobreviva. No puede olvidarse que el testador alude a «mis actuales nietos, hijos de mi dicha hija doña Susana», y que después dice: «si alguno de mis nombrados tres nietos hoy existentes... fallecieren sin descendencia...», lo que parece aludir a un fallecimiento anterior a la apertura de la sucesión. Esta forma de interpretar la cláusula con más o menos aditamentos argumentativos, es la que habían llevado a cabo el Juzgado y la Audiencia.

Don Nicolás Pérez Serrano que —como ya se ha dicho— emitió en el año 1952 un Dictamen sobre la herencia de don Fernando del Castillo y del Castillo, tuvo

ocasión de pronunciarse, entre otros extremos, sobre el alcance de la cláusula octava del testamento. Su opinión fue contundente, en el sentido de que contiene «un mero derecho de acrecer o una simple sustitución directa o vulgar, de carácter subsidiario y no sucesivo».

Como la opinión de don Nicolás Pérez Serrano es clara, breve, suficientemente autorizada y seguida por los interesados en la sucesión, no resulta impertinente transcribir literalmente su parecer, que fue el siguiente:

«Hay en esta cláusula un primer llamamiento en usufructo a favor de la hija doña Susana y un segundo llamamiento en propiedad, con cuotas desiguales, a favor de los nietos del testador, don Fernando, don Alejandro y doña Candelaria. Hay también un derecho de acrecer entre los nietos, algo anómalo porque se condiciona a la inexistencia de legítimos descendientes del nieto fallecido, pero que, en todo caso, como tal derecho de acrecer, presupone la prelación de algún nieto a la hija usufructuaria. O, si se prefiere, una sustitución vulgar encaminada a impedir que resultase vacante alguna porción de la herencia ya conferida en propiedad, y condicionada a la ausencia de descendientes legítimos del nieto que falleciese y, como es de esencia en esta clase de sustituciones, a que la hija usufructuaria sobreviviera a alguno de los nietos mejorados. Como esto no ocurrió, pues doña Susana falleció antes que su hijo don Fernando, éste devino libre propietario de los bienes que integraban su porción, los cuales deben por tanto, como los que constituían el tercio de libre disposición, ser computados para la determinación de la cuota asignada en usufructo a doña María Teresa Rivero.

De lo que no hay en la cláusula que comentamos huella alguna es de la obligación terminante de conservar y transmitir los bienes o de la prohibición de enajenarlos que serían necesarias, con arreglo al artículo 785 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta para que pudiese pensarse siquiera en la existencia de una sustitución fideicomisaria.

Por lo demás, la interpretación que ve en la referida cláusula un mero derecho de acrecer o una simple sustitución directa o vulgar, de carácter subsidiario y no sucesivo, cuenta con el apoyo del Registro de la Propiedad, en el que aparecen inscritos estos bienes como de la plena propiedad y libre disposición de los tres nietos del testador, y se halla además confirmada por el hecho de que estos tres hermanos han realizado enajenaciones, a título oneroso e incluso a título lucrativo, que en otro caso nunca hubiesen podido efectuar.»

La opinión expuesta fue aceptada por todos los interesados y sería extensamente ratificada años después por don Blas Pérez González. Se trata, sin duda, de una interpretación enteramente conforme y respetuosa tanto con el tenor literal de la cláusula como con la voluntad del testador.

Atiende también por ello, a lo ordenado por el artículo 675 I del Código Civil, que establece lo siguiente: «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. En caso de duda se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento».

El tenor literal de la cláusula es claro: contiene dos llamamientos simultáneos, un llamamiento en usufructo en favor de la hija del testador doña Susana, con expresa relevación de la fianza legal, y un llamamiento en propiedad, en cuotas desiguales, a los nietos don Fernando, don Alejandro y doña Candelaria.

Es obvio que el testador está autorizado legalmente para dejar a su hija un legado (arts. 660 y 668 del Código Civil), que puede serlo en usufructo (arts. 640 y 787, prop. 1.^a). Tal legado en usufructo puede recaer sobre el tercio de mejora al tratarse de su propia hija (art. 823). El usufructo lo es con carácter vitalicio (art. 513.1.º) y con relevación de la fianza legal (establecida por el Código para el usufructuario, no para el fiduciario: artículo 491), lo que autoriza el artículo 493 CC.

Existe un segundo llamamiento, en propiedad y en cuotas desiguales, en favor de los nietos en aquel momento existentes, de manera que el testador hizo uso de la facultad que la ley le concede de atribuir el usufructo de determinados bienes a una persona y la propiedad de los mismos a otra u otras (arts. 640 y 787, proposición primera).

Queda, pues, claramente determinada tanto la titularidad del usufructo como la de la nuda propiedad.

Añade la citada cláusula «...entendiéndose que si alguno de mis nombrados tres nietos hoy existentes a quienes para en su día mejoro en la propiedad de este tercio, falleciere sin descendencia de legítimo matrimonio, su parte acrecerá a la del mayor que sobreviva y a falta de varón a la hembra mayor, si en lo sucesivo mi hija doña Susana tuviere más hijos...».

Existe aquí lo que el testador llama «acrecimiento» y más adelante «derecho de acrecer» entre los nietos llamados a las cuotas de propiedad, condicionado a que carezcan de descendientes de legítimo matrimonio. Acrecimiento o derecho de acrecer que es llamada o vocación potencial a la porción vacante a causa de no haber adido la herencia o porción de ella alguno de los herederos, por premoriencia, renuncia o incapacidad, según prevé el Código Civil en el artículo 982.2.º

Ocurre, sin embargo, como bien razonó el profesor Pérez Serrano, que tal derecho de acrecer expresamente dispuesto por el testador es, en realidad, una sustitución vulgar. De hecho, los supuestos previstos en el Código Civil para que tenga lugar lo que el propio Código denomina «derecho de acrecer», son los tres supuestos que también prevé al regular la sustitución vulgar, en el artículo 774: premoriencia y no querer o no poder ser heredero (o legatario).

Las normas que el Código Civil contiene en los artículos 981 a 987 bajo la rúbrica «Del derecho de acrecer» son normas de integración de la voluntad del testador que no ha previsto el caso de premoriencia, incapacidad o repudiación del heredero que instituye. Cuando tales casos han sido previstos por el testador, que ha dispuesto sobre el destino de la parte del premuerto, incapaz o repudiante, en realidad existe una sustitución vulgar, expresa o tácita, que prevalece sobre el derecho de acrecer (art. 986).

b) La segunda de las variantes de la interpretación es la de cómo la comentada sentencia del Tribunal Supremo encuentra en la cláusula debatida una sustitución fideicomisaria.

Contempladas las cosas así, el fallecimiento que se prevé de los nietos del testador no es un fallecimiento anterior a la apertura de la sucesión con premoriencia, como en el caso anterior, sino el fallecimiento en cualquier tiempo posterior a la apertura de la sucesión. Según esta interpretación, hay un paso de los bienes de aquellos de los nietos que fallecieron sin descenden-

cia, condición, *sine liberis decesserit*, al descendiente mayor que ostentara el título nobiliario. Según ello, la expresión «acrecerá» hay que entenderla en el sentido de «pasarán» o, «pertenerán los bienes».

6. *In dubio contra fideicommissum*

La tesis de la sustitución fideicomisaria tropieza con algunos escollos que convendrá no perder de vista. La exposición de los mismos aparecía ya en el dictamen del profesor Pérez González.

La sustitución es la disposición del testador por la que ordena que otra persona se coloque en el lugar ocupado por el heredero primeramente instituido. El artículo 789 dispone la aplicación de la normativa de las sustituciones, dada en función de la institución de heredero, a los legados.

Se entiende que las sustituciones pueden ser directas o de primer grado e indirectas o de segundo grado. En las primeras el sustituto es llamado solamente para el caso de que el primer instituido no llegue a heredar. En las segundas, en cambio, el sustituto es llamado a ocupar el lugar del instituido, a partir de un cierto momento, o cuando se cumple una determinada condición. Aquí, a diferencia de la situación anterior, en que hay una llamada en defecto de la primera, estamos ante llamadas sucesivas a la herencia.

La sustitución vulgar pertenece a la primera clase. Es directa o de primer grado. El artículo 774 establece que «puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos, para el caso de que mueran antes que él, no quieran o no puedan aceptar la herencia». Los supuestos son ejemplificativos y naturalmente el testador puede reducir su ámbito, limitándola sólo a alguno de ellos (por ejemplo premoriencia).

El testador que tenga herederos forzosos en ningún caso puede someter a sustitución la legítima estricta (art. 813). En cambio, en la mejora es posible el nombramiento de sustitutos que sean hijos o descendientes del testador (art. 824).

Atendido el tenor del artículo 774 del Código Civil se entiende que la sustitución vulgar es la designación que hace el testador de un segundo o ulterior heredero para el caso de que los primeramente llamados no lleguen a serlo, ya porque mueran antes que él, o porque no quieran o no puedan aceptar la herencia. Las Partidas (P.6.5.1) contenían la siguiente definición: «Substitutus, en latín, tanto quiere decir en romance como otro heredero que es establecido del facedor del testamento en el segundo grado después del primer heredero: Et esto sería como si dixiese: establezco a fulan por mio heredero, et si él non quisiere o non lo podiere seer seale fulan en logar dél. Et a tal substitución como ésta llaman en latín vulgaris».

Como señala Albaladejo (*Comentario al artículo 774. Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*. Vol. I, Madrid, 1991, p. 1896):

De igual modo que la ley, para el caso de que el llamado primeramente a la herencia no llegue a ser heredero, llama a otros mediante la sucesión abintestato («*successio ordinum et graduum*»), así también puede el causante llamar a otro a la herencia para el caso de que el instituido principalmente por él no llegue a serlo. En eso consiste la vocación subsidiaria denominada sustitución vulgar, directa u ordinaria, aplicable lo mismo a la delación a título universal que a la a título singular.

En la sustitución vulgar, existe una sola sucesión con preferencia del instituido y subsidiariedad del sustituto.

Despejada la incertidumbre de si es o no heredero el instituido, hay una sola sucesión: la de instituido o la del sustituto. Es pacífico que es característica de la sustitución vulgar que provoca una sola sucesión, la del instituido o la del sustituto, al contrario de lo que ocurre en la sustitución fideicomisaria, en la que se producen varias sucesiones, varias instituciones, varias vocaciones o llamamientos.

Sobre esta cuestión ALBALADEJO (*op. cit.* p. 1898) explica lo siguiente:

La sustitución vulgar provoca, en definitiva, una sola sucesión: la del instituido o la del sustituto. Conviene destacar que la delación a favor del sustituto es, en principio, perfectamente distinta e independiente de cualquier otra, y sólo se encuentra ligada con la delación a favor del instituido –de la que también es perfectamente distinta– en cuanto que de la inexistencia o extinción de la una depende la producción de la otra. El llamamiento del instituido y el del sustituto, aun contenidos en la misma cláusula en sentido documental, son perfectamente diferentes y por eso puede subsistir el uno sin el otro.

Hay que desterrar la idea de que la delación a favor del sustituto depende de la delación (como tal delación) a favor del instituido. Depende de ésta, pero solo en cuanto que ésta es un hecho puesto como condición: Es decir, el sustituto nunca es llamado –nunca recibe delación– como sustituto, sino en su caso y momento, como instituido. Ello no por la obvia razón de que la sustitución es una institución condicional y, por tanto, el sustituto es siempre un instituido, sino por la razón de que no hay llamamiento a favor del sustituto hasta que la condición –*si heres non erit*– se cumpla; y en este momento deja de ser contemplado en defecto del instituido, para pasar a serlo en primer término, es decir, para ser llamado como instituido. O sea, no hay un periodo durante el cual se es llamado como sustituto –antes del cumplimiento de la condición– y otro en que se es llamado como instituido –después del cumplimiento– sino que durante el primer periodo no es llamado, y sí es llamado, en el segundo periodo como instituido. En conclusión, la delación a favor del sustituto, hasta que se produce, depende del hecho de que falte o se extinga la delación a favor del instituido; y una vez producida es independiente de cualquier otra, sea ésta a favor de la misma o de distinta persona, sea a título universal o particular.»

En definitiva: en la sustitución vulgar, no hay más de una institución, un sólo llamamiento, una única y sola sucesión, a diferencia de la sustitución fideicomisaria en que hay por lo menos dos instituciones, dos llamamientos, dos sucesiones. De ello se sigue que si el instituido llega efectivamente a ser llamado, ninguna cuestión cabe plantear respecto del sustituto, ya que éste es llamado subsidiariamente, es decir, en defecto de aquél.

En nuestro caso, doña Susana, usufructuaria vitalicia, falleció antes que sus hijos, nudos propietarios en las porciones desiguales señaladas por el testador. Fallecida la usufructuaria se consolidó la propiedad, que don Fernando, don Alejandro y doña Candelaria adquirieron libre de cargas. Así lo entendieron, correctamente, los propios interesados quienes, como ya se ha

dejado dicho, con fecha 21 de febrero de 1935 dirigieron en este sentido un escrito al Abogado del Estado y liquidador del impuesto de derechos reales y, posteriormente, solicitaron la práctica de la oportuna inscripción en los Registros de la Propiedad.

Fue precisamente al inscribir tal consolidación cuando se produjo la discrepancia en el modo de proceder de los Registros de la Propiedad. Correctamente, el Registrador de la Propiedad de Telde no realizó ninguna mención especial. Sí lo hizo, en cambio, de manera totalmente anómala, el Registrador de la Propiedad de Guía, que parece que entendió que existía una especie de sustitución fideicomisaria, en realidad totalmente improcedente y por ello nula de plena de derecho.

El Registrador de la Propiedad de Santa María de Guía, al inscribir a instancia de don Fernando, don Alejandro y doña Candelaria la consolidación de la propiedad de las fincas por fallecimiento de la usufructuaria, en la inscripción que practicó el día 22 de junio de 1936, hizo constar en el asiento lo siguiente:

«Que si alguno de los titulares dichos falleciese sin descendencia de legítimo matrimonio, su parte acrecerá a la del varón mayor que sobreviva y a falta de varón a la hembra mayor si en lo sucesivo la usufructuaria tuviese más hijos.»

Es obvio que de esta manera, el citado Registrador, estaba dando por supuesta una inexistente sustitución fideicomisaria, condicionada al fallecimiento sin descendientes legítimos de alguno de los titulares, es decir, una sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*.

Ocurre, sin embargo, que en la cláusula octava del testamento de don Fernando del Castillo y Westerling no existe rastro alguno de tal sustitución, que según dispone el artículo 781.1.º debe establecerse de manera expresa, ya dándole este nombre, ya imponiendo al sustituto la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero.

Tampoco están presentes en la citada cláusula los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia consideran esenciales para que pueda hablarse de sustitución fideicomisaria (doble o múltiple institución, gravamen de conservar y restituir los bienes y orden sucesivo).

Por último hay que tener presente que, de plantearse alguna duda, habría de resolverse en favor del principio de mayor libertad de los bienes, conforme al principio general *«in dubio contra fideicommissum»*, que, constando que el testador quiso sustitución, lleva a optar por entender que la quiso vulgar y no fideicomisaria.

No existe disposición «expresa» ni obligación «terminante» de entregar los bienes a un segundo heredero.

Conforme al artículo 781 del Código Civil, la sustitución fideicomisaria es aquella «en cuya virtud el testador encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia». En la medida en que tales sustituciones suponen un gravamen para el heredero y un grave obstáculo para la circulación de los bienes, que fácilmente degenera en vinculaciones, el Código Civil, si bien se apartó del criterio de la prohibición absoluta que había acogido el Proyecto de 1851, estableció severas limitaciones dirigidas a asegurar su temporalidad, estableciendo también en el artículo 781 que serán

válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador.

El disfavor con que el Código contempla las sustituciones fideicomisarias se aprecia igualmente en su rotunda exigencia de que resulten del testamento de modo suficientemente claro, es decir, que exista disposición expresa del testador. Así lo establece el artículo 785.1.º, a cuyo tenor «no surtirán efecto las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituto la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero». En la misma línea el artículo 783.1.º establece que «para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos». Y como señala Lacruz (en LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1981, p. 329), el mismo criterio se refleja en la restante ordenación del Código Civil y, en particular, explica el tenor del artículo 771, relativo a un supuesto en el cual parece más probable que la voluntad del causante sea precisamente el orden sucesivo de llamamientos: aun así no lo presume el Código Civil y exige que tal orden se establezca de modo inequívoco.

Como señala ALBALADEJO «Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia. Vol. I, Madrid, 1991, p. 1921):

«Con la exigencia de que la sustitución fideicomisaria sea expresa, es coherente la antigua regla de *in dubio contra fideicomisum*, o que la sustitución fideicomisaria es de interpretación restrictiva, de modo que en la duda hay que desecharla. Regla que aun tiene base más directa si a la exigencia de que la sustitución fideicomisaria sea expresa, se le da el significado de que ha de ser clara, terminante, segura e inequívoca, pues no se está en tal caso si hay duda de que la disposición que sea constituya verdaderamente una sustitución fideicomisaria. Por supuesto, se trata no de que, por existir duda a primera vista, haya de rechazarse ya la existencia de la sustitución, sino de que haya de rechazarse cuando, por mucho que se ha profundizado en la interpretación, sigue sin tenerse la suficiente certeza, por lo que subsiste la duda de que el testamento haya dispuesto realmente una sustitución, es decir, que si no cabe decidir conforme al artículo 675, si hay o no sustitución fideicomisaria dispuesta, debe resolverse en sentido negativo, sin acudir a otros razonamientos ni a otros extremos extrínsecos al testamento.

En la duda, tener que descartar la existencia de sustitución fideicomisaria, lleva, sin más, a no estimar que la haya querido el testador, cuando sea dudoso qué quiso. Y si constando que quiso una sustitución, queda en duda si la quiso fideicomisaria o vulgar, habrá que optar por entender que quiso ésta.»

Las reglas del Código Civil han sido rigurosamente aplicadas, ya desde antiguo, por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que como ha señalado Lacruz (*op. loc. cit.*) incluso ha acentuado en ocasiones el significado restrictivo de los artículos 785 y 783.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1898 declaró que la sustitución fideicomisaria no se presume y ha de constar con claridad en el testamento. La sentencia de 8 de noviembre de 1913 descartó la existencia de sustitución fideicomisaria, entre otras razones «por la circunstancia de no

imponer al hijo que llegara a ser heredero el gravamen de restitución o la prohibición de enajenar, que ni expresa ni tácitamente aparece en ninguna de las disposiciones del testador». La sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio 1929 declaró que en la cláusula debatida no había «clara y concreta expresión de la prohibición de enajenar, esencial en los fideicomisos» y que «las dudas entre las dos citadas clases de sustitución (vulgar o fideicomisaria) tienen que resolverse con el criterio que ha prevalecido en la sentencia recurrida, como más favorable a la libertad de los bienes».

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1951, señaló en su conderando sexto, lo siguiente:

«Que según el artículo 785 de la Ley sustantiva, las sustituciones fideicomisarias, cuando no se les da expresamente este nombre, han de imponer al primer nombrado la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero, donde se ve que el Código no se contenta con establecer tal obligación sino con la palabra “terminante” quiere darle un carácter absoluto que no admita excepciones ni reservas, de modo que establezca a favor del fideicomisario un derecho fijo adquirido desde la muerte del testador, según el artículo 784 del mismo Código, y que no dependa de la voluntad del fiduciario; y con esto concuerda el concepto de las sustituciones fideicomisarias que da el citado artículo 781, como aquellas por cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita los bienes a un tercero, criterio que es además el más conforme con la jurisprudencia de esta Sala, de la que basta citar la sentencia de 21 de diciembre de 1918, que declaró que la sustitución fideicomisaria exige como condición esencial que el fiduciario esté obligado a entregar la herencia al fideicomisario, y que este tenga derecho a los bienes desde la muerte del testador; la de 8 de julio de 1929, según la cual es esencial en los fideicomisos la cláusula de prohibición de enajenar, y en la duda debe prevalecer el criterio más favorable a la libertad de los bienes; y la de 3 de noviembre de 1890, que declara que el carácter esencial de la vinculación de los bienes consiste en la prohibición absoluta de su enajenación, y esta condición, como contraria a la libertad natural de las cosas, no debe presumirse...»

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1963, señaló lo siguiente:

«La sustitución fideicomisaria no se presume y ha de constar con claridad en el testamento (sentencia de 19 de febrero de 1898), prevaleciendo en caso de duda el criterio más favorable a la libertad de los bienes (sentencia de 8 de julio de 1920) en virtud del principio general de Derecho que dice: “*In dubiis semper contra fideicommissum*” mantenido en cierto modo por las sentencias de esta Sala de 7 de marzo de 1905, 8 de noviembre de 1913, 8 de julio y 6 de diciembre de 1929, 2 de marzo de 1935, 25 de noviembre de 1944 y 11 de mayo de 1948.»

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1964, subrayó una vez más el carácter marcadamente restrictivo con el que se admite en el Código la sustitución fideicomisaria:

Los llamamientos en la sustitución fideicomisaria deben ser expresos y no surtirán efecto los que no se hagan en tal forma o impongan al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero (...); doctrina toda esta acreditativa de que si bien el Código admite la sustitución fideicomisaria lo hace en forma genuinamente restrictiva, con tendencia a su total extinción y sólo para aquellos casos en que en tal forma patente e inducible así lo establezca el testador, con designación del heredero fideicomisario y con la limitación del segundo grado en el llamamiento del testador; doctrina toda ella acreditada con diversos aforismos sobre la materia, tales como «los hijos puestos en condición no lo son en sustitución» o «*in dubium contra fideicommissum*».

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1968 tuvo que recordar que incluso el concepto de «sustitución» utilizado por el testador «no es exclusivo de la fideicomisaria, sino común a todas las contempladas en el Libro II, título III, Sección 3.ª, del Código citado».

En la cláusula octava del testamento de don Fernando del Castillo y Westering no sólo falta disposición expresa, sino que tampoco concurre ninguno de los requisitos establecidos por el Código Civil para que pueda hablarse de sustitución fideicomisaria.

La citada sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1963 dedicó su considerando tercero a plasmar el concepto y requisitos de la sustitución fideicomisaria, de manera plenamente conforme con la doctrina. A este respecto señaló lo siguiente:

Que la sustitución fideicomisaria, en virtud de la cual el testador impone al heredero o legatario la obligación de conservar la herencia o cosa legada y entregarla a su fallecimiento a otra u otras personas designadas por él mismo, precisa como requisitos esenciales para su existencia y reconocimiento: primero, una doble o múltiple vocación hereditaria consignada de forma expresa e inequívoca (arts. 783, ap. 1.º, y 785, n.º 1, del Código Civil), aun cuando no sea menester indicar nominalmente la persona del fideicomisario (*apertis verbis*) por ser suficiente que se le pueda conocer por sus circunstancias (*re ipsa*); segundo, gravamen impuesto al fiduciario de conservar y de entregar los bienes fideicomitados al llamado en segundo lugar a la sucesión, según exige el artículo 781 y las sentencias de esta Sala de 3 de noviembre de 1890, 21 de diciembre de 1918, 8 de julio de 1920 y 20 de abril de 1951, si bien es de estimar que dicha obligación está ya implícita en el doble llamamiento (sentencias de 29 de enero de 1916, 26 de febrero de 1919, 6 de abril y 25 de octubre de 1954); y tercero, establecimiento de un orden sucesivo y cronológico para la adquisición de la herencia o legado por el instituido en primer lugar y el sustituto, de forma que venga uno después de otro en trance de continuidad sucesoria.

Es obvio que ninguno de los citados requisitos concurre en el caso que nos ocupa.

a) Desde luego, es claro que no existe una doble o múltiple institución en el sentido que requiere el artículo 781 del Código Civil.

A tenor del citado precepto ha de haber una doble o múltiple vocación hereditaria hecha por el testador a favor de dos o más personas, sobre los mismos bienes, cada una de las cuales recibe el caudal y lo conserva durante un tiempo, generalmente mientras vive. A diferencia de la vulgar, en que se nombra un heredero o legatario *en vez* de otro, la sustitución fideicomisaria consiste en nombrar uno *para después* que lo haya sido otro. El fideicomisario recibe los bienes *después* que el primer llamado ha sido heredero o legatario y no tanto le *sustituye* (con lo que se distingue de la sustitución vulgar) como le *subsigue*, recibiendo los bienes hereditarios de él, pero, como al fin es llamamiento hecho por el testador, es heredero y sucesor del testador.

Como explica Albaladejo (*Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*. Madrid, 1991, Vol. I, pp. 1918 y 1919):

«En la sustitución fideicomisaria, tanto el fiduciario como el fideicomisario son herederos del fideicomitente. Éste es el causante de ambos. De la herencia que recibe el fiduciario, sin lugar a dudas. Pero también de la que recibe el fideicomisario, pues no es que éste herede al fiduciario, sino que hereda del fideicomitente los bienes que antes pasaron a aquél con el deber de entregárselos en su día. La herencia no es herencia del fiduciario, sino herencia del fideicomitente que va al fideicomisario después que al fiduciario. La recibe después; pero eso es todo.»

Es la doble o múltiple vocación de la sustitución fideicomisaria un rasgo propio y característico de esta institución, que la diferencia de otras, como de la sustitución vulgar, en la que existe un llamamiento al instituido y después se nombra sustituto, pero de manera subsidiaria, de forma tal que sólo uno de ellos puede ser heredero si el otro no llega a serlo, por premoriencia, renuncia o incapacidad de suceder.

b) No existe en nuestro caso rastro alguno que permita hablar de gravamen de conservar y restituir los bienes hereditarios.

Este es un requisito esencial en la configuración de la sustitución fideicomisaria (claramente expresado por el art. 781 «...en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia...»), ya que el artículo 785.1.º quiere que se establezca la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero.

Sobre este requisito, señala Albaladejo (*op. ult. cit.* pp. 1916 y 1917), lo siguiente:

Como el fideicomisario tiene (a la muerte del testador o en otro momento anterior, si así lo establece el testador) derecho a recibir la herencia fideicomitada, el fiduciario ha de conservar ésta (arts. 781 y 783 II). La Ley habla de que el fideicomitente «encarga al heredero [fiduciario] que conserve y transmita» la herencia o parte de ella a un tercero (art. 781); y de que «el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario» (art. 783 II).

La verdad es que el fideicomisario es llamado a ser heredero después del fiduciario, razón por la que adquiere el derecho a la herencia en virtud de ese llamamiento, y, por tanto, el fiduciario, o sus herederos no ha de transmitirle ésta, sino que ha de entregársela, porque la hizo suya por aquel llamamiento. Luego realmente, el fiduciario no recibe la herencia con un encargo de transmitirla, sino que la recibe con la limitación o gravamen que supone el derecho del otro, derecho que para hacerse efectivo requiere la entrega de la misma cuando concluya el tiempo durante el que era fiduciario.

c) No concurre en nuestro caso el requisito del establecimiento de un orden sucesivo en los llamamientos.

Como observa Lacruz (en LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1988, p. 347) característico y esencial de la sustitución fideicomisaria es la presencia del orden sucesivo: el doble o múltiple llamamiento. Hay dos (o varios sucesores), cada uno de los cuales recibe el caudal y lo conserva durante un tiempo, generalmente mientras vive.

El llamado *ordo succesivus* implica que los beneficiarios llamados a recoger los bienes hereditarios entren unos después de otros, en trance de continuidad sucesiva. No existe un llamamiento al instituido y después un nombramiento de sustituto, subsidiario, para el caso de que el primero no llegue a serlo, sino que existen dos instituidos, ambos suceden al testador, si bien uno lo hace después del otro.

En nuestro caso, lo que existe es un orden de carácter subsidiario. No es que sucedan don Alejandro a don Fernando, ni doña Candelaria a don Alejandro. Simplemente se previó la posibilidad de que se sustituyesen en la parte del tercio de mejora si alguno de ellos hubiera premuerto a la usufructuaria doña Susana sin descendencia de legítimo matrimonio.

No hay, pues, dos instituciones o llamamientos o vocaciones hereditarias. Hay un sólo llamamiento al instituido: al sustituto se le llamará eventualmente, si el instituido no llega a ser heredero (*si heres non erit*).

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en la sentencia de 25 de noviembre de 1944, sobre la interpretación de una cláusula testamentaria muy similar a la que se contiene en la tantas veces citada cláusula octava del testamento de don Fernando del Castillo y Westerling. Y lo hizo para negar la existencia de sustitución fideicomisaria y para negar la validez de las inscripciones registrales causadas sobre la base de tal erróneo entendimiento.

Por su importancia, resulta oportuno transcribir íntegramente los considerandos de la referida sentencia.

Considerando que es clave del presente recurso la interpretación que deba darse al testamento que en 1.897 otorgó don Francisco Chacón, Conde de Prado Castellano, en el que, después de instituir a uno de sus hermanos heredero en usufructo de casi todo el as hereditario, dispuso de la nuda propiedad de los mismos bienes en los siguientes términos: «Es su deseo y así lo ordena expresamente, que la propiedad de los bienes inmuebles y derechos reales que haya de usufructuar el repetido su señor hermano, se distribuya en cuarto porciones iguales y se aplique, una, desde luego en ambos dominios, al mismo don José por su calidad de usufructuario, y las

tres restantes a cada cual de sus tres hermanos, los señores doña María del Carmen, don Mario y don Antonio Chacón y Valdecañas. Si ocurriese el fallecimiento de los cuatro herederos en propiedad sin dejar alguno de ellos sucesión, su parte acrecerá la de los demás, y si la tuviere les heredaran por derecho de representación sus descendientes».

Considerando que para situar la *quaestio facti* conviene recordar como antecedentes indiscutidos: a) que el testador falleció en el año 1911 sin modificar la copiada disposición *mortis causa*, sobreviviéndole sus cuatro hermanos, los cuales practicaron en el siguiente año la partición de la herencia, y en ella fueron adjudicadas en nuda propiedad al don Antonio Chacón doce fincas; b) que estas fincas fueron inscritas en el Registro a nombre del don Antonio, incorporando a la inscripción la cláusula referida; c) que el año 1915, por medio de apoderado, don Antonio vendió la nuda propiedad de las doce fincas, y tanto en la escritura pública como en la inscripción, se hizo constar que la venta quedaba sujeta a la condición resolutoria de que el vendedor falleciese dejando descendencia, condición que fue reproducida en sucesivos títulos de venta e inscripción de dichas fincas entre los años 1925 y 1939, ya consolidada la nuda propiedad con el usufructo por el fallecimiento en 1919 del heredero usufructuario don José Chacón, y d), que don Antonio Chacón falleció intestado en 1923, dejando una hija –la demandante–, la cual obtuvo en 1940, por solicitud dirigida al Registrador de la Propiedad, la cancelación de las inscripciones extendidas a favor de los cuatro demandados, llevadores de las fincas, y la inscripción de las mismas a su nombre, iniciando después este pleito para reivindicarlas.

Considerando que con estos sucintos antecedentes la *quaestio iuris* del pleito y del recurso está toda ella supeditada a precisar si la intención del testador fue referir el evento del fallecimiento de alguno de sus hermanos, con sucesión o sin ella, a momento anterior al de la muerte del propio causante para que en ese preciso momento y no después entrasen en juego los derechos de acrecer y de representación que la cláusula testamentaria estableció (tesis de la sentencia recurrida), o si más bien fue voluntad del testador remitirse a la muerte de alguno de sus hermanos, desconectada o con entera independencia de la fecha, anterior o posterior, en que él pudiera fallecer (tesis del recurso).

Considerando que la diversidad de criterios interpretativos, manifestado ya en vía extrajudicial desde el fallecimiento del testador y mantenido después en el pleito, bastaría para estimar que si *prima facie* pudieran parecer claros los términos literales de la cláusula testamentaria en el sentido de que el fallecimiento de los hermanos no se supeditó al del testador, se aprecia, a poco que se medite, que la interpretación literal por sí sola no ofrece encauzamiento adecuado a la última voluntad del causante porque, en efecto, es evidente el propósito que animó al testador de favorecer con su herencia a sus hermanos y sobrinos, mas si se entendiese que al establecer los derechos de acrecer y de representación en beneficio, respectivamente, de unos y otros, quiso que estos derechos entrasen en ejercicio al fallecer alguno de sus hermanos con posterioridad a

la muerte del mismo testador, se habría frustrado aquel propósito, y tanto el acrecimiento como la representación ordenados en el testamento perderían toda su eficacia ante la ley, que matiza aquellos derechos con la nota esencial de premoriencia del instituido, entre otros supuestos de acrecimiento y representación que no rezan con el caso de autos. Artículos 924 y 982 del Código Civil.

Considerando que en otro aspecto, la vocación hereditaria de don Antonio Chacón pudo ser concebida en la mente del testador, bien atribuyéndole la titularidad de un derecho sucesorio con plenas facultades dominicales, bien con limitadas facultades de disfrute para conservar y retransmitir la herencia por su fallecimiento a quien fuese llamado en segundo lugar por el testador, y si el primer supuesto nunca se podría dar en el caso de que la plenitud de facultades dominicales hubiese de ser adquirida por el don Antonio cuando falleciese, porque faltaría ya el sujeto real del derecho hereditario y hasta la ficción de la supervivencia del fallecido en su propio patrimonio pugnaría con los derechos de acrecer y representación previstos para tal caso en la cláusula testamentaria, en el segundo de los citados supuestos habría de ser considerado el don Antonio heredero fiduciario de una institución fideicomisaria tácita que no surtiría efecto como comprendida en el número primero del art. 785 CC, ni en todo caso heredaría su hija, la demandante, por representación, como fue llamada a la herencia, sino por propio derecho de heredera fiduciaria de su tío don Francisco, por lo que también en este sentido saldría al paso la ley impidiendo la eficacia de lo querido por el testador si efectivamente hubiera previsto la supervivencia de don Antonio para que pudiera heredar a aquel la hija de éste.

Considerando que si por el cauce exclusivo de la interpretación literal no se puede llegar a un ordenamiento de la última voluntad del causante amparado por la ley, habrá precisión de conjurar a la vez el sentido literal y el sentido lógico de la cláusula transcrita para dar con la fórmula interpretativa que rinda jurídicamente eficaz la reglamentación de lo que el *de cuius* quiso que rigiese después de su muerte, y en este sentido se ofrece claro y expedito el llamamiento de los hermanos y sobrinos a la herencia si se remite el acontecimiento de la muerte de alguno de aquéllos a momento anterior al fallecimiento del causante, porque únicamente y así adquieren vida adecuada los derechos de acrecer y de representación establecidos, llenando este último en particular la finalidad de que la hija de don Antonio pudiese llegar a ser heredera si su padre premuriese al testador, pues ante este suceso la hija sólo podría heredar en virtud del llamamiento hecho a su favor en el testamento como descendiente de un heredero voluntario (arts. 675 y 760 CC).

Considerando que fijada así la voluntad del testador no hay dificultad alguna en la construcción jurídica de la institución hereditaria, en atención a que si el hecho de la muerte en sí mismo no es incierto, existe incertidumbre cuando este acontecimiento se remite a un momento determinado, como al de la supervivencia de una persona respecto de otra *—incertus an incertus quando—*, mas esta incertidumbre no imprime carácter de condición propiamente dicha a la institución de heredero *—condictio facti—*, sino que mere-

ce la calificación de condición impropia o aparente, porque el evento de que el instituido sobreviva al testador es presupuesto que va implícito *ex lege* en la efectividad de toda la institución testamentaria, aunque de todas suertes ya se tratase de condición de tipo suspensivo, ya de presupuesto *ex lege* o *conditio iuris*, el hecho de que don Antonio ha sobrevivido al testador determinó la purificación de su derecho hereditario con plenitud de facultades dominicales, quedando así excluida de la sucesión del *de cuius* la hija de aquel –la demandante– que había sido llamada a heredar en vocación simultánea con su padre para el caso de que éste premuriese y no pudiera heredar, lo que implica vocación doble en institución única, similar en sus efectos a la típica sustitución vulgar, en cuanto la entrada de la demandante en la herencia no se operaría, en su caso, por el propio derecho de heredera, sustituta, sino por la vía que el testador estableció del derecho de representación (art. 764 CC).

Considerando que si la voluntad del testador ha sido llamar a su herencia a los descendientes de su hermano don Antonio para el caso de que éste premuriese al causante, y tal acaecimiento no se produjo, don Antonio recibió la herencia puramente y pudo enajenar sin limitación alguna la nuda propiedad de las fincas que le fueron adjudicadas en la partición de la herencia de su hermano don Francisco, sin que la circunstancia de que en la venta realizada por un apoderado de aquel, con extralimitación o sin ella, y en las ventas sucesivas se hiciese constar que la enajenaciones se sujetaban a la condición resolutoria que dimanaba del testamento, porque como en éste no hay tal condición, el error de calificación jurídica padecido por los interesados y acatado por los funcionarios que intervinieron en las ventas y en la inscripción no pueden convalidar en derecho un efecto jurídico que no arranca del título en que se quiso fundar, ya que nuestro sistema inmobiliario la inscripción no convalida el título que llega al Registro con vicio de nulidad, aunque acreciente su valoración en algún especial aspecto –artículos 33, 34, 24, 41 y 82 de la Ley Hipotecaria–; y en su virtud procede desestimar todos los motivos del recurso en los que se mantienen tesis contrarias a las expuestas sobre interpretación de la cláusula testamentaria (motivos primero y segundo), sobre institución de heredero en favor del don Antonio bajo condición resolutoria de que falleciese con posterioridad al testador con sucesión o sin ella (motivos tercero y cuarto) y sobre eficacia de la inscripción de las doce fincas a favor de la demandante por cumplimiento de la aludida condición resolutoria, como título de la actora para reivindicarlas (motivos quinto al séptimo).

Es claro que la doctrina de la sentencia transcrita resulta fundamental, ya que existe identidad de razón entre el caso resuelto por la misma y el que es objeto del presente pleito. Incluso, como dato curioso, cabe destacar que el letrado de los recurridos (y no se olvide que el Tribunal Supremo rechazó el recurso) fue el profesor Nicolás Pérez Serrano.

Interesa destacar, en primer lugar, que en el testamento que motivó la sentencia que examinamos, al igual que acontece en el de don Fernando del Castillo y Westerling, se dispuso que «si ocurriese el fallecimiento de los

cuatros herederos en propiedad sin dejar alguno de ellos sucesión, su parte acrecerá a la de los demás».

También es relevante que, en aquel caso, tanto en las escrituras públicas como en las inscripciones registrales se hizo constar que las ventas quedaban sujetas a la condición resolutoria de que el vendedor falleciese dejando descendencia, y a pesar de que la demandante, por solicitud dirigida al Registro de la Propiedad, obtuvo la cancelación de las inscripciones que se habían extendido a favor de los cuatro demandados, y al propio tiempo logró la inscripción de las fincas a su nombre, es lo cierto que fue desestimada la acción reivindicatoria que ejercitó, sin que prosperase el recurso de casación por ella entablado.

De los diversos argumentos utilizados por el Tribunal Supremo en la sentencia que ha quedado transcrita, son de particular interés los siguientes:

1.º Resultaría absolutamente rechazable pretender interpretar la cláusula octava del testamento en el sentido de que el fallecimiento sin descendencia legítima de cualquiera de los nietos designados llevaría consigo la transmisión de sus derechos hereditarios al hermano que tuviere hijos, refiriendo tal evento al instante de la muerte del propio nieto.

Frente a ello es evidente el propósito del testador de favorecer en la propiedad de los bienes integrantes del tercio de mejora a los tres nietos que menciona. Y como señala la sentencia, este propósito quedaría frustrado si se entendiese que al establecer el testador el derecho de acrecer quiso que entrase en ejercicio al fallecer alguno de sus tres nietos con posterioridad a la muerte del mismo testador y de la usufructuaria doña Susana. El propósito se habría frustrado, porque el acrecimiento ordenado en el testamento perdería toda su eficacia ante la Ley, que matiza aquel derecho con la nota esencial de premoriencia del instituido (art. 982 CC).

2.º Es enteramente aplicable a nuestro caso, la argumentación que se contiene en el considerando quinto de la sentencia que se analiza, ya que, ante el dilema de decidir si el testador atribuyó a sus nietos la titularidad de un derecho sucesorio con plenas facultades dominicales, o si, por el contrario, les atribuyó tan sólo limitadas facultades de disfrute para conservar y retransmitir la herencia a su fallecimiento al llamado en segundo lugar, la solución ha de inclinarse por la primera hipótesis, puesto que si la plenitud de facultades dominicales hubiese de adquirirse por cada uno de los nietos a su fallecimiento, faltaría ya el sujeto real del derecho hereditario, y además, como advierte la sentencia que venimos comentando, hasta la ficción de la supervivencia del fallecido en su propio patrimonio pugnaría con el derecho de acrecer, y habría de entenderse que existía una sustitución fideicomisaria tácita, que no surtiría efecto conforme al número 1.º del artículo 785 del CC.

Si se conjuga el sentido literal y el sentido lógico de la cláusula, aparece claramente la voluntad del testador si el acontecimiento de la muerte de alguno de los nietos se remite a momento anterior al fallecimiento del causante y al de la usufructuaria doña Susana, porque únicamente así adquiere vida adecuada el derecho de acrecer establecido por el testador, según advierte el sexto considerando de la sentencia antes transcrita.

3.º De la misma manera que en el caso de la sentencia el hecho de sobrevivir don Antonio al testador determinó la purificación de su derecho hereditario con plenitud de facultades dominicales, en el que es objeto del presente pleito, la circunstancia de haber sobrevivido los nietos don Fernando, don Alejandro y doña María de la Candelaria, tanto al testador como a la usufructuaria, madre de ellos, llevó consigo que la propiedad que el testador

les atribuyó, limitada durante la vida de doña Susana por el usufructo que concedió a esta, una vez que ocurrió su fallecimiento consolidaron los nietos la plenitud de las facultades dominicales. Como dice la sentencia el caso puede considerarse como de vocación múltiple e institución única, similar en sus efectos a al típica sustitución vulgar.

4.º Por último, resulta plenamente aplicable la doctrina de la sentencia, contenida en su último considerando, en lo que se refiere a la calificación dada a los títulos en el Registro de la Propiedad.

De acuerdo con dicha doctrina es obvio que, en nuestro caso, la calificación del Registrador de la Propiedad de Santa María de Guía ha de ser considerada errónea y nula, una vez que se reconduce la interpretación de la cláusula octava del testamento a sus justos límites, que impiden estimar la existencia de una sustitución fideicomisaria que pudiera determinar que las enajenaciones se hallaban sujetas a una condición resolutoria.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen reiteradamente declarado que la buena fe como límite del ejercicio de los derechos subjetivos, principio consagrado con carácter general en el artículo 7.1.º del Código Civil, entraña, entre otras consecuencias, la inadmisibilidad del *venire contra factum proprium*, ya que la buena fe exige un comportamiento coherente con la confianza suscitada por los actos de su autor.

Como se ha señalado (en DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 8.ª ed. Madrid, 1993, pp. 438 y 443 y ss.), con la regla de la prohibición de ir contra los propios actos se quiere decir que el acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad es inadmisibles cuando con él la persona se pone en contradicción con el sentido que objetivamente y de acuerdo con la buena fe había que dar a su conducta anterior. La regla veda una pretensión incompatible o contradictoria con la conducta anterior.

El Tribunal Supremo ha aplicado reiteradamente la regla expuesta y, como señala la sentencia de 14 de abril de 1993, tiene declarado que «indudablemente, entre los principios generales del derecho a que se refiere el artículo 1.4 del Código Civil, se encuentra el concerniente a que “nadie puede válidamente contra sus propios actos”, debiendo entenderse por tales, a tenor de la jurisprudencia, “aquellos que, por su carácter transcendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho”.

En nuestro caso, son numerosos los actos que los interesados han realizado desde el fallecimiento del causante de la sucesión, que presuponen la falta de existencia de sustitución fideicomisaria alguna.

Por su importancia, merecen destacarse, entre otros muchos, los siguientes:

1.º La partición de los bienes relictos al fallecimiento de don Fernando del Castillo y Westerling. Fue realizada mediante escritura pública de 19 de junio de 1.901 y en ella se dio un tratamiento claramente distinto a los bienes integrantes del tercio de libre disposición –cláusula 7.ª del testamento– y a los que constituían el tercio de mejora –cláusula 8.ª–.

Respecto de los primeros se hizo constar repetidamente que su propiedad estaba pendiente de condición resolutoria. Respecto de los bienes del tercio de mejora no se hizo semejante salvedad, sino que sencillamente se hizo constar que el legado de dicho tercio correspondía en usufructo a la hija doña Susana, y en propiedad, en su día, a los tres nietos, don Fernando, don Alejandro y doña María de la Candelaria.

Este distinto tratamiento jurídico de los dos tercios aparece en el supuesto quinto de las operaciones divisorias, más tarde bajo el epígrafe «liquidación», luego en las «adjudicaciones» y finalmente en la titulada «comprobación».

Es decir, ya desde este primer acto se considera que la cláusula octava no contiene sino un desdoblamiento del usufructo y la propiedad, sin condicionalidad alguna respecto a la adquisición del pleno dominio por parte de los tres nietos cuando ocurriera el fallecimiento de la usufructuaria.

2.º Los tres nietos, al fallecimiento de su madre y usufructuaria, hicieron constar la consolidación del pleno dominio. Como ya ha quedado expuesto, los tres nietos del testador, una vez ocurrido el fallecimiento de la usufructuaria, dirigieron instancias al Abogado del Estado liquidador de los derechos reales y a los respectivos Registros de la Propiedad, con el fin de que se hiciera constar la consolidación del pleno dominio de los bienes a su favor.

En las solicitudes suscritas por los tres interesados, no se mencionó limitación alguna respecto de la propiedad plena que a cada uno les correspondía en los bienes integrantes del tercio de mejora con que les benefició su abuelo.

De esta manera, se reitera el criterio de que los tres interesados, ya mayores de edad, consideraron que no existía gravamen de restitución alguno.

3.º La escritura pública de 26 de diciembre de 1949, de división material y formación de hijuelas entre los nietos.

Se trata de un acto propio de los interesados extraordinariamente relevante. En la escritura pública de 26 de diciembre de 1949, ya mencionada, se aprobó y protocolizó la división material practicada por don Fernando, don Alejandro y doña María de la Candelaria del Castillo y del Castillo.

En el Cuaderno protocolizado, se adjudicaron determinados bienes privativamente a doña María de la Candelaria, por la sexta parte que le correspondía en el caudal objeto de distribución. Se extinguió el pro indiviso, respecto de doña Candelaria, y no se estableció limitación ni gravamen alguno que hubiera de pesar sobre los bienes a ella atribuidos.

4.º Las operaciones testamentarias que siguieron a la muerte de don Fernando del Castillo y del Castillo.

Resultan extraordinariamente relevantes los hechos acaecidos al fallecer, el día 13 de junio de 1951 el nieto mayor, don Fernando del Castillo y del Castillo, sin dejar descendencia.

Como ya ha quedado expuesto, dicho señor en su testamento instituyó heredera a su esposa en la cuota legal usufructuaria y en el remanente de sus bienes designó por único heredero a su hermano don Alejandro del Castillo y del Castillo.

Para determinar el importe de la cuota viudal, se hacía necesario concretar cuál era el patrimonio disponible de don Fernando al tiempo de su fallecimiento, a cuyo efecto, con carácter previo, habían de ser interpretados varios testamentos de los antepasados, entre ellos el de don Fernando del Castillo y Westerling. Solicitado por la viuda el parecer del Abogado y Catedrático don Nicolás Pérez Serrano, éste emitió un Informe con fecha 21 de abril de 1952, en el sentido, ya expuesto, de que la cláusula octava del testamento del Conde de la Vega Grande de Guadalupe contenía una sustitución vulgar, subordinada a que alguno de los nietos mejorados hubiera premuerto a la usufructuaria doña Susana, evento que no ocurrió, por lo que el nieto don Fernando devino libre propietario de los bienes que integraban su porción, debiendo ser computados para la determinación de la cuota asignada en usufructo a doña María Teresa Rivero.

Lo realmente importante en este momento es destacar que el criterio de Pérez Serrano fue aceptado por don Alejandro del Castillo y del Castillo, y en su virtud recibió la parte que en el tercio de mejora correspondía a su hermano don Fernando en concepto de heredero voluntario de éste, y la cuota de la viuda se fijó computando, asimismo, aquella parte como patrimonio disponible del causante, dada su cualidad de titular de la plena y libre propiedad, consolidada al fallecer la usufructuaria.

Estos actos propios de don Alejandro tienen, sin duda, extraordinaria relevancia, por haberse producido, precisamente, en el momento y circunstancias a las que se refería la cláusula octava del testamento. Por primera vez aconteció el hecho del fallecimiento de uno de los nietos mejorados, sin tener descendencia. Era, por lo tanto, llegado el instante de decidir si su parte acrecía al otro nieto, don Alejandro, o si, por el contrario, había ingresado en vida en el patrimonio de don Fernando, por haber quedado purificada la institución desde el momento de la muerte de la usufructuaria, su madre doña Susana.

La aceptación por don Alejandro del criterio mantenido por el profesor Pérez Serrano vino a significar su más absoluta conformidad en orden a la interpretación de la tan repetida cláusula octava. Y es claro que en tal aceptación procedió don Alejandro con plena conciencia de sus actos, al haberse solicitado el Dictamen de un prestigioso Letrado. Por ello, no obró a impulso de meros sentimientos, sino consciente de cuales eran los derechos que a cada uno correspondían.

5.º Los actos de disposición realizados por los tres nietos.

Es claro que si los tres nietos mejorados hubieran creído que la cláusula octava no contenía una sustitución vulgar, no habrían dispuesto, como lo hicieron, tanto a título oneroso como a título lucrativo, de los bienes integrantes del tercio de mejora.

6.º Los constante y reiterados actos de reconocimiento de los derechos de propiedad, primero de doña Candelaria y luego, de sus sobrinos, los compradores, realizados por don Alejandro del Castillo y del Castillo y por sus hijos y herederos.

En este punto basta con tener presente que las compraventas se formalizaron en el año 1966, es decir hace casi treinta años y que, desde aquel momento, ha sido reiteradamente reconocida la propiedad de los bienes de los dos grupos familiares, que han actuado de consuno en muy abundantes ocasiones.

Los documentos enumerados en él dan sobrada cuenta de estas afirmaciones, por lo que aquí basta con tener por reproducido todo lo allí expuesto.

Es claro, después de todo lo expuesto hasta aquí, que doña Candelaria era propietaria sin limitación alguna de los bienes procedentes del tercio de mejora de su abuelo, don Fernando del Castillo y Westerling. Como plena titular del dominio de los mismos, estaba plenamente facultada para disponer de ellos, como efectivamente lo hizo, en favor de sus sobrinos mediante las escrituras públicas de venta otorgadas en el año 1966. De ello se sigue, sin ningún género de duda, que como consecuencia de tales contratos de compraventa, seguidos de la entrega de los bienes, se transmitió válidamente la propiedad a los compradores, en virtud de lo dispuesto por los artículos 609.I y 1095 del CC.

Si, como mera hipótesis, se niega la plena titularidad de la transmitente, doña Candelaria, en el momento de vender los bienes, todavía habrá que

mantener que la adquisición de la propiedad por los compradores se habrá producido por usucapión ordinaria, ya que concurren todos los requisitos que el Código Civil exige para este supuesto.

La prescripción adquisitiva o usucapión está configurada en nuestro Código Civil como un modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales en el artículo 609 I. El artículo 1930 I del mismo Código añade que por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales.

En nuestro caso, resultan aplicables las normas del Código Civil relativas a la usucapión ordinaria. Determina el artículo 1940 que «para la prescripción ordinaria del dominio y demás derechos reales se necesita poseer las cosas con buena fe y justo título por el tiempo determinado en la ley».

Desde luego es claro que los compradores han tenido desde su adquisición la posesión de los inmuebles comprados. Y tal posesión reúne los requisitos del artículo 1.941 del Código Civil: es en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.

También existe justo título. Según el artículo 1952 «entiéndese por justo título el que legalmente baste para transferir el dominio y demás derechos reales». El artículo 1953 añade que «el título para la prescripción ha de ser verdadero y válido».

Es pacífico que el contrato de compraventa, típico contrato de finalidad traslativa, es el paradigma del justo título y que el mismo tiene virtualidad intrínseca para producir el efecto de transmitir el dominio a que alude el citado artículo 1952. Al exigir que sea «verdadero» y «válido» quiere el legislador que el título tenga existencia real y que no sea nulo, cuestiones que en nuestro caso, obviamente, no se discuten.

Concurre en los adquirentes la buena fe a que alude el artículo 1950 del Código Civil, y que este precepto hace consistir en la «creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio». Es esta una cuestión que no cabe poner en duda: como ya ha quedado expuesto reiteradamente, todos los interesados y todos los expertos consultados, desde que se abrió el testamento de don Fernando del Castillo y Westergig han venido considerando que la muerte de la usufructuaria determinaba la consolidación de la propiedad en los nietos libre de cualquier condición y sin limitación alguna.

Por último, es claro que en el supuesto que nos ocupa ha transcurrido con creces el lapso de tiempo previsto en la ley para la usucapión ordinaria de inmuebles, que el artículo 1957 fija en diez años entre presentes.

Los contratos de compraventa y la entrega de los bienes se produjeron en el año 1966, por lo que dicho plazo de diez años ha sido ampliamente rebasado.

7. Colofón.

Tras todo nuestro análisis habrá que decir todavía alguna otra cosa. La primera es que fundado el recurso de casación como ya se ha dicho, exclusivamente en un único motivo, el de error en la interpretación del negocio jurídico testamentario, pudo –y en nuestra opinión seguramente debió– aplicarse la inveterada doctrina jurisprudencial de acuerdo con la cual la interpretación de los negocios jurídicos y de las declaraciones de voluntad es de la sobera-

nía de los jueces *a quo*. Lo que bien mirado significa, que la interpretación no es nunca una cuestión respecto de la que la casación deba ocuparse.

La segunda cosa, muy relacionada con la anterior, es otra inveterada doctrina jurisprudencial según la cual, los recursos de casación se dan contra los fallos, pero no contra los fundamentos jurídicos. De esta suerte no tiene mucho sentido estimar un recurso por una discrepancia en la calificación de determinados negocios jurídicos si la sentencia se mantiene, por lo demás, en su integridad. Da la impresión de que se produce lo que en la jerga hipotecaria se denomina un recurso a efectos doctrinales que no parece admitido por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, M.^a Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Gemma MINERO ALEJANDRE, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, 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. Culpa extracontractual: el plazo de prescripción de la acción es improrrogable.–La sentencia hace un análisis detallado de la prescripción y llega a la conclusión de no considerar prescrita la acción porque, aun habiéndose formulado la demanda una vez transcurrido el término de un año previsto en el artículo 1968 del Código Civil, este hecho no resulta «trascendente ni esencial los escasos y exiguos días que transcurren entre dos tramos de la prescripción cursada –cinco días y siete días respectivamente– puesto que la parte demandante manifestó su voluntad de exigir a las demandadas las responsabilidades derivadas del evento dañoso».

Lo cierto es que son hechos probados de la sentencia que en dos ocasiones tuvo lugar la misma por haber transcurrido el plazo de un año previsto para las

obligaciones derivadas de culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902 del CC, y una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (STS 22 de febrero 1991). El plazo prescriptivo es improrrogable y lo propio sucede con los iniciados en virtud de interrupciones anteriores como es el caso, y sería contrario a la seguridad jurídica distinguir entre pequeñas y grandes demoras, algo que no tiene el mínimo apoyo legal ni jurisprudencial, por lo mismo que siempre se ha negado la posibilidad de interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS de 17 abril 1989; 26 septiembre 1997; 26 de febrero 2002). (**STS de 16 de marzo de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La actora ejercita acción de responsabilidad extracontractual por los daños sufridos a raíz de varias intervenciones quirúrgicas realizadas por el demandado, médico de una mutua de accidentes con la que la demandante tenía concertado un seguro. El resultado de esas intervenciones, justificadas por un accidente laboral, desembocó en una incapacidad permanente absoluta así reconocida por la Seguridad Social. El núcleo del litigio se centra en la prescripción de la acción interpretada en términos laxos por el Juzgado y la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación interpuestos por el médico y la mutua de accidentes. (*R. G. S.*)

2. Responsabilidad extracontractual. Interrupción del plazo de la prescripción extintiva.—El artículo 1973 CC, aplicable en materia de prescripción de acciones personales, otorga el efecto de interrumpir el plazo de prescripción a la interposición de una reclamación judicial, como acto de naturaleza conservativa que tiene como finalidad la defensa del propio derecho. Como indica la STS 30 de septiembre de 2009, la doctrina civilista ha estado dividida desde la publicación del CC acerca del efecto interruptor de una demanda que después se retira. La tesis de la negación de tal efecto fue la tradicional, porque se consideraba que abandonar el pleito o dejarlo caducar podía significar dos cosas: o que se reconocía que no se tenía derecho, o que se había producido una negligencia en la reclamación. La doctrina más moderna considera, sin embargo, que se ha producido la interrupción, al haberse ya ejercitado la acción. El Tribunal Supremo ha venido manteniendo una tesis mixta entre las dos descritas, de acuerdo con la cual, si la demanda había sido ya comunicada a la parte demandada, de modo que ésta conocía la reclamación, se habría producido el efecto de la interrupción. (**STS de 25 de mayo de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Álvaro interpuso demanda para obtener indemnización de los daños y perjuicios derivados de la interposición de una querrela. El actor se vio implicado, como querrellado, en un proceso sobre estafa y falsedad de documentos públicos, mercantiles y privados, instado por la sociedad de la que había sido administrador. El proceso penal concluyó con sentencia absolutoria. La Audiencia se pronunció expresamente sobre el carácter no

temerario de la querrela para no imponer las costas. La indicada demanda se dirige contra uno de los socios de la entidad querellante, socio mayoritario al que se le atribuye estar tras la formulación de la querrela. La acción se basa en el abuso del derecho y ejercicio antisocial del mismo y en el artículo 1902 CC y se invoca la doctrina de levantamiento del velo. En la contestación a la demanda, el demandado alegó prescripción y se opuso, en cuanto al fondo, a la pretensión deducida. Se alegó que la prescripción no se había interrumpido aunque el actor promovió con anterioridad al presente litigio otro de objeto idéntico, en el que se formuló declinatoria, que fue estimada, pues el actor se personó ante el Juzgado competente fuera de plazo y se le tuvo por desistido de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Entiende el juez que hay prescripción porque el desistimiento no fue forzoso, sino atribuible al actor. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó. A mayor abundamiento, examina someramente el fondo y declara que no se ha acreditado la intervención del demandado en la interposición de la querrela, ni el carácter temerario de la misma. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto al entender que no existió prescripción.

NOTA.—Operan a favor de la doctrina jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo en esta sentencia la procedencia de interpretar la prescripción con criterios restrictivos (SSTS de 20 de octubre de 1988., 30 de septiembre de 1993, 16 de enero de 2003, 2 de noviembre de 2005) y el hecho de que, en materia de prescripción de acciones, el Código Civil no contiene una norma semejante al artículo 1946.2.º CC, referido a la prescripción del dominio y demás derechos reales, o al artículo 944 Código de Comercio, que, de forma explícita haga perder la eficacia interruptora a la interposición de una demanda de la que después se desiste. (M. C. L. J.)

3. Interrupción de la prescripción. Aplicación de la regla sobre interrupción de la prescripción, contenida en el artículo 1973 CC, a los contratos mercantiles.—«[...] la jurisprudencia de esta Sala ha considerado con reiteración que la regulación sobre la interrupción extrajudicial de la prescripción contenida en el artículo 1973 CC no sólo es aplicable a los contratos civiles, sino también a los mercantiles, sin perjuicio de la vigencia del artículo 944 CCom». (STS de 8 de abril de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La mercantil C., S.A. ejercita acción de reclamación de cantidad frente a E., en el marco de la ejecución de un contrato de obra, por el aumento de obra realizado sobre determinada construcción de viviendas de protección oficial y la urbanización de las respectivas zonas. La parte demandada solicita la desestimación de la demanda con fundamento en la prescripción de la acción ejercitada. Subsidiariamente, para el caso de no ser admitido este pedimento, solicita la desestimación de la demanda en base a la no aprobación por la propiedad del aumento de obra realizado por la contraparte.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta pese a considerar que la interrupción de la prescripción se

había producido. El Juzgado consideró que no se había documentado el aumento de obra en la forma pactada, por lo que su precio no era exigible. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto al considerar que había prescrito la acción, no siendo aplicable la interrupción extrajudicial del plazo de prescripción contenido en el artículo 1973 CC a los contratos mercantiles. La parte demandante en la instancia interpone recurso de casación.

NOTA.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene admitiendo la aplicación del plazo de interrupción de la prescripción del artículo 1973 CC a los contratos mercantiles, con fundamento en la remisión que el propio Código de Comercio realiza al derecho común en esta materia, a lo que se suma el carácter natural de las causas de interrupción de la prescripción recogidas en el citado precepto, lo que permite uniformizar el régimen de interrupción de la prescripción en este sentido. (*L. Z. G.*)

DERECHO DE LA PERSONA

4. Declaración de fallecimiento.—«El hecho de que la declaración de fallecimiento establezca la probabilidad de la muerte del desaparecido, sin excluir la posibilidad de que el mismo siga vivo, no impide que nuestro ordenamiento vincule a la misma importantes consecuencias jurídicas —en los órdenes familiar y patrimonial: artículos 85 y 196 del Código Civil—, que no hay razón, en defecto de pacto, para no extender también al ámbito del seguro». (**STS de 18 de junio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—La parte actora, viuda de don C.M, interpone demanda frente a la compañía aseguradora A.L.I.C., S.A., solicitando se le abone la indemnización correspondiente por el fallecimiento de su esposo, tal y como se previó en el contrato de seguro, para el caso de morir «por una causa violenta y externa». La demandante alega que su difunto esposo había fallecido por la caída al mar, desde su embarcación, con la que salió a pescar, por causa desconocida. Según varios testigos la embarcación de su marido colisionó con un acantilado sin que hubiera nadie a bordo. Aunque su cadáver nunca llegó a recuperarse, a pesar de su incesante búsqueda, su fallecimiento fue declarado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 194.2 del Código Civil. La compañía aseguradora alegó que no había quedado demostrado que don C.M. hubiera fallecido ni caído al mar y, mucho menos, cuál fue la causa del supuesto fallecimiento. Por ello negó que se dieran las circunstancias precisas para entender que concurría la causa que da derecho a la correspondiente indemnización pactada, ya que no es posible fundar en la presunción de muerte otra presunción como la de que aquélla había sido causada por un accidente, a los efectos del seguro contratado. La compañía aseguradora pagó por la muerte del cónyuge, que era uno de los riesgos cubiertos; pero se negaba a pagar por el otro riesgo cubierto, el caso de accidente.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró que el fallecimiento había tenido lugar mientras don C.M. navegaba solo en la embarcación de su propiedad, por lo que, de no quedar demostrada la relación causal con alguna patología física o psíquica, debía considerarse que fue la inmersión en el agua la causa de la muerte. La Audiencia Provincial consideró que el fallecimiento de don C.M. había quedado sobradamente demostrado, no solamente por la presunción contenida en los artículos 34, 195 y 195 del Código Civil, sino también por la prueba practicada y los propios actos de la demandada en la instancia, que había cumplido la prestación que debía por la muerte del mismo asegurado, pactada como siniestro. La compañía aseguradora interpone recurso de casación.

NOTA.—El artículo 194 del Código Civil establece la posibilidad de solicitar la declaración de fallecimiento de una persona para el caso de que no se tengan noticias de ella y en el momento de la desaparición se encontrase a bordo de una nave naufragada, o para el caso de que hubiera desaparecido por inmersión en el mar, siempre y cuando hubieran transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición, sin haberse tenido noticias de aquélla. Se entenderá que se ha producido el naufragio siempre y cuando la nave no llegue a su destino habiendo transcurrido seis meses desde las últimas noticias o desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje.

A partir de la redacción de este precepto es perfectamente posible declarar el fallecimiento de una persona, a pesar de que no haya aparecido su cadáver, siempre y cuando quede sobradamente demostrado que ha tenido lugar el hecho de la desaparición en las circunstancias que recoge el precepto. El supuesto de hecho de la norma hace referencia al transcurso de tres meses desde las últimas noticias y a que la desaparición se haya producido como consecuencia de un suceso que suponga un riesgo para la vida de los contenidos en el precepto; que no es más, en este caso, que el de la existencia de un accidente fatal como consecuencia de encontrarse a bordo de una nave naufragada. Lo que debe acreditarse, por tanto, es la concurrencia de estos requisitos legales: transcurso del plazo establecido legalmente y prueba de que la persona que va a ser declarada fallecida se encuentra desaparecida como consecuencia de una inmersión en el mar o de un viaje a bordo de una nave naufragada, lo que permitirá, automáticamente, declarar a una persona como fallecida.

La declaración de fallecimiento producirá como consecuencia la apertura de la sucesión del declarado fallecido, así como la disolución del matrimonio. No obstante, la regulación de estos dos únicos efectos no impedirá que las partes en un contrato de seguro puedan acordar el pago de la prestación como mero efecto de la declaración de fallecimiento. (*L. Z. G.*)

5. Vulneración del derecho al honor y a la propia imagen.—Cuando no exista consentimiento para la reproducción de la imagen de una persona, al ser publicada con fines distintos a los acordados, no resultando a su vez accesoría respecto a la información publicada, sino de carácter principal, y siendo

además deshonrosa para la persona el contenido de la publicación o su finalidad, se producirá una clara intromisión ilegítima no sólo en el derecho a la imagen, sino también en el derecho al honor de la persona. (STS de 2 de junio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Doña S., profesional del ejército, cede su imagen para la publicación de un folleto, cuya finalidad era el reclutamiento de nuevos miembros. Con posterioridad a dicha publicación, determinada revista publica la imagen de la citada profesional en un reportaje, cuya intención era claramente desprestigiar la imagen del gobierno, del ejército y con ella, la de doña S., al ser el titular del reportaje el siguiente: «Da un paso más al INEM», tras el que se quería poner de manifiesto el despido de veteranos militares y el reclutamiento de extranjeros para cubrir dichas plazas a un coste menor.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta por doña S. sobre intromisión ilegítima en su derecho al honor y a la imagen, condenando a la revista a pagar una indemnización por daño moral. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados en la instancia, al considerar que la imagen no tomaba carácter principal de la noticia, no siendo desmerecedora de su persona, ni teniendo relación especial con el objeto de la captación. La parte demandante en la instancia interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

NOTA.—El Tribunal Supremo en la Sentencia que anotamos se pronuncia sobre una posible intromisión ilegítima en el derecho al honor y la imagen de una militar, que había cedido su imagen al Ministerio de Defensa con la intención de hacer uso de ella para campañas de reclutamiento, enseñanza militar y captación. Su imagen había sido utilizada por un medio periodístico con una finalidad totalmente distinta a la cedida, puesto que se buscaba una total crítica y burla hacia la institución del Ejército del que ella formaba parte, lo que podría atentar, por el contenido de la información, contra su honor profesional, y poner así en peligro su futura carrera.

El Tribunal Supremo considera que en casos como éste el mismo hecho de utilización ilegítima de unas imágenes, que no tienen el carácter de accesorias para el contenido de la información, pueden llegar a provocar no sólo el resultado de intromisión ilegítima en el derecho a la imagen, sino también una posible infracción en el derecho al honor, siempre y cuando la imagen transmitida se considere deshonrosa para la persona, en atención al titular que las acompaña. (L. Z. G.)

6. Intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de una menor.—La publicación de la imagen de una menor, en un medio de comunicación, que sea perjudicial a sus intereses constituye intromisión ilegítima en su derecho a la imagen. (STS de 31 de mayo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Por la parte actora, representantes legales de una menor, se interpone demanda sobre intromisión ilegítima en el

derecho a la imagen de la menor al haberse publicado en un medio de comunicación, sin consentimiento de los progenitores y por dos veces, la imagen perfectamente identificable de la menor, en un contexto desagradable, en el que la menor aparecía señalando la puerta donde supuestamente se había descubierto un grupo terrorista. El titular de la noticia era el siguiente: «Al Qaeda amenaza con convertir España en un infierno. Juramos por Alá que haremos fluir vuestra sangre como ríos». Según el informe médico presentado por los padres la menor ha padecido, tras ver su imagen, un cuadro de ansiedad y miedo ante las posibles represalias.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena al periódico al pago de una indemnización por daños y perjuicios de carácter moral, además de condenarles con la prohibición de no volver a hacer uso de la fotografía, y la publicación del contenido íntegro de la sentencia. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el periódico. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

NOTA.—La doctrina jurisprudencial en caso de conflicto entre el derecho a la imagen y el derecho a la información hace prevalecer aquél sobre éste en aquellos casos en que la imagen de la persona es captada y publicada, sin su consentimiento, en un medio de comunicación, no teniendo aquélla un carácter meramente accesorio ni accidental, y pudiendo ser la persona perfectamente reconocida al no aparecer difuminada la imagen.

En el caso de menores, la especial protección que les dispensa la Constitución, la Ley de Protección Jurídica del Menor y la normativa internacional hacen que haya que ser más cautelosos con la información que se suministra. Así, el artículo 4.3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor señala que constituye intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la menor la utilización de sus imágenes en los medios de comunicación cuando ésta sea contraria a sus intereses, debiendo primar en todo caso el interés superior del menor. Esta intromisión tendrá una carga mayor de ilegitimidad cuando no existe el consentimiento de los progenitores como en este caso sucede (SSTS de 11 de marzo de 2009 [RJ 2009/1638], 13 de julio de 2006 [RJ 2006/4969]), lo que no significa que existiendo el citado consentimiento no pueda originarse una intromisión ilegítima en su derecho a la imagen (SSTS de 14 de mayo de 2009 [RJ 2009/3175]), 12 de julio de 2004 [RJ 2004/4374]. (L. Z. G.)

7. Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la imagen de personaje público.—La captación y publicación de la imagen de un personaje público, sin su consentimiento, junto a su pareja sentimental, en un lugar abierto al público, pero de difícil acceso, debe considerarse un supuesto de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y la imagen, siempre y cuando no exista interés informativo en el hecho noticiable.

Criterios de cuantificación de la indemnización por daño moral.—«[...]la sentencia recurrida atiende para fijar la indemnización a los datos probados referidos al precio pagado por unas y otras fotos, según fuera de la actora o del codemandante, y el efecto de difusión ulterior mucho mayor

respecto de ella que de él; a que la tirada de la revista no se agotó, y a que lo pagado por las fotos fueron 12.800 euros, 1800 por las del actor y el resto por las de la actora; que hubo una mayor difusión en Internet a través de la página web de Zeta Digital, S.L., con la facilidad que ello supone para que puedan ser insertadas en otras páginas, y que, en definitiva, se incluyó a la modelo en la lista de “Chicas entrevistadas”, cuando tal calificación más bien está reservada a las fotos de portada, es decir, fotos consentidas». (**STS de 24 de mayo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Los actores, cantante y modelo de profesión, interponen demanda por intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad y a la imagen, como consecuencia de la captación de sus imágenes, sin previo consentimiento, en una playa pública de difícil acceso, en las que aparecía ella sin la parte superior del bikini y él desnudo; fotografías que fueron publicadas en una revista de tirada nacional, así como en la página web de la revista. Todo ello originó la incorporación de estas imágenes en diversas webs pornográficas.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda en atención a que se trataba de unas imágenes de personajes públicos en actitud desinhibida, captadas en un lugar abierto al público como es una playa pública no desierta. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por los actores en la instancia al considerar que existía intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad y a la imagen. Considera la Audiencia que existe tal intromisión porque las imágenes fueron captadas sin el consentimiento de los actores, y aunque se tomaron en un lugar público, lo cierto es que el suceso no tiene trascendencia pública alguna, siendo indiferente que se tratase de personajes públicos o que su actitud fuese desinhibida. Interpuesto recurso de casación por la revista, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

NOTA.—La doctrina jurisprudencial más reciente en materia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la imagen otorga prevalencia a estos derechos por encima del derecho a la libertad de información en los casos en que la información e imagen publicadas no tengan interés general alguno, a pesar de versar sobre personajes públicos y de que las imágenes fueran captadas en un sitio público. A estos efectos se considera lugar abierto al público todo aquél que impida preservar de algún modo la intimidad o determinados aspectos de la imagen (SSTS 1 de diciembre de 2011 [RJ 2011/60877], 16 de noviembre de 2009 [RJ 2010/660]).

El que la imagen haya sido captada en una playa pública no significa que ya de por sí nos encontremos ante un lugar abierto al público, puesto que si se trata de una playa de difícil acceso ya no reunirá tal condición, al tratarse de un lugar recóndito o apartado (SSTS de 12 de junio de 2009 [RJ 2009/3392], 28 de noviembre de 2008 [RJ 2009/1352]). (*L. Z. G.*)

8. Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal.—En caso de publicación de noticias relacionadas con la identificación de miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o Agentes de Policía Autonómica, como puede ser el caso de los ertzainas, no parece prudente

identificar a estos agentes a través de un medio periodístico, teniendo en cuenta la función que desempeñan; sobre todo en atención a estos últimos, que a mayor abundamiento residen en poblaciones próximas al País Vasco, pero fuera de su territorio, para evitar riesgos sobre su propia vida, perturbaciones a su familia y rechazo social. La prudencia impone a la agencia que da la noticia el no facilitar unos datos que de todo punto resultan innecesarios para difundir la misma. (**STS de 29 de junio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Un ertzaina presenta demanda de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad por la publicación de un reportaje, en el que constaba su identificación con nombre y apellidos, en relación a una noticia sobre la detención de varios miembros de la banda terrorista ETA, que habían recibido el encargo de seguirlo con la finalidad de atentar en un futuro contra él. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda al entender que había existido una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad, condenando a cada uno de los medios de información demandados al pago de una indemnización de 3600 euros. La Audiencia Provincial confirmó íntegramente la sentencia apelada con base en los siguientes fundamentos: que se identificaba en la noticia a una persona particular sin proyección pública alguna; que la noticia comportaba un evidente riesgo físico para su persona; que el propio demandante había adoptado medidas de precaución para evitar riesgos hacia su persona; que no habría perdido sustancia la noticia de haberse omitido el nombre; que no cabe aplicar la doctrina del reportaje neutral; que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer determinada información. Interpuesto recurso de casación por la parte demandada en la instancia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

NOTA.—La doctrina de nuestro Alto Tribunal es clara en ese sentido al considerar que el derecho a la intimidad es propio de la dignidad de la persona e implica la existencia 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. Sin embargo, considera que tampoco es un derecho absoluto pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte sea necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo (SSTC 57/1994, de 28 de febrero [RTC 1994/57], 9 de mayo de 1994 [RTC 1994/143], 10 de abril de 2000 [RTC 2000/98], 10 de julio de 2000 [RTC 2000/98], 2 de julio de 2001 [RTC 2001/156], 3 de abril de 2002 [RTC 2002/70], 27 de marzo de 2006 [RTC 2006/89]).

En la Sentencia que anotamos la condición de funcionario público del ertzaina no supone que la información vertida sobre su identidad quede justificada en aras a la libertad de información, más aun teniendo en cuenta las circunstancias de peligrosidad a las que se enfrentan estas personas en su día a día, lo que hace más ilegítima aún si cabe la intromisión en su esfera íntima y personal. El agente en cuestión no ostenta ningún cargo público, es una per-

sona sin ninguna proyección pública, por lo que no está obligado a soportar esa limitación de su derecho por la publicación de una información en un medio de comunicación, que de señas de su identidad, por muy veraz que resulte ser ésta, teniendo en cuenta además que sus datos eran perfectamente prescindibles respecto del contenido de la noticia, que no se veía en lo más mínimo alterada omitiendo dicha información. (L. Z. G.)

9. Intromisión ilegítima en el derecho a la imagen mediante el uso de cámara oculta. Inaplicabilidad de la doctrina jurisprudencial que otorga prevalencia al derecho a la libertad de información, a pesar de ser tratarse de una información veraz y de interés general. Innecesario uso de la imagen mostrada para informar.—«[...] en supuestos como el de autos no hay prevalencia del derecho a la información pues la imagen no es elemento imprescindible para la finalidad informativa, sin que la filmada fuera persona que ejerza profesión de notoriedad o proyección pública ni el lugar o dependencia donde se realizó la filmación fuera lugar abierto al público, todo lo cual hace que la imagen de la actora no era de esencial importancia para la transmisión a la opinión pública de la información que se quería ofrecer, dando lugar a una intromisión ilegítima a su derecho a la imagen [...] máxime cuando existía la posibilidad de emplear técnicas digitales para difuminar el rostro, la voz o ambos. Debiendo destacar además que no resulta aplicable al caso de autos la doctrina del reportaje neutral pues el medio informativo no es un simple transmisor de las declaraciones». (STS de 20 de mayo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La parte actora interpone demanda frente a una cadena de televisión y la productora por infracción del derecho al honor y a la propia imagen de la demandante, por la emisión de un reportaje, en el cual la demandante aparecía interesándose por una intervención quirúrgica con objeto de mejorar su figura. Mediante el sistema de cámara oculta se procedió a grabar su rostro sin su consentimiento, manipulando el video resultante.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial considera que se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la actora, al no haber prestado su consentimiento para la captación de su imagen, además de no resultar necesaria al efecto del tema tratado por el reportaje. La cadena de televisión y la productora interponen recurso de casación al considerar que no existe infracción alguna al tratarse de una información veraz y de interés general.

NOTA.—La doctrina jurisprudencial, en caso de conflicto entre el derecho a la imagen y el derecho a la libertad de información, hace prevalecer éste último respecto de aquél únicamente si concurren determinados presupuestos (veracidad de la información, carácter público del personaje en cuestión, carácter de lugar público en el que se captaron las imágenes, interés general del hecho noticiable, carácter imprescindible de la imagen en cuestión para transmitir la noticia); todo ello siempre y cuando la publicación de la noticia justifique, por su interés público, la limitación de los cita-

dos derechos. Resultando el elemento de la imagen prescindible para la información, y no existiendo consentimiento por parte de la afectada respecto de la captación y publicación de la imagen, puesto que se tomó con cámara oculta, existe una clara intromisión ilegítima que no podrá ser borrada ni por el carácter de hecho noticiable de la información en cuestión, ni tampoco por el carácter veraz de la misma (SSTS de 6 de julio de 2009 [RJ 2009/4452], 25 de marzo de 2010 [RJ 2010/2529]). (L. Z. G.)

10. Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información.—El derecho a la libertad de información prevalecerá sobre el derecho al honor, siempre y cuando la información difundida tenga relevancia pública o interés general, o se proyecte sobre personas que ejerzan un cargo público, debiendo resultar, en todo caso, una información veraz, en el sentido de ser fruto de una operación diligente de contraste por parte del medio informador.

En los casos de investigaciones abiertas por la posible comisión de delitos, no infringirá el principio de presunción de inocencia la difusión de una información relativa a la apertura de una investigación policial y judicial contra el autor de un presunto delito, siempre que pueda afectar al interés público. La protección de la libertad de información no queda condicionada por el resultado del proceso penal, de modo que no es obstáculo alguno que el hecho denunciado no se haya declarado probado en un proceso penal.

Prevalencia del derecho al honor frente a la libertad de expresión.—La libertad de expresión tiene un campo de protección mayor que la libertad de información, puesto que en el caso de la libertad de expresión se protege cualquier valoración, crítica u opinión. No obstante, se protegerá siempre y cuando dichas expresiones no supongan vejaciones o manifestaciones insultantes hacia la persona, de tal manera que atenten contra su estima, implicando descalificación y ofensa, en cuyo caso existirá una infracción en el derecho al honor. (STS de 8 de junio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán].

HECHOS.—Por la parte actora, magistrado de profesión, se interpone demanda frente a la sociedad editora de una revista, su directora, el redactor del reportaje y el autor de unas columnas de opinión, por infracción del derecho al honor como consecuencia de la publicación de un reportaje y unas columnas de opinión, en las que se involucraba al magistrado en la comisión de un delito, por utilizar fondos de la Unión Europea de forma ilícita para su propio beneficio, utilizando además expresiones ofensivas. La noticia versa sobre la actuación de un magistrado de lo Contencioso-Administrativo, que dictaba sentencias en las que interpretaba extensivamente los requisitos para la legalización de pozos, para así, como propietario de determinadas fincas con pozos, poder vender el agua a otras personas necesitadas de ella debido a la escasez de agua que existe en dicha provincia. Ello le permitía, a su vez, como agricultor declarado, recibir subvenciones de la Unión Europea. Al demandante se le tachaba de estafador cuando realmente no existía una sentencia condenatoria que demostrara los hechos que se relatan en el reportaje. A su vez se utilizaron ciertas expresiones

hirientes y desabridas, sobre las que se discute su amparo en el derecho a la libertad de expresión.

El Juzgado de Primera Instancia considera que existe una clara infracción del derecho al honor porque el reportaje transmite rumores que son han sido constatados, vertiéndose además expresiones que rebasan los límites constitucionales de la libertad de expresión. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en la instancia. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso.

NOTA.—El interés público de los asuntos tratados y el carácter de personaje público de la persona objeto del hecho noticiable no es óbice para entender que en todo la información publicada en esas circunstancias está amparada legalmente, siendo necesario que dicha información sea veraz. Si por sentencia se declara la inexistencia de indicios suficientes de criminalidad contra un magistrado, se manipula el contenido de la información cuando se publica que el Tribunal Supremo ha exigido al Fiscal de Medio Ambiente de Madrid que continúe su investigación en determinado Juzgado de Instrucción, dando a entender que el magistrado seguía siendo objeto de investigación. Ello no significa que no se puedan denunciar las sospechas de falta de imparcialidad derivadas de la coincidencia entre las materias de las que profesionalmente conoce un magistrado y los intereses particulares del propio magistrado; ni tampoco que no se pueda denunciar que un importante número de sentencias dictadas por la Sala en la que el magistrado en cuestión interviene podrían favorecer sus intereses particulares como propietario de una finca situada en el territorio de su jurisdicción.

Por otra parte, el uso de expresiones como «Tulipán», «Juez y parte», «Aprovechateguis» son claras expresiones que implican descalificación, lo que supone una clara infracción del derecho al honor, que no entran dentro del marco de protección constitucional del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, el Tribunal Supremo no comparte que la expresión «Brigida» pueda resultar ofensiva en el contexto de la información transmitida, al utilizarse para describir la parte de hechos denunciados consistente en la obtención de fondos para fines desviados (*L. Z. G.*)

11. Títulos nobiliarios. Aplicación de la Disposición Transitoria única apartado 3.º LITN.—El artículo 1 LITN establece que «[e]l hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos».

La disposición transitoria única, apartado 3, LITN dispone que, no obstante lo dispuesto en el apartado 1 sobre las transmisiones ya acaecidas, la LITN «se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso, así como a los expedientes que se hubieran promovido a partir de aquella fecha [...]». Esta disposición se refiere no solo a los expedientes administrativos sobre títulos nobiliarios y a los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones dictadas por la Administración, sino tam-

bién a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil. (STS de 3 de abril de 2008). (STS de 7 de junio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Emilio interpuso demanda contra doña Patricia, solicitando que se declarara su mejor y preferente derecho genealógico para usar, poseer y disfrutar el título nobiliario de Marqués. La demanda presentada el 23 de junio de 2004 se fundamentó en que, tras la muerte de don Rafael, que venía ostentando el título, éste pasó a su hijo varón primogénito, don Javier, quien obtuvo la Carta de Concesión condicionada al pago de los impuestos procedentes, que no llegó a satisfacer, por lo que la concesión quedó sin efecto, sin que ninguno de sus sucesores volviera a solicitar el título. El abuelo del demandante, don Daniel, hermano menor de don Javier, como hijo varón de don Rafael, ostentaba mejor derecho a la sucesión del título frente a la abuela de la demandada, doña Rosa, hija primogénita de don Rafael, por aplicación del principio de varonía. En la contestación a la demanda se opuso: *a)* prescripción extintiva y adquisitiva, con fundamento en que la madre de la demandada solicitó la rehabilitación del título para su hija, entonces menor de edad, el 20 de octubre de 1949, que fue concedida por Decreto de 22 de julio de 1965, *b)* la aplicación de la doctrina de los actos propios, porque el actor pudo accionar desde que nació en 1950, representado por sus padres y, alcanzada la mayoría de edad, él mismo, sin que lo haya hecho hasta la interposición de la demanda, creando una apariencia de conformidad con que el título sea ostentado por la demandada, y *c)* no-aplicación del principio de varonía por discriminación por razón de sexo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y declaró que el hecho de que el demandante haya tardado largo tiempo en reclamar el título es un acto propio que ratifica el consentimiento de su madre en que el título fuera ostentado por la demandada. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial declaró que: *a)* no hay prescripción porque el día inicial del cómputo del plazo debe ser el del Decreto de rehabilitación, de 22 de julio de 1965, y no la fecha de su solicitud, *b)* no hay retraso desleal en el ejercicio del derecho, y *c)* es aplicable el principio de varonía. El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida. (*M. C. L. J.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

12. Determinación del objeto del contrato. Contratos sobre cosas futuras.—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1273 CC, el objeto del contrato debe ser cierto y se considera que tiene esta cualidad cuando pueda ser determinado sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes contratantes, regla aplicable al caso en que el objeto del contrato lo constituyan cosas futuras, como los locales o viviendas de un edificio en construcción (STS de 31 de diciembre de 1999).

No hay incumplimiento si no se obtuvieron las correspondientes licencias por problemas urbanísticos ajenos a la voluntad de la promotora.

ra.—El hecho obstativo a la realización de las finalidades perseguidas con el contrato no ha provenido de la actitud de la parte demandada, sino que lo que lo ha impedido han sido los problemas acaecidos en la tramitación del plan urbanístico de la zona y, consecuencia de ello, el retraso en la obtención de las correspondientes licencias. Esta situación ha generado un retraso no imputable a ninguna de las partes contratantes, pero no ha frustrado aun el fin del contrato, cuyo cumplimiento sigue siendo posible. (**STS de 13 de abril de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—*SGB, S.L., SOGB, S.L. y 38VM, S.L.* concertaron con las promotoras *PI, S.L. y PIH, S.L.* un contrato privado de cesión de solar, propiedad de las primeras, por obra nueva a construir por las segundas; planteándose posteriormente una serie de problemas relativos a la urbanización de la zona, al existir en ella unos terrenos que pertenecían a RENFE, que produjeron que la adquirente no pudiera obtener la licencia de construcción.

SGB, S.L., SOGB, S.L. y 38VM, S.L. demandaron a las promotoras, solicitando se declarara la nulidad del contrato por falta de objeto, o subsidiariamente se declarara resuelto el contrato por incumplimiento por parte de las promotoras demandadas por su negligencia y mala fe en la tramitación administrativa, ofreciendo las demandantes la devolución de la cantidad percibida como parte del precio más los intereses; o subsidiariamente se proceda por el Tribunal a la fijación de un plazo para que la promotora obtenga la preceptiva licencia de edificación. Las demandadas se opusieron a las pretensiones de nulidad y resolución, aceptando la de fijación del plazo, y formularon demanda reconventional interesando que, de estimarse la nulidad o resolución pretendida en la demanda principal, en vez de la suma e intereses que ofrecen las actoras, se fijara una cantidad superior como indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, fijando un plazo de dos meses para que las demandadas obtengan la preceptiva licencia de edificación, y desestimando la reconvenición. Interpuesto recurso de apelación por las demandantes, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, las demandantes recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso íntegramente por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

13. Contratos. Nulidad o anulabilidad: normas aplicables.—La jurisprudencia declara la aplicabilidad de los artículos 1101 y siguientes del CC o de las normas sobre liquidación del estado posesorio a los casos de nulidad o anulabilidad contractual en que el contrato haya llegado a producir efectos, ya que el régimen específico de los artículos 1303 a 1308 CC puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas derivados de la nulidad contractual.

Contratos. Nulidad: posibilidad de producir efectos.—No puede afirmarse que si un contrato es nulo no produce efecto jurídico alguno, pues basta con atender a lo sucedido en el presente caso para comprobar que el contrato litigioso produjo unos efectos de tanta trascendencia como la inme-

diata transmisión toda una empresa naviera a la parte compradora y la entrega por ésta de una suma considerable de euros a los compradores.

Contratos. Daños y perjuicio: naturaleza contractual.—La naturaleza contractual de los daños y perjuicios indemnizables en este litigio deriva de que éstos tienen su origen en un contrato que comenzó a ejecutarse de inmediato, recibiendo la parte vendedora una gran parte del precio y la parte compradora la empresa naviera objeto del contrato. Que éste sea anulable por error invalidante no puede eliminar esos efectos ya producidos y que desde luego son efectos del contrato mismo, por lo que si una de las partes contratantes ha causado daños y perjuicios a la otra éstos serán de naturaleza contractual y no extracontractual.

Contrato. Daños y perjuicios: posición del fiador solidario.—Quien no fuera en el contrato parte compradora sino fiadora solidaria de ésta no la deslegítima para ser indemnizada si ella es quien efectivamente ha soportado los daños y perjuicios. (STS de 10 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Las entidades mercantiles N. S. SA., B SA y B. M. SA interpusieron demanda contra doña Virginia, don Fausto y Dña Encarnación, don Luis Carlos y doña Ariadna, doña Andrea, don Julio y don Silvio solicitando la declaración de nulidad del contrato de compraventa. El Juzgado de Primera Instancia número Doce de Madrid estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (N. D. L.)

14. Nulidad de los actos vinculados causalmente a un contrato declarado nulo.—Cuando de un contrato se derivan actos jurídicos causalmente vinculados mediante un nexo funcional a aquél, la nulidad del primer contrato debe trascender a esos actos posteriores (STS de 10 de noviembre de 1964).

Consecuencias de la nulidad contractual.—El propósito del artículo 1.303 del Código civil es colocar a las partes afectadas por la nulidad en una situación personal y patrimonial similar a la existente antes de que se produjera el efecto de la invalidez. Sin embargo, la mera restitución recíproca de las prestaciones que fueron objeto del contrato declarado nulo, con sus frutos y el precio con los intereses, puede no resultar suficiente para subsanar los perjuicios derivados de la nulidad. Por ello, puede resultar necesaria la aplicación de las normas generales en materia de incumplimiento de obligaciones (art. 1.101 y ss. del Código civil) que establecen la obligación de indemnizar los perjuicios derivados del incumplimiento (STS de 26 de julio de 2000). (STS de 17 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En marzo de 1999, la Caja Rural de Valencia empezó a comercializar una serie de inversiones a plazo atípicas entre sus clientes, bajo la forma de contratos de «Depósitos de Alta Rentabilidad». Algunas de esas inversiones tuvieron pérdidas que afectaron al capital invertido por los clientes.

Resultó probado que no se proporcionó a los clientes una información adecuada acerca de las características del producto ni tampoco de los riesgos de pérdida del capital invertido.

Dado que las soluciones ofrecidas por la Caja Rural no satisficieron a los clientes que habían sufrido pérdidas, ADICAE demandó a Caja Rural de Valencia solicitando, entre otros pedimentos, la nulidad de los contratos de «Depósitos de Alta Rentabilidad».

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la demandada, entre otras cosas, a devolver determinadas cantidades a los actores con los intereses legales. Por su parte, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación presentado por la Caja Rural y limitó la nulidad de los contratos a determinadas cláusulas.

Contra esa sentencia, la demandada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, si bien el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a ninguno de ellos. (*J. D. S. C.*)

15. La prueba de la simulación corresponde a los demandantes.—

Los demandantes no han llevado a cabo ninguna prueba que lleve al juzgador a la convicción de que se había producido una simulación, porque lo que se ha declarado probado en las sentencias recaídas en este procedimiento es que verdaderamente el precio se pagó en el momento del otorgamiento de la escritura pública de venta de los inmuebles a los hermanos por parte del causante. Si los demandantes quisieron decir que a pesar de haberse pagado dicho precio, éste volvió al propietario de las fincas vendidas, su padre y causante, en realidad no han conseguido probarlo. Esta prueba correspondía por tanto a los demandantes, según las reglas establecidas, al ser ellos quienes alegaban la simulación. (**STS de 14 de mayo de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El causante había vendido poco antes de su muerte unas fincas en dos contratos de compraventa celebrados con cada uno de sus hermanos y sus respectivas esposas. Cinco días antes de su muerte y por medio de un mandatario verbal, el causante procedió a retirar de su cuenta corriente la cantidad de 200.000 €, sin que conste el destino que le dio a ese dinero. Los hijos del causante, que eran los herederos intestados, demandaron a sus tíos y a sus esposas solicitando la declaración de simulación de las compraventas y de impugnación de las donaciones. El juez de primera instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y estimó la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y confirmó la sentencia de primera instancia. (*M. C. B.*)

16. La petición de complemento de la sentencia.—El artículo 215.2 LECiv otorga a las partes una vía para instar la subsanación de la incongruencia de la sentencia, por omisión de pronunciamiento, ante el mismo juez o tribunal que la dictó. Su uso es requisito necesario para denunciar la incongruencia de la sentencia en los recursos de apelación conforme al artículo 459 LECiv, y en el extraordinario por infracción procesal conforme el

artículo 469.2 LECiv, de forma que la falta de ejercicio de la petición de complemento impide a las partes plantear en el recurso devolutivo la incongruencia omisiva. El presupuesto que condiciona la aplicación de esta norma es la omisión manifiesta de pronunciamiento en la sentencia sobre pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, lo que implica que para decidir la operatividad del precepto, más que acudir a formulaciones abstractas o genéricas, ha de estarse a los términos en que quedó fijado el objeto del proceso. La petición de complemento de la sentencia de primera instancia no resulta exigible, como requisito previo al recurso de apelación, si la cuestión que no fue examinada no es, por su naturaleza, una pretensión autónoma de la que sí fue juzgada.

Identidad objetiva de la acción por enriquecimiento injusto con la acción de reembolso del artículo 1158 CC.—La identidad objetiva de la acción queda determinada por la causa de pedir y el *petitum* (lo pedido), aunque en ocasiones no basta para configurar aquella el componente fáctico y es preciso tener en cuenta la individualización jurídica. La incongruencia de la sentencia se produce cuando no se respeta la causa de pedir y lo pedido.

La acción del artículo 1158 del Código Civil posee su fundamento último en el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa, por lo que la alegación de este principio no supone una individualización jurídica de los hechos distinta respecto de la invocación del artículo 1158 del Código Civil. Estos títulos jurídicos no constituyen, alegados sobre los mismos hechos y para obtener idéntica pretensión, una causa de pedir distinta. En la medida en que no hay modificación de la causa de pedir ni de lo pedido, la identidad objetiva de la acción permanece. (STS de 28 de junio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—*Procobisa* es promotora de la construcción de unas viviendas situadas junto a un colegio. En la medida en que las obras afectan al colegio, éste tiene que ser desalojado y se produce el traslado obligado de la actividad docente a pabellones provisionales. *Procobisa* se hace cargo de los gastos del traslado. El colegio interpone una demanda reclamando una indemnización de daños y perjuicios frente a *Procobisa*, la entidad subcontratada que construía, los arquitectos, aparejadores y sus respectivas compañías aseguradoras. No es objeto de reclamación la cantidad satisfecha por *Procobisa* al colegio. En el litigio *Procobisa* es absuelta. Ésta reclama, por vía de reconvencción, frente al colegio y frente a los codemandados la cantidad satisfecha al colegio. La reconvencción es desestimada en cuanto la sentencia declara que aquella no procede frente al colegio porque la cantidad satisfecha a éste es un pago por cuenta de un tercero y ha de reclamarse a los responsables por quienes paga. *Procobisa* interpone demanda contra dos de las aseguradoras condenadas en el juicio precedente, reclamándole la cantidad que había satisfecho al colegio. Invoca el artículo 1158 del Código Civil y argumenta sobre el enriquecimiento injusto. La sentencia de primera instancia desestima la demanda, en cuanto declara que se está ante un enriquecimiento injusto del tercero responsable, pero no ante una acción de reembolso por ausencia de los requisitos del citado artículo 1158. *Procobisa* interpone recurso de apelación y la sentencia de segunda instancia desestima el mismo, confirmando la de primera instancia. Declara que la demandante no puede denun-

ciar la falta de enjuiciamiento de la acción de enriquecimiento injusto porque no solicitó el complemento de la sentencia, que sólo ejercitó la acción de reembolso del artículo 1158 del Código Civil y no la acción de enriquecimiento injusto, y que efectivamente no concurren los requisitos de la acción de reembolso. Frente a este pronunciamiento se interpone recurso extraordinario por infracción procesal y el Tribunal Supremo estima dicho recurso. (*Alma R. G.*)

17. Resolución del contrato. Efectos de la resolución. Contrato de tracto sucesivo.—El Tribunal Supremo se enfrenta a la cuestión de determinar el momento en el cual tiene lugar la resolución, para así precisar el alcance de sus efectos (liberatorios y restitutorios). Según se afirma en esta sentencia, como regla general, los efectos de la resolución deben operar desde el momento en que se produjo el incumplimiento que motivó el recurso al remedio resolutorio. (**STS de 22 de junio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El 27 de septiembre de 1999, las entidades C y T celebran un contrato de prestación de servicios telefónicos, mediante el alta en una línea 906. Según lo previsto en dicho contrato, C sólo puede prestar servicios que tengan asignado el prefijo 906 y la utilización de esta línea para fines distintos da derecho a T a la resolución del contrato. Tras varios meses de vigencia del contrato, en los que C utiliza la línea para dar servicios de cartomancia («Tarot»), T se niega a pagar las cantidades que le corresponderían a C alegando incumplimiento de contrato, puesto que los servicios de cartomancia no se deben prestar a través del prefijo 906 (de acceso libre) sino del 903 (de acceso restringido). C presenta una demanda contra T, en la que solicita que se declare bien hecha la resolución extrajudicial efectuada por ella como consecuencia del incumplimiento de T y que se le abonen las facturas pendientes de pago. T contesta oponiéndose a la demanda y, en reconvenición, solicita la resolución del contrato por incumplimiento del prestador del servicio, con efectos desde su inicio.

Las dos partes presentan un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, que declara la resolución del contrato en virtud del incumplimiento de C, consistente en utilizar el prefijo 906 para servicios que exigen el prefijo 903. Dicha resolución se declara sin efecto retroactivo al momento de celebración del contrato. La Audiencia Provincial revoca la sentencia apelada, en el sentido de declarar la resolución del contrato con efectos desde la fecha de celebración del mismo.

NOTA.—Como ya es habitual en las sentencias en las que es ponente la Profesora Encarna Roca Trías, en esta sentencia se hace una referencia a textos que reflejan el denominado «moderno derecho de obligaciones». En este caso, las menciones son al Proyecto de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR) y a la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del derecho de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación. (*L. P. S. M. P.*)

18. Imposibilidad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento es recíproco.—Es doctrina jurisprudencial reiterada, en el marco de las obligaciones recíprocas, la necesidad de que la parte del contrato que ejercita la acción resolutoria haya cumplido a su vez las obligaciones que le incumben. (STS de 10 de junio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El 20 de junio de 2001 se celebró contrato de compraventa de vivienda, en el que figuraba como vendedora B.H., S.L. y como comprador don J.I., y en virtud del cual se obligaba a su vez la vendedora a la construcción de la vivienda. Don J.I. interpone demanda frente a la vendedora solicitando se declare la vigencia del contrato celebrado entre las partes y se obligue a la vendedora a que le permita la entrada en la vivienda para comprobar las calidades y su cabida, así como que se le condene a amueblar la cocina de acuerdo con las calidades pactadas y a otorgar escritura pública. La parte demandada se opone a la demandada, alegando que el contrato se dio por resuelto por incumplimiento de la demandante al no comparecer oportunamente en la Notaría para el otorgamiento de la escritura pública de venta, pese a haber sido requerida para ello.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, dando el contrato por resuelto al considerar que el demandante no puede dejar de cumplir sus obligaciones ante la mera sospecha de que la contraparte no ha cumplido con las suyas, al alegar que podían existir defectos de cabida en la edificación. La Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por la parte actora, dando el contrato por resuelto por incumplimiento del comprador derivado de su oposición a concurrir al otorgamiento de la escritura pública de venta. La parte actora en la instancia interpone recurso de casación, el cual es estimado.

NOTA.—La doctrina jurisprudencial en materia de resolución de contrato de compraventa, y en aplicación del artículo 1124, en relación con el 1504 CC, señala como presupuesto necesario para el ejercicio de la acción resolutoria que la parte que solicita la resolución no haya incurrido en una situación de incumplimiento previo, provocador de la actuación incumplidora de la contraparte, que no necesariamente ha de ser reveladora de una actitud rebelde al cumplimiento, sino que basta con que simplemente frustre el fin del contrato como consecuencia del citado incumplimiento. Es doctrina jurisprudencial reiterada, para el caso de los negocios jurídicos sinalagmáticos, que el incumplimiento recíproco impide que pueda constituirse en causa de resolución (SSTS de 16 de noviembre de 1979 [RJ 1979/3489], 23 de enero de 1986 [RJ 1986/111], 16 de abril de 1991 [RJ 1991/2696], 15 de mayo de 1991 [RJ 1991/3706], entre otras).

El principio de buena fe, que impera en toda relación contractual, obliga a un comportamiento coherente y de lealtad por las partes, de cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, obligando de este modo, no sólo a lo expresamente pactado en el contrato, sino también a todo lo que sea conforme a la buena fe. Por ello, no es lícita la resolución unilateral de un contrato, que dará lugar a una indemnización de daños y perjuicios, salvo

que se demuestre que concurría una causa grave que justifique tal extinción (STS de 10 de julio de 2007 [RJ 2007/3881], 31 de mayo de 2006 [RJ 2006/3323]).

El Tribunal Supremo, en la sentencia objeto de anotación, fundamenta su decisión, además de en el artículo 1124 CC y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, en el artículo 1258 CC para considerar que la resolución no procede. Viene así a decir que la resolución de toda relación contractual con fundamento en un incumplimiento previo debe derivar de una situación de incumplimiento injustificado, ya que el incumplimiento justificado en el previo incumplimiento de la otra parte de una de las obligaciones que, aunque no previstas en el contrato, son lógica consecuencia del mismo, no va a permitir que opere la resolución, debiendo entenderse el contrato vigente, abogando así por el principio de conservación de los contratos. (*L. Z. G.*)

19. Resolución por incumplimiento y desistimiento.—«Significando que puede equipararse la noción de “desistimiento” —término empleado por el Código Civil en el artículo 1594— y la de “resolución unilateral” con consecuencias específicamente previstas en la ley, lo cierto es que el citado artículo 1594 obliga en tal caso al dueño de la obra a indemnizar al contratista de *todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella* (...) tratándose de un rescancimiento integral del interés que el contratista tiene en el cumplimiento, de modo que habrá de ser indemnizado en su interés contractual positivo o de cumplimiento colocándole en aquella posición económica que tendría si el contrato se hubiera ejecutado (...) en definitiva (...) que el contratista (...) quede indemne (...) significa que haya de percibir también la ganancia dejada de obtener». (**STS de 18 de junio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Una sociedad oferta sus servicios de arquitectura a otra, respecto de cinco centros comerciales. Comienzan a desarrollarse los trabajos y se acuerdan documentalmente los plazos para los pagos, continuados en el tiempo. La entidad contratista demandó a la contratante por el incumplimiento del contrato y solicitó se declarase su obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados, incluido el lucro cesante. La sociedad demandada formuló reconvencción alegando la inexistencia del contrato y, subsidiariamente, para el caso de que se desestimase lo anterior, pidiendo se declare exenta de la obligación de pago de indemnizaciones al tratarse del ejercicio del derecho de desistimiento previsto por el Código civil para el contrato de obra, que no da derecho a la resolución por incumplimiento de la otra parte contratante. En ambas instancias se estimó la demanda y se desestimó la reconvencción. En casación, no hubo lugar. (*C. J. D.*)

20. Indemnización por incumplimiento de contrato.—Según el Tribunal Supremo, cuando el artículo 1107 CC establece que el incumplidor debe compensar los daños que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento, significa que el acreedor debe probar que el daño sufrido es

realmente debido a esa falta, de modo que permita la imputación objetiva al deudor, lo cual comporta que la relación de causalidad debe también probarse por el acreedor perjudicado. Esto significa que los gastos de financiación no son imputables al acreedor cuando el préstamo se contrató para la financiación y realización de la obra, con lo que resulta indiferente que se hubiese producido o no el incumplimiento; los gastos de arbitraje realizados para resolver discrepancias con la constructora no deben abonarse, puesto que afectan sólo a las partes implicadas en el contrato de obra; y las cantidades pagadas por la recurrente en concepto de indemnización a la constructora, por la paralización de las obras, son indemnizables por los demandados, puesto que tales gastos no habrían tenido lugar si no se hubiera producido el incumplimiento.

Indemnización por incumplimiento de contrato. Valoración de los daños.—Recuerda el Tribunal Supremo que, en reiteradas ocasiones (SSTS de 4 de diciembre de 1955, 7 de mayo de 1991, 23 de marzo y 14 de abril de 1992), ha declarado que no es propio del recurso de casación discutir la valoración que ha efectuado la sentencia recurrida de unos gastos que sí ha incluido en el concepto final indemnizatorio aunque en una cuantía menor a la pedida.

Indemnización por incumplimiento de contrato. Facultad moderadora del juez.—El Tribunal Supremo recuerda que, reiteradamente, ha reconocido que la infracción del artículo 1103 CC puede fundar un motivo de casación cuando los juzgadores de instancia han hecho uso de tal facultad de modo irracional y desmesurado, pero que procede rechazar dicho motivo cuando no ha tenido lugar tal irracionalidad. El Tribunal Supremo considera que no hay irracionalidad por parte del juzgador de instancia cuando rebaja el porcentaje de la suma reclamada aplicando el criterio moderador del artículo 1103 CC, si justifica esta rebaja en la actitud pasiva del acreedor que siempre entendió que debía ser resarcido en una cantidad mayor, por lo que rechazó una serie de ofertas y esto hizo que se vieran incrementadas cuantiosamente a lo largo del tiempo las partidas relativas al mayor costo del derribo y reconstrucción de lo edificado, a la terminación del edificio, a los gastos de conservación y al lucro cesante.

Intereses moratorios.—Desde el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo civil del TS, de 20 de diciembre de 2005, el Tribunal Supremo ha consolidado una nueva orientación en el sentido de mitigar el automatismo de la regla *in illiquis non fit mora*, sustituyéndola, con carácter general, por el canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia o no de condenar al pago de los intereses y la concreción del *dies a quo* del devengo. Para ponderar la racionalidad, se toman como pautas 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 propias del caso (STS de 22 febrero de 2010 y las que en ella se citan).

Sentencias con reserva de liquidación.—El Tribunal Supremo recuerda que el artículo 219.1 LEC prohíbe las sentencias meramente declarativas, cuando lo que se reclame sea una cantidad de dinero y no puede solicitarse la determinación del importe en ejecución de sentencia; en cambio, según dicho precepto, es posible que en la sentencia se realice la fijación clara de «las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética». Según el Tribunal Supremo, este último inciso se refiere a aquellos conceptos que permiten determinar inmediatamente una cantidad debida, sin necesidad de recurrir a posteriores

operaciones periciales u otras semejantes. La ley exige que se extreme la precisión a la hora de determinar las bases, de manera que, aunque no se conozca con exactitud en el momento de dictar sentencia alguno de los parámetros de la liquidación, una vez resulte concretado, pueda determinarse con facilidad el importe exacto (por ejemplo, mediante la presentación de las respectivas facturas), y más en aquellos casos en los que se trate de una condena de indemnización de daños y perjuicios y éstos hayan quedado acreditados durante el procedimiento. Recuerda que la STS de 18 diciembre de 2009 explica las razones de una regulación de este tipo y acude a la STS de 15 de julio de 2009 que señala que dejar la determinación de la cantidad exacta a la ejecución de sentencia se ajusta a lo establecido en el artículo 219 LEC. (**STS de 17 de junio de 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.-S., S.A, celebró un contrato de obra con los arquitectos JI y LM para la construcción de un concesionario de vehículos. Estos dos últimos formaban parte de la sociedad O. C., S.L. Los arquitectos encargaron a una empresa el cálculo de la estructura del edificio y lo incorporaron al proyecto. El cálculo resultó erróneo y produjo tales defectos en la construcción, ya comenzada, que se decidió su demolición. Al no alcanzar un acuerdo con los arquitectos respecto a la indemnización de los daños y perjuicios que le correspondía, la dueña de la obra presentó una demanda contra los arquitectos, su aseguradora, la sociedad a la que pertenecían y los otros socios de dicha sociedad. En dicha demanda se solicitaba que se declarara la resolución del contrato por incumplimiento, la condena a las restituciones de unos pagos realizados por la demandante y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, condenó a los arquitectos y a la sociedad demandada a satisfacer solidariamente la cantidad de un millón de euros a la demandante y absolvió a los otros socios demandados. Dicha cantidad se correspondía con los siguientes conceptos: (a) la restitución de honorarios abonados; (b) la indemnización por el coste económico a que asciende la demolición y la reconstrucción de la obra, así como un 20% de incremento del coste de la obra pendiente de ejecución; (c) los honorarios del aparejador; (d) los gastos de conservación y mantenimiento de la obra derivados de la paralización; y, (e) respecto del lucro cesante, teniendo en cuenta las circunstancias, se acordó una cantidad, que se redujo en un 10% en ejercicio de la facultad moderadora prevista en el artículo 1103 CC. Además, se declaró que no procedía el abono de otras cantidades reclamadas por los siguientes conceptos: (a) los importes de los estudios de salud y seguridad, el proyecto técnico para la concesión de la licencia de actividad y las licencias urbanísticas; (b) los gastos de adecuación de los ascensores; (c) la tasa para la tramitación del derribo y otros gastos del mismo; (d) los intereses y gastos financieros; (e) los gastos de un arbitraje anterior al proceso. Contra esta sentencia presentaron recurso de apelación la dueña de la obra, los arquitectos y la sociedad a la que pertenecen. La Audiencia Provincial estimó en parte ambos recursos, revocó en parte la sentencia recurrida y fijó en 950.000 euros la indemnización que

los arquitectos y O. C., SL, debían pagar de forma solidaria a S., SA. La sentencia dictada en apelación mantuvo la sentencia recurrida respecto a las personas condenadas y la mayor parte de las cantidades que debían satisfacer los demandados y mantuvo la negativa a que se abonaran los gastos del proyecto de derribo, el estudio de seguridad y los honorarios de la dirección técnica de la demolición, así como las tasas a abonar al ayuntamiento para la licencia de derribo, a pesar de reconocer la existencia de dichos daños, porque considera que no se ha probado la cantidad a la que ascienden y que, por tanto, no puede acordarse su pago. Además, la sentencia dictada en apelación, reduce el porcentaje de incremento del coste de la obra pendiente de ejecución al 12,7%. Contra esta sentencia, S., S.A., interpone recurso extraordinario por infracción procesal, basado en infracción del artículo 219 LEC, relativo a las sentencias con reserva de liquidación y recurso de casación, pues considera que tienen derecho a que se le abonen los gastos inherentes a la demolición de la estructura del edificio puesto que están acreditados y fijadas las bases para su determinación. Además, presenta recurso de casación alegando vulneración de los artículos 1101, 1106 y 1107 CC por no reconocerse la indemnización de los gastos financieros, de los gastos de arbitraje y la penalización abonada como consecuencia de la extinción del contrato de obra; vulneración de los artículos 1103 y 1106 CC; vulneración del artículo 1103 CC; y vulneración de los artículos 1108 y 1100 CC. (L. P. S. M. P.)

21. Venta de finca para centro comercial. Interpretación del contrato.—Se infringe el artículo 1282 CC por cuanto los actos coetáneos y posteriores a la suscripción del contrato, conducen a entender que la intención de las partes no fue otra que la de establecer una simultaneidad en el cumplimiento de la obligación de pago y la consiguiente transmisión de la finca y promoción del Centro Comercial, sin que existiese compromiso alguno por parte de PRYCA de adelantar parte del precio.

Imputación del incumplimiento a la vendedora.—Es la vendedora, por tanto, quien ha desatendido de una forma patente y burda la eficacia y seguridad vinculatoria del contrato perfeccionado con A para negociar con otra entidad competidora del sector la venta del Hipermercado, tras haberse beneficiado de la posesión y disfrute de parte del dinero, que la demandante pudo recuperar, y hacerse con la plusvalía consiguiente; todo lo cual resulta determinante para imputarle la causa de resolución.

Obligación de indemnizar los daños y perjuicios por incumplimiento imputable.—Consecuencia de todo ello es la aplicación del artículo 1100 CC, en relación con los artículos 1106 y 1107 apartados primero segundo del mismo cuerpo legal, reguladores de la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual que se ha producido y que ésta Sala debe determinar, asumiendo la instancia, para estimar en parte la demanda, en la forma que se concretó en el escrito de réplica, como consecuencia de la venta del hipermercado a otra entidad, de la imposibilidad de obtener el cumplimiento del contrato de compraventa y de hacer efectivos los pedimentos basados en la exigencia y respeto de tales prestaciones del contrato, en la evidencia de que se ha frustrado el interés que llevó a concertarlo ya que la cumplida obligación de pago no se ha correspondido con la incumplida obli-

gación de entrega, encontrándose el actor sin la cosa comprada y el demandado con una sustancial diferencia de valor entre el precio acordado inicialmente –2.700.000 millones de pesetas– y el que obtuvo tras la venta de la finca a un tercero –3.800.000 millones de pesetas.

Cuantificación del daño emergente.—Para la evaluación del primero ha de tenerse en cuenta la imposibilidad de adjudicarse la finca en las condiciones pactadas y que a consecuencia de este incumplimiento se ha producido un daño en su patrimonio estimado en mil cien millones de pesetas, como daño emergente, puesto que de haberse adquirido en el precio convenido, habría obtenido las ganancias que la demandada logró a resultas de la operación efectuada poco después, bien mediante su reventa a un tercero, como se insinúa en el recurso, o bien incrementado el valor de su patrimonio, de no haber optado por aquella posibilidad.

Rechazo del lucro cesante.—Resulta contradictorio pretender el valor de una posible reventa a la competidora y, al mismo tiempo, el beneficio de explotación que depende de su única voluntad y que sitúa la suma reclamada bajo el prisma de lo dudoso y contingente. (**STS de 30 de abril de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La sociedad demandante solicitó que se declarase, por un lado, la existencia entre ambas partes de un contrato de compraventa plenamente perfeccionado, que tenía por objeto la finca A, segregada de la finca B; que se condenara a la demandada a otorgar a su favor la correspondiente escritura pública, de entregarle la finca libre de cargas y gravámenes, de terminar a su costa las obras e indemnizarla por los daños y perjuicios que su conducta le ha ocasionado en la cantidad que se determine en fase de ejecución de sentencia. El juez de primera instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó esa decisión. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

22. Doble venta. Plazo de prescripción de quince años de la acción del primer comprador contra el vendedor para reclamar por incumplimiento contractual, que se inicia desde que se produjo la segunda venta.—La conducta del enajenante que vende dos o más veces la misma finca y, que impide al comprador exigir el saneamiento por evicción, no obstante haberle privado de la cosa que constituyó el objeto de la compraventa, para trasladarla a un nuevo comprador que, por su condición de tercero hipotecario, es protegido en su adquisición por la fe pública registral, no solo infringe la obligación contractual que le impide hacerlo, sino que vulnera el deber de respeto a la propiedad de la persona con la que se vinculó a través de un contrato anterior, del que trae causa el daño ocasionado por la venta posterior, para cuya reparación el Código Civil ofrece al perjudicado no solo las acciones específicas con la que satisfacer el interés defraudado, sino la que le proporciona el artículo 1101 CC de exigir el resarcimiento del daño que resulta de incumplimiento contractual, que de otra forma no se hubiera producido, consistente en la privación de la cosa que constituyó su objeto, con plazo de prescripción de quince años, según el artículo 1964 CC, cuyo *dies a quo*, de conformidad con lo establecido en el artículo 1969, no será el de la fecha del contrato formalizado con el actor, sino aquel en que se formaliza el contrato posterior, como acto obstativo a partir del cual se origina el perjuicio.

Existencia de negligencia por parte del vendedor.—Conforme a lo establecido en el artículo 1104, la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación (STS 20 diciembre 2006) y en el caso presente los demandados tomaron conocimiento notarial de la existencia de una venta anterior no obstante lo cual procedieron a vender la finca a un tercero sobre la cual el demandante había efectuado numerosos y notorios actos de posesión, lo cual en sí mismo supone una actuación, al menos negligente, por su parte. (STS de 11 de mayo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La parte actora reclamó una indemnización de daños y perjuicios causados con ocasión de la venta por parte de los demandados de una finca a un tercero de buena fe, finca que en su día había sido adquirida por el actor a su padre mediante documento privado, considerando que habían actuado de mala fe desde el momento en que les había requerido para que no efectuaran la compraventa, informándoles de su propiedad, y de que venía ostentando su posesión. Como cuantía de la indemnización reclamaba el valor de la finca, estimada en cincuenta y cinco millones de pesetas. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda condenando a los demandados a indemnizar al actor con el valor de la finca litigiosa a la fecha de la venta el día 11 de septiembre de 1996, lo que se determinaría en fase de ejecución. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esta decisión. (M. C. B.)

23. Responsabilidad civil del procurador. Daño patrimonial.—Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza. No puede, en este supuesto, confundirse la valoración discrecional de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales. (STS de 30 de abril de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña Amalia, afectada por un accidente de circulación, solicitó mediante reconvencción la condena de otra y de su aseguradora al pago de 62.000.000 pesetas por los daños sufridos. La sentencia de primera instancia fijó la indemnización en 14.977.951 pesetas más los intereses. Recurrida la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial fijó la indemnización en 13.873.476 pesetas más los intereses. Ambas sentencias aplicaron la compensación derivada de la concurrencia de conductas negligentes en ambas personas en relación con el accidente. La afectada preparó recurso de casación y solicitó el nombramiento de un procurador de oficio. El recurso no fue interpuesto en el plazo

que restaba y el Tribunal Supremo lo declaró desierto. La afectada promovió juicio ordinario por responsabilidad civil contra el procurador fundándose en que la diligencia de ordenación que había alzado la suspensión no le fue notificada por el procurador al abogado ni tampoco a ella, por lo que consideraba que el procurador había incurrido en negligencia profesional causante de un daño, cuya indemnización cifraba en 180.000 euros.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y condenó al procurador demandado al pago de una indemnización de 5000 euros. El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto. (*M. C. L. J.*)

24. Responsabilidad profesional del Abogado: Doctrina general: Requisitos: Daño moral: Relación de causalidad.—La responsabilidad civil profesional del Abogado exige, en primer término, el incumplimiento de sus deberes profesionales. Tratándose de la defensa judicial esos deberes se ciñen al respeto de la *lex artis ad hoc*, esto es, las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia ha perfilado algunos aspectos, a título de ejemplo, que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso, cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, observar las leyes procesales, y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos. Tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia, del nexo de causalidad con el daño producido y de la existencia y alcance de éste corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 julio 2005 y 21 junio 2007).

En segundo término es preciso que haya existido un daño efectivo. Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el daño debe calificarse de patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene por objeto la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito, pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades (SSTS de 26 enero 1999, 8 febrero 2000, 8 abril 2003 y 30 mayo 2006). Este último daño es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado, pues, como dice la STS de 27 julio 2006, exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. Este criterio impone examinar si, por incumplimiento probado de las reglas del oficio, se ha producido una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte, suficiente para ser configurada como un daño resarcible en el marco del artículo 1101 CC (siempre que no concurran elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales).

En tercer término es menester un nexo de causalidad entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producido, y que éste sea

imputable objetivamente al Abogado. Ello implica tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, pues la resolución favorable dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS 14 julio y 14 diciembre 2005, 30 marzo 2006 y 26 febrero 2007, entre otras). La propia naturaleza del debate jurídico excluye que pueda apreciarse relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, cuando la producción del resultado desfavorable debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco jurídico del debate procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido éxito en sus pretensiones (STS de 30 noviembre 2005). No es necesario que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del Abogado. No puede, sin embargo reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del Abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción. En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción.

Acción civil dirigida a reclamar indemnización por negligencia médica: Inexistencia de negligencia profesional del Abogado.—Se rechazan todos los argumentos del recurso que intenta demostrar la negligencia profesional del Abogado:

A) La extemporánea interposición del recurso de reforma en vía penal obedece a la existencia de una interpretación por parte de la Sala a quien el recurso se dirigía, por lo cual debe entenderse que la no-admisión no resulta inaceptable en el seno de las incidencias propias de un debate procesal. Por otra parte, no fue inútil seguir la vía penal, pues aunque no terminó en condena, permitió formar antecedentes útiles para el ejercicio de la acción civil, ello aparte de que esta vía tenía muy escasas posibilidades de éxito. Hay que rechazar la pretensión del recurrente de que la simple frustración del recurso de reforma comporta la existencia de un daño moral.

B) La forma de plantear la confesión judicial de los médicos y su exculpación en el trámite de conclusiones en el proceso civil obedece a una posible orientación técnica de defensa encaminada, a la vista de antecedentes jurisprudenciales, a lograr la condena del establecimiento sanitario por falta de los debidos cuidados del paciente y justificada por la dificultad de obtener la condena de los médicos, dadas las características de la enfermedad sufrida. La falta de imputación objetiva del resultado producido al Abogado, demostrado en este caso por el hecho de que dicho resultado es aceptable en el marco de las incidencias propias del debate procesal, determina la desestimación de este motivo.

C) La cinta magnetofónica en la que se recoge una conversación con el cirujano no comportaba, en su versión íntegra, el reconocimiento de la negligencia de los médicos demandados, aparte de que la dudosa compatibilidad con el respeto al derecho a la intimidad personal, podía resultar aconsejable su no-presentación. (STS de 27 de mayo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

25. Incumplimiento doloso de contrato e indemnización por daño moral.—El Tribunal Supremo ha considerado, para el caso de incumplimiento doloso de contrato, que dicho incumplimiento lleva aparejada no sólo la indemnización de daños y perjuicios de carácter patrimonial, sino también el resarcimiento por daño moral como consecuencia de los padecimientos que la parte cumplidora ha sufrido a raíz del incumplimiento contractual; independientemente de que éstos se hayan contemplado o no en el contrato como objeto de indemnización. El Tribunal Supremo aplica en estos casos un criterio de imputación subjetiva, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1107 CC. (**STS de 15 de junio de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Por la parte actora se ejercita acción de indemnización de daños y perjuicios frente a los demandados por incumplimiento de contrato, solicitando tanto daños patrimoniales como morales, al tratarse de un caso de incumplimiento doloso que les ha generado determinadas secuelas psíquicas, además del perjuicio económico. La parte demandada se opone a la demanda, alegando que no queda probado indicio alguno de actuación dolosa por su parte, no debiendo existir una condena sin más por el mero hecho del incumplimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda condenando a los demandados al pago de una indemnización de 227.583.094 euros, en la que queda incluida el importe de 100.000 euros en concepto de daño moral. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la demanda, al considerar que no procede la indemnización por daño moral. La parte actora en la instancia interpone recurso de casación.

NOTA.—La jurisprudencia parece admitir el abono de una indemnización por daño moral para el caso de mero incumplimiento doloso del contrato, en consonancia con la doctrina más moderna que parece estar conforme con la posibilidad de indemnizar por daño moral en el marco de un incumplimiento contractual. En materia de contratos la jurisprudencia no exige el ánimo de perjudicar o dañar para entender indemnizable el incumplimiento, sino la infracción de modo voluntario del deber jurídico que pesa sobre el deudor, a sabiendas.

El artículo 1107 CC atribuye al dolo, en el marco de una relación contractual, la nota de agravación de la responsabilidad del deudor. Pero a diferencia de la culpa, el dolo nunca se presume y es necesario probarlo. Ello dará lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

En principio el mero incumplimiento doloso de contrato no debe considerarse causa suficiente para entender aparejada la indemnización por daño moral, lo que requerirá de la demostración de que efectivamente dicho incumplimiento ha tenido como consecuencia la existencia de daño moral. De hecho, la jurisprudencia más reciente admite la posibilidad de indemnizar por daño moral por el mero incumplimiento doloso, pero siempre y cuando del mismo se determine por sí mismo un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, lo que ocurre cuando su existencia se deduce necesariamente del

incumplimiento o los daños son patentes. En ese caso la indemnización por dolo alcanzará a todos los daños derivados del incumplimiento. (L. Z. G.)

26. Presupuestos para el ejercicio de la acción pauliana: crédito anterior.—Si bien es cierto que la jurisprudencia exige, como requisito para el ejercicio de la acción pauliana o acción de rescisión por fraude de acreedores, que se pruebe la existencia de un crédito anterior al acto impugnado, también lo es que «ello ha de entenderse en términos generales, toda vez que no es necesario que sea exigible (...) ni que esté reconocido por el deudor, e incluso no se excluye la posibilidad de un crédito futuro en el caso de próxima y segura [o muy probable (...)] existencia posterior».

Prueba del fraude.—La prueba del fraude no se limita a los supuestos de presunción legal de fraude sino que puede admitirse la prueba presentada por «medios y modos distintos». Así, puede apreciarse indicio de fraude en hechos tales como haberse pactado un «precio muy inferior al tasado; relación existente entre las sociedades que intervienen en la operación; constitución de la sociedad adquirente unos meses antes».

Consilium fraudis.—El *consilium fraudis*, presupuesto de la acción pauliana, ha sido flexibilizado jurisprudencialmente, de modo «que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora» o *scientia fraudis*. (STS de 25 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La empresa demandante solicitó la declaración de nulidad absoluta y, subsidiariamente, la rescisión por fraude de acreedores de dos contratos consecutivos de compraventa efectuados entre las entidades codemandadas en 1995 y 2001, respectivamente. En Primera Instancia, se estimó la demanda principal y se declararon nulos por simulación los contratos de compraventa. La Audiencia Provincial revocó la anterior, pero estimó la rescisión por fraude de acreedores de la primera venta y condenó a los codemandados a pasar por la restitución de las fincas (apreciándose mala fe en el segundo comprador). La empresa demandante y, por su parte, las demandadas, interpusieron sendos recursos de casación, que fueron desestimados por el Tribunal Supremo. (C. J. D.)

27. Acción de nulidad de compraventa por falta de objeto: Improcedencia.—Es válida la compraventa a pesar de que su objeto sea de «existencia física muy dudosa», cuando así ha sido advertido por el vendedor y aceptado por el comprador, y cuando puede considerarse que los posibles derechos derivan de una adquisición anterior y de una inscripción registral actual. «Lo que no es objeto de la transmisión es “la inscripción registral”; sí lo es “los derechos que le corresponden sobre la finca”».

Compraventa de los posibles derechos derivados de una inscripción registral: Desestimación del enriquecimiento sin causa del vendedor.—No cabe apreciar el enriquecimiento sin causa del vendedor por la imposibilidad de ejercitar derechos sobre la finca objeto del contrato cuando el com-

prador asumió conscientemente el riesgo que la compra comportaba. **(STS de 24 de junio de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Una sociedad adquirió por título privado de compraventa los derechos derivados de una inscripción registral. En la cláusula primera del contrato se describe el objeto del mismo indicando que los vendedores «venden y transmiten (...) la inscripción registral y derechos que les corresponden sobre la finca descrita (...) en el estado y condiciones que se han dejado expuestas». El contrato pone de manifiesto que los vendedores «nunca han tomado posesión ni pueden identificar su situación ni tampoco pueden asegurar que en la actualidad los mencionados terrenos existan o conserven todavía los mismos linderos y metros de superficie que constan en la escritura (...) de todo lo cual es perfectamente concedora la entidad compradora». La sociedad ejercita demanda declarativa de la nulidad de la compraventa por falta de objeto. En ambas instancias se desestimó la demanda, y en casación no hubo lugar.

NOTA.—Curioso caso en que se admite la validez del contrato pese a que su objeto, indeterminado, consiste en los posibles derechos derivados de una inscripción registral. Se pone de manifiesto una línea jurisprudencial que flexibiliza la noción clásica del objeto del contrato, ampliándola y dotando de mayor relevancia al acuerdo de las partes en que el comprador asume el riesgo del resultado. La ventaja de esta línea doctrinal, en este caso, consiste en que se impide al comprador ir en contra de sus propios actos y hacer que el vendedor asuma el resultado, en contra de lo inicialmente pactado. (C. J. D.)

28. En materia de diferencias respecto del aprovechamiento urbano no cabe aplicar analogía con el defecto de cabida.—Ha de recordarse la doctrina sentada por esta Sala en sentencia de 30 junio 2009 en un supuesto en que igualmente se discutía sobre la procedencia del precio pactado en relación con la edificabilidad del inmueble transmitido. Allí se dijo: «La parte recurrente pretende, con esta alegación, resolver a su favor la pretensión a base de la aplicación por medio de la analogía de lo previsto para las diferencias de cantidad y calidad en la entrega de los inmuebles en los artículos 1469 y 1470 CC a la cuestión de diferencias en la edificabilidad. Lo cual no es posible. La analogía pretende resolver el caso de la laguna de la Ley y no puede considerarse tal cosa, cuando en un contrato se produce una discordancia, un error o una falta de previsión. El tema de la edificabilidad es importante económica y socialmente y está sumamente regulado en la normativa administrativa, pero no lo está en la civil. Siendo la base de la analogía la identidad de razón (semejanza que es destacada por las SSTs 21 noviembre 2000, 5 febrero 2004, 28 junio 2004) —*ubi eadem ratio est, ibi eadem iuris dispositio esse debet*— que comprende los dos presupuestos de falta de norma e igualdad esencial, no se da en el caso presente». **(STS de 1 de junio de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La sociedad formuló demanda de juicio ordinario contra los vendedores interesando que se dictara sentencia para declarar que el contrato de compraventa suscrito por las partes tuvo

como objeto principal la transmisión del aprovechamiento urbanístico concedido a los demandados en la Unidad de Actuación 53-02, conforme a los criterios establecidos en el Plan General de Ordenación Urbana de Burgos, consistente en 1,4615 m²/m² y que, en consecuencia, el precio establecido en el contrato lo fue conforme al módulo de dicho aprovechamiento, cifrado en 1.014 € por metro cuadrado; que por ello el precio a satisfacer por la actora debe minorarse en 511.288 €, quedando modificada la estipulación segunda del contrato en el precio de 1.111.945 €, alegando que tras la celebración del contrato, que tuvo en cuenta dicho aprovechamiento urbanístico, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento denegó la aprobación inicial del proyecto de la unidad de actuación, rebajando la edificabilidad a un porcentaje de 0,46 m²/m², habiéndose privado de este modo de un importante porcentaje de aprovechamiento urbanístico, que se tuvo en cuenta para fijar el precio total abonado en el contrato. Los demandados se opusieron a la demanda sosteniendo que por el contrario dicho objeto venía constituido por las dos fincas propiedad de los demandados más los correspondientes aprovechamientos sin determinar el porcentaje. Igualmente formularon reconvenición solicitando que se declarase su derecho a percibir las indemnizaciones que debía abonar la Junta de Compensación de la Unidad de Actuación como consecuencia del derribo de las fincas litigiosas; que se condenase a la demandante reconvenida al pago de 511.288 euros y los intereses devengados desde el día 12 de diciembre de 2003 y se declarase la obligación del actor a abonar la suma de 30.000 € a la agencia inmobiliaria como consecuencia de su intervención en la venta de las fincas, con imposición de costas. El juez de primera instancia desestimó la demanda formulada por la mercantil y estimó íntegramente la reconvenición. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia recurrida salvo en lo relativo al pronunciamiento sobre los intereses, concediéndolos hasta el momento en que fue hecho efectivo el pago. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

29. Contrato de arrendamiento financiero. *Lease back* y prohibición del pacto comisorio.—En la modalidad del contrato de arrendamiento financiero denominada *lease back*, el arrendador financiero —entidad de *leasing*— adquiere un bien inmueble de su anterior propietario mediante contrato de compraventa y a continuación lo arrienda a su transmitente mediante un *leasing* fijándose unos plazos de renta —generalmente de carácter mensual— y un valor residual para la readquisición de la propiedad por el inicial transmitente. Como cualquier otra operación de *leasing*, el *lease back* está dirigido a financiar al arrendatario la adquisición de un bien destinado, por definición legal, a la explotación agrícola, pesquera, industrial, comercial, artesanal, de servicio o profesional del financiado; y, dada su especialidad, se sitúa en una zona próxima al pacto comisorio, debiendo atenderse a cada caso para precisar si está presente o no dicho pacto prohibido legalmente y, en consecuencia, nulo; debiendo considerarse, no obstante, la inicial legalidad de dicha figura en cuanto aparece mencionada incluso en la primera regulación de las operaciones de arrendamiento financiero.

El TS se ha referido específicamente a la figura del *leasing* inmobiliario, *leasing* de retorno o *lease-back* y su relación con la prohibición legal del pacto comisorio, singularmente en sus sentencias de 16 de mayo de 2000 y 2 de febrero de 2006. Existirán razones suficientes para entender que el conjunto de operaciones realizadas responden a la finalidad económico-financiera causalmente autónoma propia del *lease-back* o arrendamiento financiero de retorno sobre bienes inmuebles en cuanto que no ofrezcan dudas la naturaleza del arrendador financiero, en cuanto entidad dedicada exclusivamente a operaciones de arrendamiento financiero con los debidos requisitos de orden fiscal y mercantil, y de la arrendataria financiera, en cuanto entidad mercantil necesitada para su funcionamiento en el tráfico comercial del edificio objeto del contrato, y en especial cuando la arrendadora no sólo arrendó el inmueble, sino que además el arrendamiento se extendía a la propia edificación construida *ex novo* con la íntegra financiación por parte de la entidad de *leasing*. De este modo, se revela la inexistencia de un pacto comisorio en el sentido prohibido por el ordenamiento jurídico, de modo que el mismo bien ofrecido en garantía típica o atípica ingrese definitivamente en el patrimonio del acreedor en el supuesto de que el deudor no cumpla con sus obligaciones, ya que no se trata del mismo bien cuya titularidad se transmitió en virtud del contrato de compraventa, sino de otro integrado fundamentalmente por la edificación que alcanza un valor notablemente superior al del suelo. (STS de 15 de abril de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don Gervasio y don Hernán y la compañía mercantil C., *Sociedad de Arrendamiento Financiero, S.A.* concertaron dos contratos, uno de compraventa por el que los dos primeros, en nombre y representación de la entidad *JMG, S.A.* vendieron a la segunda una finca; y el segundo, de arrendamiento financiero, por el que la sociedad compradora C. cedía dicho inmueble a favor de la arrendataria H., la cual intervenía en el contrato representada por los mismos señores, en cuanto el capital de *JMG* correspondía íntegramente a H.

La entidad H. dejó de satisfacer los cánones correspondientes y fue declarada en estado legal de suspensión de pagos, por lo que la arrendadora le dirigió comunicación en la que optaba por la resolución del contrato instándole a que dejara libre y a entera disposición de la arrendadora la finca objeto del contrato, sin que la arrendataria diera cumplimiento a lo requerido. Ante ello, C. formuló demanda contra H. y la intervención nombrada en el expediente de su suspensión de pagos, interesando que se declarara resuelto el contrato de *leasing* inmobiliario entre las partes. La demandada se opuso a lo anterior y formuló demanda reconvenzional, interesando que se le absolviera de la demanda y se declarara nulo el contrato de compraventa y los contratos de arrendamiento financiero, se restaure en la titularidad dominical de la finca al anterior propietario *JMG, S.A.* y se cancelen todos los asientos posteriores a dicha titularidad dominical, así como que se restituya por C. a H. el total de las cuotas abonadas por el canon de arrendamiento financiero considerado nulo más sus intereses.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y, estimando parcialmente la demanda reconvenzional, por considerar

que las operaciones realizadas encubrían la realidad de un préstamo sujeto a pacto comisorio, declaró la nulidad del contrato de compraventa, así como del contrato de arrendamiento financiero inmobiliario, con efectos de restitución de las prestaciones recíprocas y cancelación de los asientos registrales derivados de las escrituras declaradas nulas, manteniendo la validez, como contrato de préstamo, del arrendamiento financiero mobiliario. Recurrida en apelación dicha sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial estimó el recurso de *C.* y desestimó el de *H.*, revocando la sentencia del Juzgado y estimando íntegramente la demanda de *C.* y desestimando la demanda reconvenzional de *H.* Contra la sentencia de apelación, interpusieron *JMG* y *H.* sendos recursos por infracción procesal y de casación, habiéndose admitido únicamente el segundo de los recursos de ambas partes, que es desestimado por el Tribunal Supremo, confirmando así la sentencia recurrida. (*F. J. J. M.*)

30. Contrato de permuta de finca por cosa futura. Es un contrato perfecto con un plazo de ejecución.—El contrato de permuta de cosa futura no produce una obligación condicional ni a plazo, sino que es un contrato perfecto en el que la obligación de entrega de las viviendas tiene un término o plazo de ejecución, en el sentido de que el cumplimiento de tal obligación debe hacerse a la llegada del término; el término de ejecución se refiere a la realización de la prestación que constituye el objeto de la obligación: es el término para el cumplimiento de la prestación (SSTS de 5 de mayo de 1986 y 13 de marzo de 1987).

El que el contrato no prevea plazo de cumplimiento no implica que el contratante pueda tener en suspenso indefinidamente su cumplimiento. Posibilidad de que el tribunal fije un plazo de cumplimiento.—No puede aceptarse que la parte contratante pueda indefinidamente tener en suspenso el cumplimiento de sus obligaciones ya que el contrato no previó plazo para ello. Ante ello, el artículo 1124, tercer párrafo, CC no obliga forzosamente al Tribunal a declarar la resolución, sino que le permite señalar un plazo cuando haya causas justificadas que lo autoricen (STS de 2 de marzo de 1921) y la gravedad del incumplimiento ha de ser relacionada con criterios de equidad y buena fe (STS de 28 de febrero de 1986). Aparece un dilatado tiempo en que no se cumplieron las prestaciones a que venía obligada la sociedad demandada, respecto a la que no se había impuesto plazo concreto, pero no puede quedar su cumplimiento indefinidamente a su arbitrio por ser contrario a la *necessitas*, esencia de la obligación, que proclama el artículo 1256 CC. La ausencia del plazo concreto y la presencia del lapso indefinido de tiempo, autorizan la consideración de causa justificada para la fijación de un plazo. (STS de 22 de abril de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Los matrimonios constituidos por don Hernán y doña Agustina, y don Iván y doña Apolonia, contrataron con *CB, S.A.* un denominado contrato de compraventa (aunque debe ser calificado de contrato de permuta de finca por cosa futura) en el que se pactó un precio en dinero y, como prestación principal, la entrega de cinco viviendas. La sociedad demandada no inició el trámite para la recalificación de las fincas rústicas a urbanas, ni el

anteproyecto de construcción. Ante ello, los vendedores formularon demanda, interesando la resolución del contrato o, subsidiariamente, la nulidad del mismo.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, condenando a *CB* a que en el plazo de dieciocho meses realizara las gestiones tendentes a la recalificación de los terrenos adquiridos, de rústicos a urbanos, realizando los correspondientes anteproyectos de construcción de las viviendas. *CB* recurrió en casación contra esa sentencia, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia recurrida. (*F. J. J. M.*)

31. El ánimo de liberalidad no se presume.—[...] denuncia la vulneración de lo dispuesto en el artículo 618 en relación con el artículo 1253 del Código Civil, en cuanto se exige para la validez de la donación la existencia de *animus donandi* el cual no existe en el caso y no puede presumirse.

Incluso si se prescinde de la incorrecta invocación del artículo 1253 del Código Civil, sobre las presunciones, que había dejado de estar vigente con anterioridad a la interposición de la demanda en virtud de su derogación por la Disposición derogatoria única, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo no puede prosperar. Es cierto que esta Sala ha venido declarando que el ánimo de liberalidad no se presume (sentencias de 6 octubre 1994, 12 noviembre 1997, 13 julio 2000 y 21 junio 2007, entre otras), pero en el caso presente consta, en primer lugar, la formalización ante notario de un contrato de compraventa en el cual el presunto comprador no satisface precio alguno —cuestión en la que coinciden ambas partes— sin que se alegue una finalidad distinta de la de encubrir una donación; y además es la propia parte recurrente la que admite la existencia de *animus donandi* cuando en el escrito de interposición del recurso (antecedente primero) viene a decir que lo que doña Belen pretendía «era donar a su hijo la mitad del apartamento y plaza de garaje sitos en C/ Pío XII de Madrid (como previamente había hecho con su hija con otro apartamento situado en la misma finca de las mismas características), que, por estar aportado a la sociedad, su hijo le aseguró que debía hacerse mediante la compraventa de participaciones sociales y que por motivos fiscales era mejor hacerlo “a través de una compraventa”»; lo que pone de manifiesto que el *animus donandi* existía aun cuando la donante pudo sufrir error sobre el objeto del contrato, lo que constituye cuestión distinta a la que plantea el motivo.

Requisitos necesarios para que pueda declararse la validez de una donación encubierta: criterios extensibles a la transmisión de participaciones sociales.—[...] el motivo segundo denuncia la vulneración del artículo 618 del Código Civil, en relación con los artículos 623, 629, 632 y 633 del mismo código, por falta de aceptación expresa de la donación por parte del donatario y, en todo caso, falta de conocimiento de tal aceptación por el donante; mientras que el tercero se formula por infracción de los artículos 1261.3, 1274, 1275, 1276 y 1253 en relación con los artículos 618, 623, 629, 630 y 633, todos del Código Civil, por falta de los requisitos formales propios de la donación.

Los referidos motivos han de ser estimados por las siguientes razones. El artículo 26.1 de la Ley reguladora de las Sociedades de Responsabilidad

Limitada de 23 de marzo de 1995 exige que la transmisión de las participaciones sociales conste en documento público, formalidad que se ha cumplido en el caso presente si bien mediante la expresión de una causa falsa del contrato aparentando la celebración de un negocio de compraventa, sin que conste en tal documento la aceptación del donatario como exige el artículo 632 del Código Civil. En tal caso, resulta de aplicación la doctrina sentada por el Pleno de esta Sala en sentencia de 11 enero 2007 (Rec. 5281/1999), seguida por las posteriores 684/2007 de 20 junio, 956/2007 de 10 septiembre, 236/2008 de 18 marzo, 317/2008 de 5 mayo, 287/2009 de 4 mayo y 378/2009 de 27 mayo.

Se dice en dicha sentencia (fundamento jurídico cuarto) que «Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El artículo 633 CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubre no reúne para su validez y eficacia aquéllos».

Aun cuando dicha sentencia, como las posteriores que se han citado, se refieren a supuestos de donación encubierta de bienes inmuebles –cuyos requisitos de forma se contienen en el artículo 633 del Código Civil– la doctrina ha de ser extendida necesariamente a supuestos como el presente en que se exige el otorgamiento de un documento público debiendo constar también por escrito la aceptación del donatario –art. 632 del Código Civil– sin que dicha aceptación pueda ser suplida por la suscripción de un contrato de compraventa simulado.

La sentencia de 11 de enero de 2007 finaliza sus razonamientos contrarios a la validez de la donación encubierta bajo contrato de compraventa, afirmando que «el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad)». (STS de 3 febrero 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.–Doña Belén demandó a su hijo don Aurelio interesando sentencia en la que se declarase la nulidad de una compraventa de participaciones sociales por la manifiesta mala fe contractual y dolo del demandado amén de la inexistencia de causa del contrato por falta de precio. Asimismo solicitaba la declaración de nulidad de la donación disimulada bajo la aparente compraventa por inexistencia de causa. El Juzgado estimó la demanda. El demandado recurrió en apelación y la Audiencia acogió el recurso revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda.

Recurre en casación la demandante y el Tribunal Supremo declara haber lugar confirmando la sentencia del Juzgado. (*R. G. S.*)

32. Revocación de la donación por causa de ingratitud. La hija no pudo imputar a su madre el delito cometido por ésta contra su padre.—

No puede entenderse que se haya producido una imputación de delito cuando se ha declarado la nulidad de la personación de la donataria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 LECrim. De este modo, debe considerarse que la expresión «imputare» significa solo persecución judicial por medio de una acción de la que sea titular la persona donataria y como en este caso, la hija donataria no podía ejercer la acción penal contra la donante, mal le podía imputar un delito, por carecer de legitimidad para hacerlo. A una conclusión semejante lleva la interpretación restrictiva que debe hacerse de las causas de ingratitud, en cuanto permiten privar de efecto a un contrato válido y eficaz. Además de la poca claridad del artículo 648,2 CC, porque de lo que en realidad parte es de imputaciones de delitos cometidos por el donante contra el donatario, no contra terceros, interpretación a la que se llega de la integración de todos los incisos del segundo párrafo. (**STS de 13 de mayo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Los cónyuges habían celebrado con su hija un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos y otro de compraventa. Ocho años después del segundo contrato, los cónyuges se separaron y un año después, la esposa asesinó al marido, siendo condenada por delito de asesinato. La hija había formulado escrito de acusación contra su madre por supuesto delito de asesinato, que fue rechazado por falta de legitimidad para sostener la acción penal contra su madre y, en cambio, se sostuvo el ejercicio de la acción civil en dicho procedimiento penal. Posteriormente, la madre demandó a su hija y pidió que se declararan nulos los contratos a que se ha hecho referencia, por ser simulados y que se declararan revocadas las donaciones disimuladas por causa de ingratitud. El juez de primera instancia estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

33. Nulidad de contrato de arrendamiento de locales para supermercado por frustración de la finalidad perseguida o falta de causa.—

La inviabilidad de la prestación por desaparición de la falta de interés en la misma del arrendatario se debe a que ambas partes elevaron a la categoría de causa contractual la unión de ambos locales para unirse en una única unidad locatícia, como se especificó en el contrato mediante la expresión de la finalidad y la obtención de las correspondientes licencias, lo que el recurrente conoce en el momento en que se dicta sentencia estimando la pretensión deducida en su contra por parte de la Comunidad de vecinos en la que se insertan los locales, con la consiguiente devolución de la posesión entregada con dicha finalidad, sin poder haber disfrutado del local afectado por el vínculo arrendaticio, dado que no pudo abrir su negocio. Las partes previeron en la estipulación novena que para perfeccionar el contrato el Ayuntamiento o el organismo competente otorgara las licencias pertinentes de obras, actividad,

apertura o cualquier otro permiso o autorización que fuera necesario para poder realizar la actividad de supermercado en el inmueble objeto del contrato y esta cláusula la interpreta la sentencia en el sentido de que la autorización se ampliaba también a la obtención del permiso de la Comunidad, «porque solo así podía cumplirse con lo pactado» de dedicarlo a esta actividad, que es la finalidad del contrato de arrendamiento. (**STS de 1 de junio de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En el contrato de arrendamiento de dos locales para supermercado se incluyó una cláusula que decía: «haciendo uso de las facultades dominicales que asegura tener la propiedad, se autoriza a la arrendataria para que cubra el actual patio de luces que une ambos locales, de manera que pueda considerarse las dos fincas registrales objeto de este contrato una única unidad comercial». La comunidad de vecinos se opuso a que se realizara esa unión y el supermercado no se pudo abrir. La arrendadora interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad arrendataria en reclamación de rentas impagadas y de una indemnización por los daños y perjuicios producidos en los locales durante el tiempo en que fue ocupado por la demandada. La parte demandada formuló reconvencción, solicitando la nulidad del contrato de arrendamiento en su día concertado, por carencia de causa, al haberse frustrado de forma sobrevenida su finalidad, declarándose la obligación de la arrendadora de indemnizar a la arrendataria por los daños y perjuicios causados, con devolución de fianza y rentas abonadas. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a la demandada a que se lleven a cabo los trabajos necesarios para que los locales comerciales sean repuestos a su estado anterior. Asimismo estimó en parte la reconvencción, declarando la nulidad del contrato de arrendamiento por falta de causa, debiendo la parte actora restituir a la demandada las cantidades abonadas en concepto de rentas, así como la fianza. La Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto, estimando íntegramente la demanda formulada por la parte actora y desestimando la reconvencción. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y confirmó la sentencia de primera instancia. (*M. C. B.*)

34. Arrendamientos urbanos. Plena vigencia del artículo 53 del TRLAU de 1964 respecto de los arrendamientos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985.—Ya sendas SSTs de Pleno de 15 de enero de 2009 declararon como doctrina jurisprudencial que el artículo 53 del TRLAU de 1964 es un precepto vigente en la actualidad, 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 base en una facultad reconocida legalmente, sin que la interpretación sociológica permita la derogación de una norma que pretende proteger al inquilino, objetivo al que responde dicho artículo 53. Esta sentencia reitera tal doctrina. (**STS de 30 de abril de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Doña Florencia interpuso demanda frente a doña Sandra, por la que ejercitaba acción de impugnación de compraven-

ta al amparo del artículo 53.1 del TRLAU de 1964, aduciendo que la demandada había adquirido la vivienda de la que la actora resulta ser arrendataria, por un valor que excede de la capitalización de la renta anual que en el momento en que se verificó la transmisión abonaba la actora, lo que le facultaba para impugnar la transmisión y para solicitar se declare que la nueva propietaria no podrá denegar la prórroga del contrato a la actora por necesitar para sí o para su familia el uso de la vivienda, ante lo que se opuso la demandada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Recurrida en apelación dicha sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocando la sentencia del Juzgado y desestimando íntegramente la demanda. Contra esa sentencia, la demandante recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo, que ratificó en su integridad la sentencia del Juzgado.

NOTA.—Reitera esta Sentencia la jurisprudencia de Pleno que, asumiendo una de las dos líneas contrapuestas que existían en las Audiencias Provinciales, afirma la plena vigencia del artículo 53 del TRLAU de 1964 respecto de los arrendamientos anteriores al 9 de mayo de 1985 y que su ejercicio no supone un abuso de derecho, aun cuando el precio de venta no sea anormal en el mercado inmobiliario, atendida su ubicación y su extensión. *Vid.* al respecto la STS de 15 de enero de 2009, anotada con el número 40 en el fascículo III del tomo LXIII (2010) de este *Anuario*. (F. J. J. M.)

35. Acción de retracto sobre la vivienda arrendada. Las cuestiones procesales no tienen cabida en el recurso de casación.—Las cuestiones procesales no tienen cabida en el recurso de casación (AATS 31 marzo 2009, 23 junio 2009 y 12 enero 2010, entre los más recientes), por lo que la causa de inadmisión por preparación defectuosa prevista en el artículo 483.2.1.º, en relación con el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil deviene, en este momento procesal, en causa legal de desestimación.

Es adecuado presentar la demanda de retracto el primer día hábil siguiente a aquel en el que finalizaba el plazo de ejercicio.—Es adecuado presentar la demanda de retracto el primer día hábil siguiente a aquel en el que finalizaba el plazo de ejercicio del derecho de retracto porque «una interpretación razonable de la norma y de los intereses en juego no puede originar como resultado final un efecto contrario al derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, desde el momento en que se privaría al titular de un derecho, como el de retracto, a disponer de la totalidad del plazo concedido por la Ley, incluso aunque se arbitraran mecanismos organizativos distintos de acceso a los órganos judiciales (inexistentes en la actualidad, puesto que los juzgados no permanecen abiertos durante las veinticuatro horas del día, y no es posible la presentación de escritos ante el Juzgado que presta servicio de guardia), pues siempre dispondría de la facultad de agotarlo en su integridad, y de esta facultad no puede ser privado por las normas procesales u orgánicas que imposibilitan el pleno ejercicio de la acción ante los órganos judiciales». (STS de 30 de abril de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El arrendatario presentó demanda de juicio declarativo ordinario para el ejercicio de la acción de retracto sobre la

vivienda, al ser cesionario del contrato de arrendamiento suscrito por su madre en 1953. El demandante presentó la demanda el día hábil siguiente al sábado en que finalizaba el plazo para ejercitar la acción de retracto, lo que motivó que el demandado alegara la caducidad de la acción. El juez de primera instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron la decisión. (L. F. R. S.)

36. Arrendamiento de vivienda. Desahucio por falta de pago de cantidades asimiladas a la renta.—«La interpretación de las normas conforme a su espíritu y finalidad (art. 3 del Código Civil) lleva también a considerar que la causa resolutoria del artículo 114-1.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 ha de comprender actualmente el impago por parte del arrendatario del impuesto de bienes inmuebles, en tanto dicha norma tiende a proteger al arrendador frente a los incumplimientos del arrendatario respecto de obligaciones de inexcusable cumplimiento, como es ésta, y carecería de sentido estimar que, impuesta dicha obligación respecto de los contratos de arrendamiento de vivienda concertados tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, con efectos resolutorios por su incumplimiento (art. 27.2 a), y extendida tal obligación del arrendatario igualmente a los contratos anteriores regidos por la Ley de 1964, opere la resolución para los primeros —en cuanto a los que el legislador dispensa una menor protección— y no respecto de los segundos amparados por un derecho de prórroga indefinido, en los que la máxima protección concedida al arrendatario ha de verse correspondida por un escrupuloso cumplimiento de sus obligaciones» (STS de 12 de enero de 2007). (STS de 15 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El arrendador presentó demanda de juicio verbal de desahucio por falta de pago de las rentas y cantidades asimiladas a éstas y de reclamación de su importe contra la arrendataria con quien, por subrogación tras el fallecimiento de su padre, inicial arrendatario, tenía suscrito un contrato de arrendamiento de vivienda sobre un inmueble de su propiedad desde agosto de 1975. Alegaba que, pese a haber requerido a la arrendataria en fecha 28 de octubre de 2005 el abono de las rentas actualizadas así como el pago del impuesto de bienes inmuebles desde 1997, la arrendataria continuaba abonando únicamente la renta pactada en contrato, por lo que solicitaba de forma conjunta la declaración de resolución del contrato de arrendamiento y la condena al pago de 2.089,93 euros en concepto de rentas vencidas y cantidades análogas vencidas, así como los vencimientos sucesivos que se fuesen produciendo, con condena en costas para la arrendataria. La demandada adujo que no le había sido nunca notificada expresamente de las actualizaciones de I.P.C. ni de la reclamación del impuesto de bienes inmuebles que se le exigía, reconociendo adeudar únicamente los 1.197,85 euros consignados. Subsidiariamente solicitaba la prescripción de la reclamación de impuesto de bienes inmuebles correspondiente a los años 1997 a 2000, ambos inclusive, por haber transcurrido más de cinco años desde su devengo, pidiendo que se considerara enervada la acción en cuanto a la cantidad consignada.

El Juzgado de Primera Instancia reconoció el derecho de la demandada a enervar la acción de desahucio, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.4.º de la LEC, al considerar que no había existido un requerimiento de pago. En relación a las cantidades de impuesto de bienes inmuebles reclamadas, se condenaba al pago de los importes abonados por concepto de impuesto de bienes inmuebles desde 1997 hasta 2005, con exclusión de los recargos de apremio e intereses, que debían ser asumidos por la actora. No consideraba prescrita la acción de reclamación de cantidad correspondiente a los impuestos de bienes inmuebles de 1997 a 2000, por considerarse de aplicación el plazo contenido en el artículo 1964 del CC, no el del 1966 Código Civil, porque no consideraba que el impuesto de bienes inmuebles tuviera que ser considerado como cantidad asimilable a la renta y, por tanto, procedía la aplicación del plazo general de prescripción previsto para cualquier obligación contractual. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial ratificó el criterio de la sentencia de primera instancia, entendiendo que, si bien correspondía a la arrendataria el pago del impuesto de bienes inmuebles, el incumplimiento de esa obligación no podía fundamentar la pretensión resolutoria porque no se podía calificar el impuesto como renta ni como cantidad asimilable a esta. No estimaba la acción de resolución del contrato de arrendamiento por el hecho de que las cantidades consignadas no fueran suficientes para cubrir el importe de las actualizaciones pues la pequeña diferencia de 2,80 euros suponía un error contable mínimo que no debía llevar aparejada una consecuencia tan grave. En cuanto a la prescripción de la reclamación del pago del impuesto de bienes inmuebles de 1997 a 2000, entiende de aplicación lo dispuesto en el artículo 1966 del Código Civil y, por tanto, estimó la excepción de prescripción de la reclamación de los importes de impuesto de bienes inmuebles correspondientes a dichos años, al haber transcurrido más de cinco años. Por ello, reducía el importe de la condena a 1.200,65 euros. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada, ya que consideró que no constando requerimiento fehaciente de pago anterior a la interposición de la demanda, debe entenderse enervada la acción de desahucio por consignación de las cantidades asimilables a la renta que la parte arrendataria debía a la arrendadora, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (*M. C. L. J.*)

37. Arrendamiento de vivienda. Resolución a instancia del arrendador. Cesión del contrato inconsentida.—La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 no prevé como necesario que el inicial arrendatario desaloje la vivienda arrendada en beneficio del cesionario para que la subrogación por negocio *inter vivos* tenga eficacia y la convivencia de cedente y cesionario en la vivienda objeto del contrato no desvirtúa la subrogación efectuada, puesto que el cesionario pasa a ocupar el lugar del cedente en su relación arrendaticia con el arrendador, debiendo asumir tanto el pago de la renta como el resto de obligaciones y derechos. La relación arrendaticia no sufre modificación objetiva, sólo subjetiva, debiendo entenderse que el conjunto de derechos y

obligaciones del arrendatario se transfiere al cesionario. (STS de 15 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El arrendador de una vivienda presentó demanda de resolución de contrato de arrendamiento de vivienda por falta de notificación al arrendador de la subrogación *mortis causa*, contra la hija del arrendatario de la vivienda anterior y fallecido el 28 de noviembre de 2003— la cual continuaba en el uso y disfrute de la misma sin haber comunicado al arrendador el fallecimiento de su padre. En la demanda negaba que se hubiera producido una subrogación en la posición del arrendatario por parte de su hija, pese a constarle la existencia de un acta de subrogación de arrendamiento de fecha 8 de septiembre de 1993, por no cumplir tal negocio jurídico los requisitos necesarios a los efectos del artículo 24 de la LAU de 1964, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Terminaba, por tanto, solicitando que se declarase resuelto del contrato de arrendamiento por falta de notificación al arrendador de la subrogación *mortis causa*.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda al no constar la notificación al arrendador por la hija del arrendatario del fallecimiento de éste. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo estimó al entender que no le era exigible a la arrendataria la obligación de comunicar el fallecimiento del cedente y concluye que el arrendador consintió la cesión del contrato a la hija del primitivo arrendatario. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (M. C. L. J.)

38. Arrendamiento de local de negocio. Prórroga.—Bajo el régimen de la LAU de 1964 la duración del arrendamiento de los locales de negocio estaba sujeto a la prórroga forzosa por decisión unilateral del arrendatario a tenor del artículo 57. Entre las tasadas causas de resolución del contrato a instancia del arrendador previstas en el artículo 114 del Texto Refundido de 1964, no se hallaba la jubilación del arrendatario. Por el contrario, la duración de los contratos celebrados a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril (lo que tuvo lugar el día 9 de mayo de 1994), no estaba sujeto imperativamente al régimen de prórroga forzosa, según el artículo 9.1 del referido Real Decreto-ley.

Arrendamientos de local de negocio. Causas de resolución.—Las causas de resolución de los contratos anteriores al 9 de mayo de 1985 y sujetos imperativamente a la prórroga forzosa, fue modificado por la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 29/1994, que, tras proclamar en el número 1 la continuación del régimen de 1964, introdujo en el número 3 como causa de resolución de los contratos de arrendamiento de local de negocio la jubilación del arrendatario. (STS de 9 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—El 12 de diciembre de 1984 la mercantil I, S.L. arrendó a B un local comercial. El 17 de julio de 1985 la misma compañía I, S.L. arrendó al mismo arrendatario, el local contiguo que constituye la tienda segunda. Ejecutadas en ambos locales

obras debidamente autorizadas, en los mismos se desarrollaba un único negocio de restauración. Por burofax de fecha 19 de febrero de 2.004 la arrendadora notificó al arrendatario su voluntad de no renovar el contrato de arrendamiento de la tienda segunda. El 15 de marzo de 2004 la arrendadora interpuso demanda interesando la resolución del contrato de arrendamiento de 12 de diciembre de 1984 sobre el local comercial tienda primera, con fundamento en la jubilación del arrendatario el 1 de junio de 1998, al amparo de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de LAU de 1994. El demandado se opuso a la demanda y, además, reconvinó interesando que se declarase que el contrato suscrito el 17 de julio de 1985 sobre la tienda segunda se hallaba sujeto al régimen de prórroga forzosa del artículo 57 de la LAU de 1964. La arrendadora se opuso a la reconvencción interesando que se dictase sentencia declarando que el contrato de arrendamiento de la tienda segunda estaba en régimen de tácita reconducción.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta por la arrendadora y desestimó la reconvencción formulada por el arrendatario. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó el pronunciamiento que declaraba extinguido por jubilación el contrato de arrendamiento de la tienda primera. Declaró que el contrato de arrendamiento de la tienda segunda estaba sujeto al régimen de prórroga forzosa y afectado por las causas de resolución del contrato de arrendamiento de la tienda primera. En el auto de aclaración declaró la existencia de dos contratos de arrendamiento, uno por cada local. Asimismo mantuvo que los dos contratos de arrendamiento estaban sometidos al mismo régimen y que ambos estaban sujetos a las mismas causas de resolución y, en concreto, a las de resolución del contrato de arrendamiento de la tienda primera. El Tribunal Supremo desestimó el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por el arrendatario.

NOTA.—En este caso ante las discrepancias de las partes sobre lo realmente querido por ambas, tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo estiman, haciéndose eco de la tesis de recurrente sobre la recíproca incidencia de los contratos de 12 de diciembre de 1984 y 17 de julio de 1985, y valiéndose de elementos externos al contrato, singularmente del permiso para la unión de los locales, llegó a la conclusión de que los contratantes quisieron vincular la duración del segundo contrato a la duración del primero. (M. C. L. J.)

39. Subrogación en arrendamiento de local de negocio por parte de descendiente que continúa la actividad en la que cesa el arrendatario por jubilación: la falta de notificación de la subrogación no comporta la resolución del contrato.—La DT Tercera, A), apartado 1, LAU dispone, en relación con los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistan en la fecha de su entrada en vigor, que continuarán rigiéndose por las normas de la LAU 1964 relativas al contrato de arrendamiento de local de negocio, salvo las modificaciones contenidas en los apartados siguientes de la misma DT. Entre estas modificaciones

figura, en los contratos en situación de prórroga legal, como excepción a la extinción por jubilación o fallecimiento del arrendatario cuando fuera una persona física (DT Tercera, B), apartado 2, LAU), la consistente en que «[e]n defecto de cónyuge superviviente que continúe la actividad o en caso de haberse subrogado éste, a su jubilación o fallecimiento, si en ese momento no hubieran transcurrido veinte años a contar desde la aprobación de la ley, podrá subrogarse en el contrato un descendiente del arrendatario que continúe la actividad desarrollada en el local. En este caso, el contrato durará por el número de años suficiente hasta completar veinte años a contar desde la entrada en vigor de la ley» (DT Tercera, B), apartado 3, LAU).

La aplicación de este precepto ha suscitado la cuestión relativa a si constituye un requisito para la eficacia de la subrogación la notificación de ésta al arrendador en un determinado plazo. Sobre esta cuestión existen criterios contradictorios entre distintas AAPP.

Algunas AAPP han aplicado el criterio consistente en que la falta de notificación de la subrogación en favor del cónyuge o descendiente del arrendatario de local de negocio previsto en la DT Tercera LAU determina la extinción del contrato por falta de eficacia de la subrogación o la facultad de resolución por parte del arrendador por traspaso no consentido. Se ha entendido que el plazo aplicable por analogía es el previsto para la notificación de la subrogación por fallecimiento del arrendatario de local de negocio, de tres meses según el artículo 16.3 LAU o de 90 días según el artículo 58.4 LAU 1964 (SSAP Alicante, Sección 5.ª, 17 de enero de 200, RA 752/00; Alicante, Sección 5.ª, 17 de enero de 2002, RA 332/01; Pontevedra, Sección 5.ª, 20 de noviembre de 2000).

Este criterio se ha fundado, en síntesis, en que la introducción de una nueva causa de extinción del contrato de arrendamiento por jubilación determinaría que, en caso de ausencia de notificación de la subrogación, el mandato del legislador no se cumpliera. Se estima aplicable para exigir la notificación, en virtud del artículo 8 LAU 1964, la analogía con los supuestos de extinción del arrendamiento de local de negocio por fallecimiento. Se considera, asimismo, que el principio de buena fe (art. 6 CC) y de lealtad y confianza contractual (art. 1258 CC), exigen que se notifique el cambio de arrendatario, a fin de que sepa el arrendador en cada momento quién es la otra parte del contrato.

En otras resoluciones de AAPP, por el contrario, se ha entendido que la falta de notificación de la subrogación no constituye causa de resolución ni de extinción del contrato de arrendamiento y solo es aplicable para el ejercicio de la subrogación el plazo de quince años de prescripción que establece el artículo 1964 CC en relación con la DA Décima LAU (SSAP Tarragona, 7 de octubre de 1997; Pontevedra, Sección 1.ª, 29 de julio de 1999; Segovia, 5 de noviembre de 1999, RA núm. 249/1999, Segovia, 12 de junio de 2001, RA 91/01, Asturias, Sección 1.ª, 8 de enero de 1999, 13 de septiembre de 2000, 22 de septiembre de 2001, RA 392/98, Málaga, Sección 6.ª, 11 de febrero de 1999, RA 144/99, Madrid, Sección 21.ª de 14 de mayo de 2002; Castellón, 24 de abril de 2002).

La jurisprudencia de esta Sala ha experimentado también una evolución en la materia. Inicialmente, la STS 19 de diciembre de 2008 RC núm. 2519/2002, en interpretación de la DT Tercera LAU, declaró, ante la existencia de doctrina discrepante en las Audiencias Provinciales, que «[e]sta Sala acepta la aplicación del artículo 58.4.º, párrafo primero, del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, el cual establece

que “La subrogación deberá notificarse fehacientemente al arrendador dentro de los noventa días siguientes a la fecha del fallecimiento del inquilino”, en relación con los artículos 56 y 57 de esta Ley, pues dichos preceptos incorporados en el Capítulo VII, donde se encuentra también el artículo 58, hacen referencia a los arrendatarios o subarrendatarios, lo sean de vivienda o de local de negocio.»

La doctrina sentada en esta sentencia partía del presupuesto de que la exigencia de notificación prevista en el artículo 58.4.º, I, LAU 1964 era aplicable a los locales de negocio. Sin embargo, posteriormente la STS 29 de enero de 2009 RC núm. 4132/2001, sentó como doctrina jurisprudencial «que el artículo 60 de la Ley de 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 de la Ley.»

En esta última sentencia esta interpretación de la doctrina jurisprudencial se aplicó a la delimitación del alcance de la DT Tercera LAU 1994, pero la doctrina jurisprudencial sentada en interés de la ley no se refirió expresamente a ésta. Se razonaba, en efecto, que el conjunto de sentencias dictadas por esta Sala en el sentido de que el artículo 60 LAU 1964 no hace depender la facultad subrogatoria de haber llevado a efecto la notificación prevista para otros casos en el artículo 58 LAU 1964 «está dictado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, pero el principio de continuidad de las normas de la Ley de 1964, que no hayan sido modificadas en la de 1994, determina que aquello que no estaba, siga sin estarlo ahora en esta suerte de contratos, al no haber quedado afectados por la Disposición Derogatoria Única, y que 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 frente a quienes lo ocultan y le impiden la recuperación del local, nunca serán estas las resolutorias de la relación arrendaticia si el cambio de titularidad del antiguo por el nuevo arrendatario se produce en la forma que la ley permite puesto que ni la Transitoria [DT Tercera LAU] la impone, ni lo hace la de 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, incluido el efecto resolutorio, convirtiendo en ilegal lo que no lo era para el mismo hecho y los mismos contratos, puesto que no implica incumplimiento de ninguna de las obligaciones propias del arrendatario, y como tal no tiene encaje en el artículo 114 de la LAU de 1964 [...]»

Se hace necesario, por ello, que el Pleno de la Sala, resolviendo las discrepancias existentes entre las AAPP y cerrando la evolución jurisprudencial de acuerdo con la posición últimamente mantenida, sienta definitivamente doctrina en la materia, limitada al ámbito temporal en el que resulta aplicable la DT Tercera LAU, en el sentido de que la falta de notificación de la subrogación arrendaticia producida a raíz de la jubilación del arrendatario conforme a la DT Tercera, B), apartado 2, LAU no determina la extinción del contrato ni faculta al arrendador para el ejercicio de la acción de resolución.

Además de en los argumentos contenidos en la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2009, RC núm. 4132/2001, esta conclusión se funda en que: (a) no se aprecia la existencia de una laguna legal que justifique la aplicación de la analogía, pues bajo la regulación de la LAU 1964, que es la aplicable según la DT Tercera LAU, la jurisprudencia no consideraba necesaria la notificación de la subrogación producida a raíz de fallecimiento del

arrendatario de local de negocio; (b) aunque no fuera así, cuando la LAU no establece con precisión que la sanción a la falta de notificación es la resolución del contrato, no puede aplicarse la analogía para anudar a la omisión una consecuencia tan grave, la cual implica la pérdida de derechos del arrendatario; (c) en todo caso, la aplicación analógica del artículo 58 LAU 1964, tomado en su integridad, conduciría a la conclusión de que la falta de notificación no podría ser directamente causa de resolución del contrato, sino, a lo sumo, de que, de no tener lugar la notificación en el plazo de 90 días allí fijado, el arrendador estuviese facultado para requerir al nuevo ocupante a fin de que le notificara la subrogación en otros 30 días, con la advertencia de que su falta en dicho plazo sí podría ser motivo de resolución; (d) el principio de buena fe exige que el arrendatario comunique la subrogación producida al arrendador para que tenga conocimiento del cambio subjetivo producido en la relación arrendaticia; pero no comporta que la falta de esta notificación legitime para el ejercicio de la acción resolutoria. Basta con considerar que el arrendador estará legitimado para el ejercicio de cualesquiera actos ejecutados sobre la base de la inexistencia de la subrogación si no se prueba que tenía conocimiento de ella y para el ejercicio de las acciones de resarcimiento de los perjuicios que pueda haber sufrido por esta circunstancia. **(STS de 13 de enero de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Jubilada la arrendataria de un local de negocio, continuó su hija desempeñando idéntica actividad en el mismo local como titular del arrendamiento. Transcurridos dos años de la jubilación, los propietarios del local instaron una acción de resolución de contrato por subrogación no consentida. El Juzgado estimó la demanda por considerar aplicable la LAU 1964 en función de lo dispuesto por la Disposición Transitoria Tercera de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos. Ello condujo a la aplicación del artículo 58.4 (LAU 1964) en cuya virtud la falta de notificación de la subrogación al arrendador en los 90 días siguientes a la subrogación comportaba la extinción del contrato. Idéntico criterio mantuvo la Audiencia Provincial al conocer de la apelación de la demandada. El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación que ésta interpone y fija como doctrina jurisprudencial que *«la falta de notificación de la subrogación arrendaticia producida a raíz de la jubilación del arrendatario conforme a la Disposición Transitoria Tercera B), apartado 3, LAU no determina la extinción del contrato ni faculta al arrendador para el ejercicio de la acción de resolución»*. (R. G. S.)

40. Resolución de arrendamiento de local de negocio por no proceder la subrogación de arrendatario. Interpretación de la DT Tercera, 3 LAU en relación con la sucesión en el arrendamiento de local de negocio: la subrogación se limita a un único descendiente.—La DT Tercera LAU dispone, como una de las modificaciones aplicables a los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistan a la fecha de su entrada en vigor la consistente en que «[l]os arrendamientos cuyo arrendatario fuera una persona física se extinguirán por su jubilación o fallecimiento, salvo que se subrogue su cónyuge y continúe la misma actividad desarrollada en el local. En defecto de cónyuge supérstite

que continúe la actividad o en caso de haberse subrogado éste, a su jubilación o fallecimiento, si en ese momento no hubieran transcurrido veinte años a contar desde la aprobación de la ley, podrá subrogarse en el contrato un descendiente del arrendatario que continúe la actividad desarrollada en el local. En este caso, el contrato durará por el número de años suficiente hasta completar veinte años a contar desde la entrada en vigor de la ley».

[...] las Audiencias Provinciales se han mostrado en desacuerdo al interpretar la citada DT Tercera, 3 LAU 1994, pues, mientras algunas sentencias mantienen que aunque la citada disposición hable de un sólo descendiente del arrendatario fallecido, en singular, podrán subrogarse en los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 (como el que nos ocupa) varios descendientes si no se ponen de acuerdo (SSAP Barcelona, Sección 13.^a, 28 de abril de 2000, RA núm. 960/98, Navarra, Sección 2.^a, 3 de mayo de 2000, RA núm. 244/99, Navarra, Sección 1.^a, 18 de marzo de 2003, RA núm. 44/03, Bizkaia, Sección 5.^a, 24 de marzo de 1998, RA 581/98), otras Audiencias Provinciales interpretan literalmente la citada disposición y señalan que solo podrá subrogarse un único descendiente del arrendatario fallecido y no varios (SSAP Barcelona, Sección 4.^a 21 de julio de 1999, RA 441/98, Barcelona, Sección 13.^a, 3 de mayo de 2000, RA núm. 320/98, Asturias, Sección 1.^a, 20 de enero de 2005, RA 450/04). Concorre, en consecuencia, el interés casacional cifrado en la existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en la interpretación del expresado precepto.

Esta Sala considera que debe fijarse doctrina que la DT Tercera, 3 LAU debe interpretarse en el sentido de que, cuando concurren los requisitos establecidos en ella, sólo podrá subrogarse en el arrendamiento de local de negocio un único descendiente del arrendatario fallecido, siempre que éste continúe la actividad desarrollada en el local, y no cabe que la subrogación se opere en favor de varios descendientes conjuntamente aunque todos ellos participen en la actividad desarrollada por el causante como arrendatario de local de negocio.

En efecto, la norma menciona literalmente al «descendiente» en singular, de donde se sigue que impone la concurrencia de uno de los descendientes sobre los demás con la consiguiente carga, cuyo cumplimiento es necesario para el ejercicio de la subrogación, de ponerse de acuerdo entre ellos cuando varios o todos ellos participen en la actividad desarrollada en el local de negocio arrendado. La LAU considera el caso en que el titular del negocio desarrollado en el local es una persona física y no prevé la existencia de una pluralidad de partícipes en la actividad desarrollada. La LAU, de este modo, introduce limitaciones a la subrogación frente al régimen de la LAU 1964. Estas limitaciones, consistentes en que solamente se admite la subrogación en favor del cónyuge o, en su defecto, de «un descendiente» del arrendatario que continúe la actividad desarrollada en el local, obedecen a un propósito restrictivo (puesto de manifiesto en la exposición de motivos de la LAU). Este propósito se concreta no sólo en excluir de la subrogación al círculo más amplio de personas que se hallaban comprendidas en el artículo 60 LAU 1964 (se contemplaba al heredero, aun cuando no fuera descendiente, y también al socio), sino también en impedir que varios herederos puedan continuar la actividad mediante su participación en comunidad o sociedad. En el artículo 60 LAU 1964 se utilizaba la expresión «el heredero» y la jurisprudencia había admitido bajo su vigencia que la subrogación podía producirse en favor de varios herederos, pues entendía que impedir la participación de varios

herederos podría comportar un obstáculo injustificado a la continuación del negocio por los inmediatos sucesores del primitivo titular por una razón ajena a la órbita del contrato arrendaticio cuando la división del caudal hereditario, dada su composición y características, hiciera imposible la continuación de la actividad por uno solo de los herederos. Estos razonamientos, sin embargo, no son aplicables a la regulación de la LAU, toda vez que ya no se llama a quienes resultan ser titulares del derecho hereditario, sino, de manera expresamente limitada, a uno de los descendientes del arrendador: **(STS de 13 de enero de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Juzgado estimó la demanda de los propietarios de un local de negocio contra los integrantes de la comunidad hereditaria del arrendatario. Consideró que fallecido éste, titular inicial del arrendamiento, le sucedió su esposa y que, fallecida ésta, no concurrían los requisitos para la subrogación de «un descendiente del arrendatario que continúe la actividad del local», en el caso una óptica, contemplada por la Disposición Transitoria Tercera 3 LAU 1994 dado que estas condiciones sólo concurrían respecto de una de las hijas que no hizo valer la subrogación. La Audiencia confirmó la resolución considerando, fundamentalmente, que, a tenor de la prueba practicada, se había concertado un nuevo contrato con la comunidad de bienes con carácter mensual que se prolongó por tácita reconducción y se extinguió por el requerimiento del propietario. El Tribunal Supremo, que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada, fija como doctrina jurisprudencial la que queda atrás reseñada. (*R. G. S.*)

41. Doctrina del *aliud pro alio*: no se vulnera cuando se utiliza para la construcción un hormigón de marca distinta a la pactada pero de calidad idéntica a la que se acordó en el contrato.—La pretensión resulta contraria a la jurisprudencia de esta Sala en la aplicación de la doctrina del incumplimiento del contrato por entrega de cosa distinta a la pactada. La sentencia de 22 de octubre de 2007 resume esta doctrina partiendo de la base que «la jurisprudencia ha residenciado estos casos de falta de correspondencia objetiva entre lo pactado y lo entregado en el régimen general de la responsabilidad por incumplimiento de contrato. Así lo hacen, con las salvedades pertinentes, en algún caso *a sensu contrario*, las sentencias de 12 de marzo de 1982 [...], 7 de enero de 1988... “nos encontramos ante prestación de objeto distinto y no ante simples vicios de la cosa..., lo que le permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil..., pues... la ineptitud del objeto para el uso a que debía ser destinado significa incumplimiento del contrato y no vicio redhibitorio, lo que origina sometimiento a diferentes plazos de prescripción...”, 1 de marzo de 1991 “la circunstancia fáctica del empleo inmediato del cemento servido o suministrado impide la aplicación del artículo 327 del Código de Comercio, y su inadecuación, inidoneidad o inhabilidad para la construcción el que pueda calificarse como simple vicio o defecto de calidad o cantidad, que es lo contemplado por los artículos 336 y 342 del propio texto legal, excluyentes, normalmente, de la aplicación de los artículos. 1.101 y 1.124 del Código Civil, pero no en los supuestos de inutilidad del objeto a los fines contrata-

dos... concordándose así esta jurisprudencia con la recaída respecto a la compraventa civil que entiende se está en presencia de entrega de cosa diversa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, que le permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1.101 y 1.124 y, por consiguiente, sin que sea aplicable el plazo semestral que señala el artículo 1.490 para el ejercicio de las acciones edilicias”–, 5 de noviembre de 1993 “... el motivo plantea el tema, muy discutido por la jurisprudencia, concerniente a la distinción entre vicios ocultos y prestación distinta, y que cabe entender resuelta a la vista de la doctrina establecida en las sentencias de 7 de enero de 1988, que recoge las directrices señaladas en las precedentes... por las que se entiende que se está en presencia de entrega de cosa diversa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, al ser el objeto impropio para el fin a que se destina, lo que permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil, puntualizándose... que la ineptitud del objeto para el uso a que debía ser destinado significa incumplimiento del contrato y no vicio redhibitorio, originándose el sometimiento a diferentes plazos prescriptivos...” –y 10 de marzo de 1994– que identificó la cuestión planteada en el recurso como de “viabilidad o no de la acción ejercitada en punto al resarcimiento de los daños y perjuicios de referencia” y declaró que la misma “habrá de depender de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 342 del Código de Comercio y 1.490 del Código Civil”».

A su vez, la sentencia de 20 de noviembre de 2008 dice que «La doctrina del *aliud pro alio* se desarrolla a partir del artículo 1166 CC, que establece que “el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida”; por tanto, identificada la cosa debida, no es posible, sin un acuerdo entre las partes, cambiarla, porque el cambio unilateral por parte del deudor determina el incumplimiento de la obligación; en definitiva el *aliud pro alio* se aplica cuando en el contrato de compraventa se da una cosa diversa a la convenida, lo que se pone de manifiesto cuando hay una falta tan grave en las cualidades del bien entregado, sea ontológica o funcionalmente, que permite considerar que se está ante un incumplimiento contractual”. Es cierto que la doctrina de esta Sala ha incluido en los casos de falta de adecuación de las prestaciones de acuerdo con lo estrictamente pactado, aquellos otros en que “produciéndose una objetiva y natural identidad, la prestación ofrecida es inhábil en relación con el objeto o inidónea para cumplir las finalidades o intereses del acreedor cuando éstos han sido conocidos por el deudor” (SSTS 29 octubre de 1990, 1 de marzo de 1991, 28 de enero de 1992, 23 de enero de 1998)[...]. Y en el mismo sentido se pueden aportar las sentencias de 6 de octubre de 2006, en que se consideró que debía aplicarse esta doctrina en la pavimentación con un gres no idóneo y la de 9 de octubre de 2008, donde se considera que la existencia de aluminosis no ha frustrado el fin del contrato, entre otras.

De lo anterior se deduce que las notas que deben concurrir para que se considere que se ha entregado cosa distinta de la pactada para que ello comporte el incumplimiento del contrato son dos: a) inhabilidad del objeto para el que se ha destinado, y b) insatisfacción del comprador, puesto que cuando se acepta el objeto distinto no puede después alegarse la citada doctrina (STS 10 de febrero de 2009).

Estos requisitos no concurren en el presente litigio: 1.º) El material con el que se realizó la solera discutida fue de la misma calidad que el pactado,

aunque de distinta marca. Por tanto, si el primero, el acordado, era idóneo para el fin previsto, también lo era el que le sustituyó. 2.º) Esta identidad en la calidad no produjo la insatisfacción, medida en términos objetivos, del dueño de la obra, que no puede, por tanto, reclamar cuando lo ejecutado coincide con lo pactado, puesto que no se trata de cuestiones de marca, sino de calidades de los materiales que permitan que no se frustre el fin del contrato. (STS de 14 de enero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Las empresas A y B firmaron un contrato de ejecución de una nave industrial con suministro de los materiales. Las obras se terminaron con retraso debido, entre otros motivos, a la realización de la solera —subcontratada a la empresa C— que tuvo que ser rehecha. Al tiempo de la recepción provisional de la obra, la empresa B se negó a suscribir el acta en la que se hizo constar la existencia de defectos que debían subsanarse antes de la recepción definitiva. Reparados los defectos y convocados para la recepción provisional en firme la dueña de la obra —la empresa B— y la dirección facultativa, la primera no compareció. Constaba, por otra parte, que desde un mes antes de la fecha fijada para la recepción, la nave había sido ocupada por un arrendatario de la empresa B. La empresa A demandó a la empresa B reclamando la cantidad correspondiente a los certificados de obra pendientes de pago. La demandada alegó que las cantidades debidas por los retrasos eran superiores a lo reclamado y reconvino aduciendo que la demandante había incumplido lo pactado por no haber respetado el plazo, ni la calidad acordada en la obra (se aludía a la calidad de la solera), por lo que solicitaba su condena al pago de la penalización por el retraso y el de la refacción de la solera. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y desestimó la reconvenición. Las litigantes apelaron y la Audiencia estimó el recurso de la empresa A y, con ello, su demanda. La empresa B presentó recurso de casación basado en la infracción de la doctrina del *aliud pro alio* vulnerada, a su entender, por haberse utilizado una marca de hormigón distinta a la pactada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (R. G. S.)

42. Vicios de la construcción. El deudor solidario que paga íntegramente la indemnización no se subroga en el crédito del perjudicado.—El deudor solidario que paga o cumple en su totalidad con el acreedor extingue el vínculo obligatorio, adquiriendo por ministerio de la Ley un derecho a repetir en la esfera interna, exclusivamente contra el conjunto de obligados unidos por vínculos de solidaridad, y tan solo lo que pagó más los intereses del anticipo. Es este un crédito ajeno por completo al que ostentaba el acreedor primigenio y desprovisto además de las garantías que tenía el crédito extinguido.

La acción directa del artículo 76 LCS sólo corresponde al perjudicado.—La acción directa del artículo 76 LCS encuentra su razón de ser en la producción de un daño y en el interés del perjudicado en obtener su rápida reparación, lo que implica que solo a él le incumbe ejercitarla. La no-equiparación entre acción de reembolso del artículo 1145 CC y acción de subrogación por pago descarta que quien no ostenta la condición de perjudicado

pueda, al socaire de repetir contra los demás deudores solidarios, extender la reclamación a terceros a quienes aquel no reclamó.

Devengo de los intereses legales desde la fecha de la sentencia de segunda instancia debida al carácter razonable de la oposición.—La aplicación de esta doctrina lleva a confirmar la decisión recurrida de fijar el devengo de intereses legales en la fecha de la resolución de segunda instancia, pues de la sentencia recurrida se colige que la decisión adoptada por la Audiencia Provincial se compadece con el canon del carácter razonable de la oposición, cuya valoración ha requerido agotar la segunda instancia, pues ha sido en esta fase procesal cuando se han descartado gran parte de los criterios utilizados por la entidad actora en su demanda para cuantificar la deuda. (STS de 5 de mayo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La constructora que satisfizo íntegramente la condena impuesta con carácter solidario en un pleito anterior por vicios de la construcción, formuló la acción de regreso que prevé el artículo 1145 CC contra los arquitectos superiores y técnicos, el estudio que intervino como proyectista y sus respectivas aseguradoras, precisando que la reclamación contra las aseguradoras se sustentaba en la acción directa del artículo 76 LCS por la subrogación que había operado a favor de la constructora a consecuencia del pago. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda condenando a todos los demandados a excepción de uno de ellos, aunque reduciendo la cuantía reclamada por entender que no todas las cantidades solicitadas se correspondían con la cuota de responsabilidad de los condenados intervinientes en el proceso constructivo. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de la actora y rechazó el recurso de la proyectista así como la impugnación de una de las aseguradoras, confirmando que la demandada absuelta en la instancia carecía de legitimación pasiva al no haber sido demandada y condenada en el pleito anterior. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso presentado. (L. F. R. S.)

43. Rendición de cuentas del contrato de mandato realizada por los árbitros.—Ha habido una intervención de terceros —los árbitros— que, aun cuando no haya tenido la eficacia propia del laudo arbitral, ha alcanzado para las partes la de un convenio vinculante en los términos previstos por el artículo 3.º de la Ley de Arbitraje de 1988, zanjando así la cuestión sobre la rendición de cuentas solicitada en la demanda. (STS de 4 de mayo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—A interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía solicitando que se condenara a las demandadas a rendir cuentas de la venta de un edificio y una urbanización, reclamando el saldo económico resultante a favor del demandante, más los intereses y costas. Las demandadas formularon reconvencción interesando que se condenara al actor a entregarles, por ser de su propiedad, un determinado piso más una participación indivisa del diez por ciento del resto del inmueble, con imposición de costas. El juez de primera Instancia estimó parcialmente la demanda y conde-

nó a las demandadas a satisfacer al actor la cantidad de dieciséis mil setecientos cuarenta y cinco euros con diecinueve céntimos, más el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda, con desestimación de la reconvencción opuesta por las demandadas. La Audiencia Provincial estimó parcialmente ambos recursos, condenando a las demandadas a entregar 32.752 marcos alemanes con sus intereses legales desde la fecha de la demanda que encabeza estas actuaciones hasta su completo pago. Y poniendo a disposición de éstas el demandante el diez por ciento del edificio con valor a fecha del laudo arbitral dictado y la casa que ocupó el Sr. X en el ático del mismo; la deuda produciría también intereses legales hasta la entrega y desde la fecha de la reconvencción capitalizándose para ello con valoración de la participación y de la vivienda a fecha del laudo. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

44. Juego y apuesta. Irrepetibilidad de lo pagado voluntariamente.—El fundamento del artículo 1798 CC en la idea de la obligación natural resulta más que dudoso, y es más razonable hallarlo en el régimen de las obligaciones nacidas de un contrato con causa ilícita o con causa torpe de los artículos 1305 y 1306 CC, siempre sin olvidar que para el Código el juego y la apuesta son contratos. Sin embargo de ello no se deriva que sólo sea irrepetible lo pagado durante la partida de cartas, pues el artículo 1798 CC extiende la irrepetibilidad a lo pagado «voluntariamente», y por tanto no hay razón alguna para excluir de la irrepetibilidad los pagos voluntarios aunque sean posteriores a la partida. En definitiva, despenalizados hoy el juego y la apuesta, aunque no legalizados sino bajo determinadas condiciones, el origen de la deuda en una partida de cartas no incluye entre los juegos no prohibidos del artículo 1800 CC permite poner su artículo 1798 en relación con su artículo 1306.1.^a y, en consecuencia, negar al perdedor de la partida la repetición de lo «dado en virtud del contrato», pues participó en el hecho de igual modo que el ganador de la partida. (STS de 10 de abril de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Don Gabino participó en una partida de bacarrá en la que también participaron don Rubén, don Santiago, don Sergio y don Higinio, en el transcurso de la cual don Higinio se ofreció a garantizar la devolución del valor de las fichas que se le prestaron para jugar, llegando a perder don Gabino un total de 39 millones de pesetas. Al día siguiente, don Higinio acudió a la empresa donde don Gabino es directivo, para que le pagara la deuda, entregándole la suma de 9 millones de pesetas. Con posterioridad, don Gabino y don Higinio firmaron un documento en el que aquél reconocía adeudar a éste la suma de 39 millones, haciéndose constar expresamente que se había entregado con anterioridad la cantidad de 9 millones, y que el resto hasta el pago de la totalidad de la deuda lo haría don Gabino con la entrega de un piso, que valoraron en 9 millones, y de cuatro solares, que las partes valoraron en 13 millones de pesetas, así como comprometiéndose al pago de 8 millones de pesetas. Don Gabino escrituró a favor de don Higinio el piso,

que fue transmitido a terceros, inscribiéndose el nuevo titular en el Registro de la Propiedad.

Don Higinio interpuso demanda contra don Gabino ejercitando una acción de cumplimiento de contrato para que se le condenara a otorgar escritura pública de los solares y a la entrega de ocho millones de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, sobre la base de que la deuda tenía su origen en un juego no amparado por la ley, la inexistencia misma del contrato cuyo cumplimiento se pretendía al faltar un elemento esencial del mismo y la no repetibilidad de lo pagado voluntariamente. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial lo desestimó. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación, que fue igualmente desestimado por el Tribunal Supremo.

Don Gabino interpuso demanda contra don Higinio, por la que pretendía se le restituyan los nueve millones de pesetas y los cuatro solares que en su día entregó al demandado, así como que se le indemnice por el valor de la casa transmitida en aquella misma ocasión al demandado por la referida deuda pero que posteriormente se transmitió a terceros. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar que la pretensión de restitución del demandante debía examinarse desde la perspectiva de las obligaciones naturales, desde la que la atribución patrimonial del actor al demandado era irrepetible. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, por considerar que el documento de reconocimiento de deuda había sido declarado nulo en el anterior juicio y por tanto no podía desplegar los efectos restitutorios pretendidos en la demanda. Contra esa sentencia, el demandante recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia de la Audiencia. (*F. J. J. M.*)

45. Seguro de accidentes. Fallecimiento de ambos cónyuges en accidente de circulación. Indemnización en favor del hijo.—El fallecimiento en el accidente de ambos padres conlleva que, en aplicación del Anexo de la LRCSVM, es aplicable el factor de corrección de fallecimiento de ambos padres en el accidente contemplado en la Tabla II, aun cuando uno de ellos sea el causante del accidente. (**STS de 17 de mayo de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El vehículo conducido por la madre del niño demandante sufrió un accidente, sin intervención de ningún otro vehículo, falleciendo la conductora y su cónyuge. El tutor del hijo de los fallecidos reclamó una indemnización de daños y perjuicios a la aseguradora. En la aplicación del sistema de valoración contenido en el anexo de la LRCSVM se planteó la cuestión de si debía aplicarse el grupo II de la Tabla I, esto es, «Víctima sin cónyuge y con hijos menores», o si, como alegaba la demandada, esto supondría no tener en cuenta la condición de responsable de la conductora también fallecida, por lo que debía aplicarse el grupo I de la Tabla, esto es, «Víctima con cónyuge». El juez de primera instancia consideró que era aplicable el grupo II, por entender que el grupo I solo será aplicable cuando el cónyuge de la víctima también reciba

indemnización, so pena de penalizar a los restantes miembros del grupo familiar, con independencia de que la madre del niño pudiera ser la responsable del accidente. La Audiencia Provincial revocó esa sentencia y aplicó la indemnización correspondiente al grupo I de la Tabla I. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

46. Transacción judicial. Efecto de cosa juzgada e impugnabilidad.—Según la jurisprudencia, la transacción, sea judicial o extrajudicial, produce el efecto de sustituir una relación jurídica controvertida por otra cierta y no controvertida, extinguiendo los derechos y acciones en que trae causa y originando nuevos vínculos y obligaciones (SSTS de 8 y 17 de julio de 2008). Por eso se ha negado la posibilidad de plantear cuestiones que afecten a las situaciones preexistentes a la transacción, que han perdido la protección jurídica al ser transigidas (SSTS de 20 de octubre de 2004 y 7 de julio de 2006). La *exceptio pacti*, de significado semejante al de la cosa juzgada material, puede ser opuesta en cualquier proceso, aunque la LEC sólo se refiera a ella como excepción a la acción ejecutiva (art. 557.1.6.ª LEC). La transacción tiene para las partes efectos de cosa juzgada (art. 1816 CC) y vincula al órgano jurisdiccional en un proceso posterior cuando concurre identidad de elementos subjetivos y objetivos (STS de 30 de enero de 1999), pero no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes (SSTS de 28 de septiembre de 1984, 10 de abril de 1985 y 14 de diciembre de 1988), y la imposibilidad de replantear las cuestiones transigidas no implica que la transacción sea invulnerable, ya que puede impugnarse su validez y eficacia, dejándola sin efecto y reavivando la situación jurídica anterior: la interpretación del artículo 1816 CC ha de hacerse sin mengua de la naturaleza contractual propia de la transacción (STS de 8 de julio de 1999).

La transacción judicial tiene una naturaleza dual, ya que, manteniendo su carácter sustantivo, la aprobación judicial le confiere un carácter procesal como acto que pone fin al proceso, con el efecto de hacer posible su ejecución como si se tratara de una sentencia (arts. 1816 CC y 517 LEC). En esta circunstancia radica la diferencia entre la transacción judicial y la extrajudicial, ya que esta última no puede ser ejecutada forzosamente si no se obtiene, con carácter previo, un pronunciamiento judicial sobre su existencia y eficacia que sirva de título ejecutivo. La homologación judicial, sin embargo, no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por tanto, aunque las transacciones judiciales puedan hacerse efectivas por la vía de apremio, el artículo 1817 CC no las elimina de la impugnación por vicios del consentimiento (STS de 26 de enero de 1993). De modo semejante, cabe ejercitar contra el acto de conciliación con avenencia, que es susceptible de ejecución, la acción de nulidad mediante el juicio declarativo que corresponda (arts. 476 y 477 LEC 1881 y DD 2.ª LEC). (STS de 5 de abril de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Por don Marcos y doña Celsa se interpuso demanda contra don Alexis, doña Nicolasa y don José Luis, instando la nulidad del acuerdo transaccional, aprobado judicialmente, por el que se concluyó un juicio precedente entre las mismas partes sobre extinción de un condominio, sobre la base de la existencia de error

en las condiciones esenciales de las cosas objeto de la transacción, por desconocer que la misma era inviable por la situación urbanística de las fincas, que hacían imposibles las segregaciones pactadas, falta de equivalencia de la extensión de las fincas con la asignada, que hacía imposible la inscripción en el Registro de la Propiedad, inclusión de bienes de un tercero y falta de concurrencia a la transacción, que incluía bienes gananciales de uno de los cónyuges afectados; así como la disolución del condominio. Uno de los codemandados se allanó a la demanda y los otros dos se opusieron a ella.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar que no hay error en el consentimiento y ser irrelevante la falta de concurrencia a la transacción de la esposa de uno de los que transigieron, ya que habría consentido tácitamente, y declaró extinguido el condominio en la forma pactada en la transacción. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la desestimación de la demanda por razones diferentes, al apreciar de oficio la existencia de cosa juzgada, por considerar que ya que no es posible reabrir un proceso ya resuelto por una resolución equiparable a la sentencia definitiva y firme (auto de transacción judicial). Contra esa sentencia, los demandantes interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal, siendo estimado por el Tribunal Supremo, que anuló la sentencia de la Audiencia y, en su lugar, retrotrajo el procedimiento al momento anterior a dictar sentencia en apelación, con el fin de que la Audiencia Provincial dicte nueva sentencia pronunciándose en apelación sobre las acciones ejercitadas. (F. J. J. M.)

47. Efectos de cosa juzgada de laudo arbitral de equidad.—La actuación del árbitro posee un contenido similar al ejercicio de la función jurisdiccional y el laudo dictado produce idénticos efectos que una resolución judicial, entre ellos el efecto de cosa juzgada material que reconoce el artículo 37 de la Ley 36/1988 de 5 de diciembre de Arbitraje. De acuerdo con el artículo 1252 CC la apreciación de cosa juzgada, en su aspecto negativo o excluyente, exige que entre la controversia resuelta por el laudo arbitral firme y la controversia planteada en el proceso judicial haya identidad entre las cosas, las causas y las personas y calidad con que lo fueron, de modo que si falta alguna de estas tres identidades no sería posible extender el valor vinculante de la cosa juzgada.

Identidad de sujetos.—El arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados. Su efectividad exige la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas, o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de uno o más árbitros, pues implica una renuncia a la intervención de los tribunales. La cláusula de sumisión a arbitraje sólo puede producir efectos respecto a quienes formalizaron el compromiso o traen causa en ellos, en lógica correspondencia con la legitimación para su alegación en el proceso, que únicamente corresponde a quienes la han aceptado de modo expreso o traen causa en ellos. De ahí que los efectos del laudo no se extienden a quienes, por no haber suscrito el compromiso arbitral, no pueden alegarlo. No obstante, la doctrina admite la exis-

tencia de una identidad jurídica subjetiva para hacer posible que los efectos de la cosa juzgada puedan extenderse a personas que no fueron parte en la controversia inicial, cuando conste que están ligadas a quienes lo son en la controversia posterior por los vínculos de solidaridad a que se refiere el artículo 1252 III CC.

Identidad objetiva.—La comparación de lo que fue objeto de las controversias entre las que se pretenden los efectos de cosa juzgada, es decir, la controversia resuelta por el laudo arbitral firme y la controversia planteada en el proceso judicial, exige el examen de lo resuelto en el primer litigio y lo pretendido en el segundo, para lo que ha de tenerse en consideración que los hechos que sirvieron de base a la reclamación en cada caso fueran los mismos y no tanto la clase de acción ejercitada. Esta última puede ser distinta en uno y otro pleito, ya que la identidad de la acción no depende de la fundamentación jurídica de la pretensión, sino de la identidad de causa de pedir, es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora. (**STS de 23 de junio de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una entidad mercantil suscribe un contrato de obra con otra entidad con el objeto de que ésta última construya una villa en el terreno propiedad de la primera. En dicho contrato de obra se pacta una cláusula de compromiso arbitral para resolver las posibles divergencias de los contratantes sobre la interpretación y el cumplimiento del contrato. También se indica que la dirección facultativa de la obra corresponde a un determinado arquitecto y a un aparejador. Surgidas discrepancias entre el dueño de la obra y la constructora sobre la diferencia entre la obra pagada por la primera según las certificaciones que le son presentadas, y la obra realizada, ambas partes formalizan el arbitraje. Se dicta laudo arbitral. Tras su firmeza, las dos partes contratantes acuerdan en acto de conciliación dejar sin efecto la cláusula de sometimiento a arbitraje. La dueña de la obra interpone una demanda frente a la constructora, el arquitecto y el aparejador, pidiendo la condena solidaria de los demandados al pago de una cierta cantidad de dinero, en concepto de exceso de precio pagado por la diferencia entre la obra certificada y la obra ejecutada, los intereses legales de dicha cantidad y los daños y perjuicios a determinar en periodo de ejecución de sentencia. La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda y condena a pagar solidariamente a la constructora y al arquitecto, aunque una cantidad bastante menor que la solicitada. Declara de oficio los efectos positivos de cosa juzgada del laudo para decidir el importe de la cantidad pagada en exceso a la constructora, y además declara la responsabilidad contractual del arquitecto al certificar de modo erróneo la obra realizada dando lugar al exceso, absolviendo al aparejador en cuanto no firma las certificaciones inexactas. La sentencia de segunda instancia desestima el recurso de la demandante y estima el recurso interpuesto por el arquitecto. Declara que el laudo tiene efectos negativos de cosa juzgada que afectan a todos los litigantes, por considerar que el arquitecto y el aparejador se encuentran en una situación de solidaridad con la entidad constructora que firma la cláusula de arbitraje. La sociedad demandante interpone recurso de casación. El Tribunal

Supremo ha lugar al recurso de casación y confirma la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—Adviértase que la sentencia resuelve de acuerdo con el artículo 1252 CC, aplicable al litigio por razones temporales. En la actualidad los artículos 1249 a 1253 CC han sido derogados por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Las presunciones legales y judiciales se regulan en los artículos 385 y 386 de esta última ley. Lo mismo puede decirse de la mención que la sentencia hace del artículo 37 de la Ley 36/1988 de 5 de diciembre de Arbitraje, hoy derogada por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. (*Alma R. G.*)

48. Extensión del monopolio municipal en materia de pompas fúnebres. Traslado de cadáveres sin licencia: inexistencia de responsabilidad extracontractual y/o competencia desleal.—[...] lo debatido en el pleito es única y exclusivamente la licitud o ilicitud de los llamados «traslados fuera» por empresas de pompas fúnebres no autorizadas por el Ayuntamiento de Madrid pero sí por los de su sede a donde se trasladaban los cadáveres, el razonamiento de la recurrente ha de ser rechazado porque la jurisprudencia de esta Sala ya ha resuelto la cuestión en sentido desfavorable a su tesis.

La sentencia de 9 de marzo de 2005 (rec. 3951/98), ratificando la doctrina de las de 26 de octubre de 2004, 25 de noviembre de 2003, 28 de octubre de 2003 y 20 de marzo de 1996, descarta la ilicitud de conductas similares a las aquí enjuiciadas tanto desde la perspectiva del artículo 1902 CC como desde la del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, pues el monopolio atribuido por los Ayuntamientos a una determinada empresa de pompas fúnebres no puede extenderse más allá de la demarcación municipal y, así, vincular a otros municipios, o sea, los que constituyen sede de la empresa funeraria que realiza el traslado y destino del cadáver trasladado.

De otro lado, los denodados esfuerzos de la parte recurrente, prácticamente a todo lo largo de sus dos recursos, para demostrar la efectiva vigencia del artículo 139.3 ROTT, en su redacción original, durante la época en que las empresas demandadas hicieron los traslados considerados ilícitos en la demanda, resultan baldíos ante la claridad y contundencia de la sentencia de 9 de diciembre de 2002 (rec. 3882/97) dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo. Esta sentencia, de un lado, ratifica la doctrina de las sentencias de la misma Sala de 26 de enero y 23 de febrero de 2000 y 21 de mayo de 2001 que, apartándose del criterio seguido por la de 17 de junio de 1997 tan reiteradamente invocada en su favor por la recurrente, vuelve a la doctrina mantenida por las sentencias de 8 de noviembre de 1988 y 9 de mayo de 1996 para rechazar que el monopolio atribuido a una determinada empresa por un Ayuntamiento pueda tener efectos más allá de su propio término municipal; y de otro, concluye que «ya con anterioridad a la liberalización de los servicios funerarios, la preparación y traslado a otro municipio del cadáver, como actividades accesorias al sepelio, no podían ser impedidas a empresas externas aun cuando existiese monopolio municipal».

Por tanto, si para la Sala 3.^a de este Tribunal Supremo el requisito reglamentario de que el servicio de transporte tuviera «su origen en el municipio en que la Empresa de pompas fúnebres tenga su sede» no podía impedir, «ya con anterioridad a la liberalización de los servicios funerarios», que los traslados fueran realizados por empresas externas al monopolio, dada la falta de

cobertura legal del precepto reglamentario, y si para la jurisprudencia de esta Sala el monopolio de una empresa no determinaba que los traslados realizados por otras fueran ilícitos, ya según el artículo 1902 CC, ya según la Ley de Competencia Desleal, el empeño de la parte recurrente en sostener que el artículo 139.3 ROTT, en aquella su redacción original, estuvo vigente mientras no quedó formalmente derogado por el RD 927/1998, de 14 de mayo, subsiguiente al Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, cuyo artículo 22 liberalizó la prestación de los servicios funerarios, sólo puede explicarse por no haber considerado dicha parte, primero, que la anulación de un precepto reglamentario reviste mucha mayor complejidad que su pura y simple derogación y, segundo, que la evolución de la jurisprudencia no permite compararla por etapas de un modo tal que el criterio de una determinada sentencia, en este caso la de 1997 de la Sala 3.^a, quede petrificado para ser inexorablemente aplicado a todas las conductas comprendidas entre 1992 y 1997, que es lo que, hasta donde permite entender el recurso, se pretende en el recurso de casación [...]. (**STS de 18 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid demandó a cincuenta y tres empresarios —individuales y sociales— de pompas fúnebres por considerar que habían incurrido en el ilícito tipificado en el artículo 15.1 de la Ley de Competencia Desleal al realizar, a lo largo de cinco años, traslados de cadáveres de fallecidos en Madrid a otras localidades de la provincia sin contar con licencia del ayuntamiento de la capital. El Juzgado condenó a dieciséis de las empresas demandadas. La sentencia de apelación consideró, por el contrario, que la acción ejercitada había sido la de responsabilidad civil extracontractual y desestimó la demanda al entender que no concurrían sus presupuestos. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la actora. (*R. G. S.*)

49. Responsabilidad civil de Notario y Registrador: Hipoteca cambiaria: Dudas sobre su concurrencia en el caso: Endoso parcial de las letras a tercero: Acuerdo entre acreedor y dueño de la finca hipotecada de segregación de parte de finca hipotecada y liberación de la carga sin anulación de letras correspondientes.—La demanda funda la responsabilidad patrimonial del Notario y del Registrador demandados en el hecho de haber autorizado e inscrito la segregación de una parte de la finca matriz gravada por una hipoteca cambiaria sin recabar el consentimiento de la sociedad recurrente, que había accedido a la titularidad de parte del crédito hipotecario mediante el endoso de determinadas letras, y en cuyo favor se había practicado una anotación preventiva de petición de certificación de cargas del artículo 131.4.º LH, la cual no se arrastró a la porción segregada. Mantiene que así se causó un daño consistente en la alteración del contenido y alcance del derecho de hipoteca constituido en favor de los tenedores de las letras, y, con ello, una disminución de la garantía de cobro de la cuantía asegurada con la hipoteca. La sentencia recurrida niega la existencia de negligencia profesional fundándose en que, atendidas las circunstancias del caso y la posición de la doctrina y de la jurisprudencia, no era manifiestamente improcedente entender que la hipoteca no tenía naturaleza cambiaria, sino ordinaria, y, por consiguiente, bastaba con el consentimiento del acreedor hipotecario que figuraba

en la escritura originaria para dejar sin efecto la garantía hipotecaria sobre la parte de la finca segregada, pues la interpretación contraria no se ofrecía con carácter indiscutible. Las alegaciones de la parte recurrente son suficientes para abrir la discusión sobre la posible existencia de una negligencia por parte de los profesionales demandados, habida cuenta de que la anotación preventiva obrante en el Registro ponía la existencia de un tercero aparentemente legitimado para el ejercicio de la acción hipotecaria y, cuando menos, ofrecía dudas sobre el carácter cambiario o no de la hipoteca, para cuya cancelación parcial con anterioridad los mismos profesionales demandados, con distintos criterios jurídico, según la sentencia recurrida, habían exigido la inutilización de las letras de cambio correspondientes. Pero no es menester resolver esta cuestión, habida cuenta de que, de estimarse la existencia de una negligencia profesional, faltaría el requisito de la existencia de un daño, y, en todo caso, el nexo de causalidad entre la conducta de los demandados y ese daño.

Ausencia de daño resarcible.—La sentencia recurrida rechaza implícitamente la existencia de un daño resarcible ya producido, pues sostiene que la parte recurrente, que tiene pendiente en el momento de iniciarse este proceso una demanda tendente a obtener la nulidad y cancelación de las inscripciones de dominio y de segregación, no ha agotado las posibilidades que otorga el otorgamiento jurídico para defender su posición, y que el principio de legitimación registral impide a entrar a resolver sobre la eventual responsabilidad de los demandados sin obtener antes la declaración judicial de inexactitud del Registro. Esta Sala ha considerado que la disminución de la garantía producida por un error en un asiento del Registro puede constituir un daño resarcible; así en STS de 18 de mayo de 2006 el daño se concretó en la pérdida de una garantía que aseguraba el cumplimiento de la obligación, y en el debilitamiento del conjunto de garantías que el ordenamiento pone a disposición de los acreedores para la satisfacción de su derecho, poniendo en cuestión la propia eficacia del sistema registral. Sin embargo, el supuesto aquí examinado no es comparable, pues en él no se ha producido la cancelación de la nota marginal de petición de certificación del artículo 131.4.º LH, sino que se ha autorizado la inscripción de una segregación que pudiera ser nula. En este caso la disminución de la garantía que pudiera originar la segregación de una parte de la finca hipotecada como libre de cargas sería susceptible de ser eliminada mediante la declaración de nulidad de la segregación y de la inscripción y su cancelación, que comportaría el reintegro de la totalidad del inmuebles a su situación original, por lo que, como la sentencia recurrida acertadamente declara, no puede existir perjuicio real y actual en tanto no se produzca el desenlace del proceso encaminado a obtener aquellos pronunciamientos de nulidad y cancelación de la inscripción. Esta, en tanto no sea anulada, goza de la presunción de legitimidad. Solo así podrá advertirse si, como consecuencia de los efectos de la protección registral indebidamente prestada a un negocio nulo, la garantía hipotecaria puede haber resulta efectivamente disminuida.

Ausencia de nexo de causalidad: Conducta omisiva del supuesto perjudicado.—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 autori-

zan a imputar al Notario y Registrador el daño producido, no obstante la negligencia en que pudieron haber incurrido. Uno de esos criterios es la interferencia de causas pertenecientes a la esfera de la víctima en la producción del daño. Esta última, por causas que no constan, no inscribió la escritura de cesión del crédito hipotecario en su favor (en todo caso, no combatió la posible calificación negativa del Registrador); de haberlo hecho, la titularidad de su crédito hubiera tenido acceso al RP y hubiera impedido la segregación posteriormente inscrita. En segundo término, la actora, no obstante haberse adjudicado la finca en el proceso especial sumario de ejecución hipotecaria con anterioridad a la segregación, no inscribió el auto por el que se aprobó el remate de la finca a su favor; esta inscripción hubiera determinado la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, pero la actora tampoco solicitó que se librara mandamiento de cancelación. Esta conducta de omisión tiene suficiente relevancia para ser considerada como decisiva en la generación de un posible daño que hubiera podido ser evitado por el perjudicado, y resulta obvio que esta pasividad no puede quedar justificada por el temor de quedar la parte recurrente subrogada en el débito personal, pues esta justificación equivaldría a reconocer la insuficiencia de la garantía hipotecaria por causas ajenas a la segregación llevada a cabo. **(STS de 2 de abril de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

50. Daños personales por caída en establecimiento abierto: negligencia de la entidad titular del establecimiento por caída en zona oscura y no señalizada.—La jurisprudencia de esta Sala sobre daños personales por caídas en establecimientos abiertos al público se recopiló extensamente en su sentencia de 31 de octubre de 2006 (rec. 5379/99) que, por un lado, siempre con base en sentencias anteriores, descartó como fuente autónoma de responsabilidad el riesgo general de la vida, los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar o los riesgos no cualificados; y por otro, aun reconociendo que algunas sentencias habían propugnado una objetivación máxima de la responsabilidad mediante inversión de la carga de la prueba en contra del demandado, concluyó que «la jurisprudencia viene manteniendo hasta ahora la exigencia de una culpa o negligencia del demandado suficientemente identificada para poder declarar su responsabilidad», conclusión ratificada por la sentencia de 17 de julio de 2007 (rec. 2727/00) en materia de «caídas en edificios en régimen de propiedad horizontal o acaecidas en establecimientos comerciales, de hostelería o de ocio» (FJ 3.º, consideración 3.ª).

Pues bien, de contrastar el recurso con la sentencia impugnada a la luz de dicha jurisprudencia se desprende que el tribunal de apelación no infringió el artículo 1902 CC, pese a fundarse en algunos argumentos jurídicamente incorrectos, porque en definitiva esta Sala sí comparte el juicio esencial de dicho tribunal sobre la negligencia inherente a la disposición o configuración del acceso del hostal al restaurante, con un escalón intermedio a escasísima distancia del umbral y precisamente en la zona de claroscuro provocado, simultáneamente, por los diferentes colores del pavimento y la luz solar a la entrada y al fondo, quedando en penumbra precisamente el punto en que se encontraba el escalón. **(STS de 25 de marzo de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El litigio del que trae causa el recurso se refiere a la responsabilidad civil de la sociedad titular de un restaurante por las lesiones que sufrió un cliente al caer al suelo. Se trataba de una

señora de sesenta y cinco años con diversas lesiones óseas y articulares que accedió al restaurante por una entrada lateral en la que había un escalón. La sentencia del Juzgado desestimó la demanda considerando que el riesgo no era el fundamento único de la obligación de resarcir, que la prueba practicada no permitía apreciar responsabilidad en la entidad propietaria y que la caída de la señora, que no era la primera, debía conectarse con su edad y sus padecimientos óseos. La Audiencia revocó la sentencia apelada y estimó parcialmente la demanda considerando que –aún cuando el establecimiento contaba con todos los permisos reglamentarios– hubo negligencia por parte de la empresa si bien no accedió a la indemnización del daño en la cuantía solicitada. Recurren en casación ambas partes declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

51. Culpa extracontractual: Muerte en accidente de trabajo: Caída de escalera de mano: Doctrina general sobre la responsabilidad por riesgo.—La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC, habiendo declarado la jurisprudencia (SSTS de 10 junio y 11 de septiembre de 2006, entre las más recientes) que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que rigen su regulación positiva; ni ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (STS de 2 de marzo de 2006); no procede la inversión de la carga de la prueba en los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario (STS 22 de febrero de 2007).

Vinculación de la víctima a través de contrato de obra.—No puede ser acogida la existencia de una responsabilidad nacida del riesgo creado basándose en una pretendida dependencia laboral, aun irregular, en virtud de las siguientes razones: 1) La entidad demandada no ejercía funciones empresariales respecto al fallecido y la prestación de éste se enmarcaba en un contrato de ejecución de obra, por lo que no es exigible a aquélla responder del cumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo; 2) No se aprecia la concurrencia de riesgos de carácter extraordinario derivados por su propia naturaleza de la actividad que le fue encargada al fallecido, que no implica o supone un riesgo considerablemente anormal en relación a los parámetros medios (STS de 18 de julio de 2002), y no consta que la dirección del club impusiera limitaciones al accidentado o una forma determinada de desarrollar la obra que incrementaran el riesgo; 3) En estas circunstancias no le era exigible a la demandada un deber de previsión mayor que al propio accidentado; 4) No se ha acreditado la incidencia en la producción de la caída de elementos de los que fuera responsable la demandada, como el estado de la escalera, la situación del suelo en que se encontraba apoyada o las características de la verja que era objeto de la reparación; 5) No se ha acreditado la causa que provocó la caída desde la escalera; y 6) Esto implica la inexistencia de nexo causal que debe concurrir entre la acción u omisión de la demandada y la producción del evento dañoso (STS de 26 de mayo de 1997).

Responsabilidad por hechos ajenos.—La existencia de *culpa in eligendo* o *in vigilando* se sitúa en el ámbito de la responsabilidad por hecho de otro, a que se refiere el artículo 1903-4.º CC, y requiere la existencia de una relación jerárquica de dependencia entre el causante del daño y la empresa demandada; es una responsabilidad directa que tiene como presupuesto la culpa *in operando* por parte del causante del daño. No es esta la situación que se plantea en el recurso, a tenor de los hechos que considera probados la sentencia recurrida, por lo que resulta improcedente, aparte de ser extemporánea. (STS de 5 de abril de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El fallecido realizaba esporádicamente, sin relación laboral, obras de reparación en la pista de un Club de Tenis, en el que un hermano del mismo también impartía clases particulares. El día del accidente aquél cayó, desde una escalera de mano, desde una altura de tres metros, sufriendo lesiones que produjeron su óbito a los tres días, sin que se haya averiguado, en definitiva, la causa de la caída. El pleito adolece de falta de prueba. (G. G. C.)

52. Indemnización por daños corporales como deuda de valor con arreglo al valor del punto en el momento del alta definitiva.—Los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado.

La pérdida de valor que origina la valoración de los puntos en el momento del accidente no podría compensarse con los intereses moratorios del artículo 20 LCS, dado que éstos no siempre son aplicables; las lesiones pueden curarse o manifestarse transcurrido largo tiempo; y la determinación de los intereses moratorios exige determinar la cantidad en función de la cual se van a devengar. La cuantificación de los puntos debe efectuarse en el momento en que las secuelas del 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 de esta Sala (STS de 5 de mayo de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La víctima de un accidente de circulación formuló demanda contra el conductor del vehículo que lo causó y su aseguradora instando, con carácter solidario, la indemnización correspondiente a los daños personales que aquella había sufrido, más los intereses del artículo 20 LCS. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, y fijó la indemnización a satisfacer de manera solidaria por los codemandados en la suma de 29.795,36 euros —según cuantías actualizadas a fecha del siniestro—, más intereses de demora desde la fecha del accidente, con respecto a la compañía aseguradora, indemnización que no comprende, ni la incapacidad permanente total que se desvincula del accidente, ni el resarcimiento de los daños morales complementarios, lucro cesante y determinados gastos por falta de prueba de su existencia y vincu-

lación causal con el siniestro. Interpuestos recurso de apelación por la actora y codemandados, la Audiencia Provincial los estimó parcialmente, revocando la sentencia impugnada en el único sentido de elevar la indemnización hasta la cantidad de 47.849,03 euros. En síntesis: a) aplica las cuantías actualizadas a fecha del siniestro para cuantificar el quebranto, b) acoge la petición de indemnización correspondiente al factor de corrección por incapacidad permanente, al considerar suficientemente acreditado que fue consecuencia de las secuelas provocadas por el accidente, y confirma la decisión del Juzgado de no indemnizar ni el lucro cesante –al entender que la pretensión se apoya en meras hipótesis y no en reales pérdidas– ni las obras de adaptación del baño, gastos de calzado y gastos de desplazamiento, por cuanto la prueba obrante descarta su relación con el accidente. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto, rechaza la interpretación de la Audiencia Provincial de estar a la fecha del accidente tanto para determinar el sistema legal de valoración aplicable como para cuantificar los daños que resulten de la aplicación del mismo, debiéndose realizar la cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente con arreglo a la actualización de las cuantías económicas vigente a la fecha en que se consolidaron las lesiones y secuelas, o lo que es lo mismo, a fecha del alta. (M. C. L. J.)

53. Daños por circulación de vehículos. Día inicial del plazo de prescripción.–La jurisprudencia declara constantemente que la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones es función que corresponde en principio a la Sala de instancia, y que su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación, salvo cuando se halla en juego la correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables. La prescripción de la acción para reclamar por secuelas se inicia con la determinación de su alcance o de los defectos permanentes originados, pues hasta que no se determina ese alcance no puede reclamarse por ellas. El conocimiento del daño sufrido que ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción lo tiene el perjudicado al producirse el alta, en la medida que en esta fecha se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas. (STS de 26 de mayo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–Como consecuencia de las lesiones sufridas en accidente de circulación ocurrido el día 15 de junio de 1999 el perjudicado demandó al conductor y al propietario del vehículo causante de aquel, y a la entidad que aseguraba su responsabilidad civil, en reclamación de la correspondiente indemnización. La demanda fue presentada el día 10 de diciembre de 2002 y con ella se acompañaba informe médico de valoración del daño corporal en el que se indicaba que las lesiones en el fémur habían quedado estabilizadas el día 24 de febrero de 2000, momento en que el perjudicado recibió autorización médica para realizar una vida normal, y también, que en la revisión efectuada el día 19 de octubre de 2000

se constató que sólo quedaba pendiente la extracción del material de osteosíntesis colocado en la referida extremidad, lo que tuvo lugar el 15 de noviembre de 2001, siendo revisado el paciente por última vez el 22 de enero de 2002 y dado de alta el 5 de febrero de 2002. La aseguradora demandada se defendió sosteniendo que la acción se encontraba prescrita, al tener que computarse el plazo anual desde la fecha en que las lesiones y secuelas se encontraban plenamente consolidadas, 24 de febrero de 2000, sin que entre esta fecha y la primera reclamación a la demandada, efectuada mediante fax el 14 de junio de 2002, mediara acto que interrumpiese válidamente la prescripción.

El Juzgado de Primera Instancia acoge la excepción de prescripción y desestima la demanda en su integridad. Sobre la base de que el día inicial del plazo de prescripción ha de coincidir con aquel en que las lesiones se estabilizaron, de la prueba extrae la conclusión de que este hecho se produjo el 19 de octubre de 2000. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto coincidiendo con el Juzgado en situar el inicio del cómputo del plazo de prescripción en el momento en que se produce la estabilización de las lesiones, si bien, de la prueba practicada y, en particular, del dictamen pericial aportado por la parte actora, concluye que este hecho tuvo lugar el 24 de febrero de 2000, cuando se declararon consolidadas las fracturas y se autorizó al paciente a llevar una vida normal. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto. (*M. C. L. J.*)

54. Culpa extracontractual: Prescripción de la acción para exigir indemnización por los daños padecidos por la adición a fumar cigarrillos: Enfermedad de Buerger: *Dies a quo*: Secuelas: Amputación de ambas extremidades: Doctrina general.—Es reiterada la doctrina jurisprudencial de que debe entenderse como fecha inicial del cómputo el momento de la determinación del alcance de las secuelas, es decir, el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, pues hasta que no se conocen estas circunstancias no puede reclamarse con base en ellas, ya que es entonces cuando el perjudicado tiene un conocimiento preciso de la entidad de los perjuicios. Con carácter general, el momento del alta definitiva es el momento en que las secuelas han sido determinadas y en el que comienza la prescripción de la acción, lo que no excluye que, en atención a circunstancias especiales concurrentes en casos determinados pueda apreciarse un momento posterior por precisarse ulteriores comprobaciones para determinar el alcance de aquéllas; o bien, cuando se trata de enfermedades crónicas cuando el daño, aun siendo continuado en sus efectos, permite concretar definitivamente el alcance de las secuelas; la dificultad de este supuesto debe resolverse mediante la valoración de la prueba y admitiendo la posibilidad de fraccionar las etapas diferentes o hechos diferenciados de los daños sufridos. Esta doctrina obedece al principio de indemnidad para preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento. El *dies a quo* debe fijarlo el tribunal de instancia en el ejercicio de su función exclusiva de apreciación de la prueba.

No puede aceptarse la argumentación de la sentencia recurrida cuando afirma que la fecha inicial de la prescripción, en caso de secuelas, tenía que ser cuando se diagnosticó al paciente y se vinculó al tabaquismo la enfermedad de Buerguer en el año 1991. Sin embargo, con carácter subsidiario dicha sentencia sostiene que el daño podía entenderse producido en el momento en que finaliza la última de las operaciones de amputación que sufrió el demandante, pues en este momento se determinó al alcance de las secuelas por las que reclama. Doctrina conforme con la doctrina de esta Sala, suficiente para sostener la conclusión de que la acción extracontractual está prescrita. La demanda no desmiente esta apreciación puesto que fija con exactitud la cantidad reclamada y los conceptos en que se funda partiendo de las amputaciones padecidas, lo que demuestra que el alcance de las secuelas a partir de la última operación podía ser perfectamente determinada. La parte actora no ha justificado que concurran circunstancias que hagan necesario esperar a un acontecimiento posterior al de las amputaciones ya padecidas para precisar el alcance de las secuelas., Ningún indicio permite presumir lo contrario entre la última amputación (diciembre 1999) y la interposición de la demanda (mayo 2002). Afirma que el paciente continúa con la adición al tabaco, pero esta afirmación es insuficiente para demostrar que las secuelas padecidas no están perfectamente determinadas. En el caso de que, en el futuro, pudiera producirse una agravación de la enfermedad o nuevas secuelas, nada impide que éstas puedan ser objeto de reclamación independiente.

En conclusión, procede desestimar el recurso de casación por entender que no infringe el ordenamiento jurídico la conclusión a que llega la sentencia recurrida estimando prescrita la acción ejercitada. Esta implica que la Sala no puede entrar a examinar si existe o no responsabilidad extracontractual por los daños que se imputa a la parte demandada como consecuencia de la actividad de fabricación y distribución de tabaco. A esta cuestión se refieren los motivos 2.º y 3.º de casación que, por esta razón, no han podido ser examinados (**STS de 5 de mayo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La víctima de la adición al tabaquismo alegaba secuelas graves (amputación de ambas extremidades inferiores) producidas por la enfermedad de Buerguer que los expertos consideran incurable pues el enfermo no puede dejar de fumar, y que el actor pretende que aquélla se desencadenó por la manipulación causada por la empresa demandada que tenía a su cargo la comercialización de una conocida marca de cigarrillos norteamericanos. Dado que se desestima el motivo que impugnaba la estimación de la excepción de prescripción, el TS se considera dispensado de analizar otros motivos, aunque deja abierta la posibilidad de nuevas reclamaciones si la enfermedad prosigue. ¿Se insinúa, acaso, un cambio en el criterio jurisprudencial, hostil hasta ahora entre nosotros, a este tipo de reclamaciones contra las tabaquerías? (G. G. C.)

55. Accidente laboral: Prescripción de la acción por culpa extracontractual: Cuestión Nueva: Inexistencia.—Esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones la imposibilidad de plantear cuestiones nuevas en el recurso de casación, en cuanto se ve afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia (así,

SSTS de 28 de mayo de 2004 y 21 de julio de 2008). No es admisible la introducción en el recurso de casación de un elemento de controversia que ha sido ajeno al debate en las instancias, y se ha considerado, incluso, cuestión nueva la invocación de preceptos jurídicos no alegados con anterioridad, cuando implicaba la alteración de la causa de pedir modificando los términos de la controversia, o suponía una variación del fundamento fáctico, aunque esto no impide a la parte esgrimir cuantos fundamentos jurídicos puedan apoyar su recurso, siempre que se mantenga dentro de los límites de lo que fue objeto de la segunda instancia. Pero en el recurso no se aprecia la existencia de una cuestión nueva, pues el recurrente planteó en ambas instancias la relevancia, a efectos de fijar el plazo de ejercicio de la acción, del momento en que quedan fijados definitivamente los daños en relación con la pendencia de la causa penal.

Dies a quo del plazo prescriptivo.—La prescripción, según reiterada jurisprudencia, debe ser interpretada restrictivamente, al no estar basada en criterios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho. El *dies a quo* para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur*. Este principio exige que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar. En materia de accidentes de trabajo, esta Sala ha reiterado que cuando se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de la repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador sólo entonces se dispone del dato de la incapacidad que afecta a la determinación del daño producido. En este caso, la situación definitiva del trabajador no quedó fijada hasta el ATS (Sala 4.ª) de 17 de diciembre de 2002, que declaró la firmeza de la STSJ, Sala de lo Social, de Madrid, en la que se declaró la invalidez permanente en grado absoluto para todo trabajo, por accidente laboral, siendo tal fecha el plazo de inicio de la prescripción extintiva de la acción.

Interrupción del plazo por ejercicio de acción penal.—Como resulta de los artículos 111 y 114 LECrim. en relación con el artículo 1969 CC, la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir un obstáculo legal a su ejercicio (SSTS de 3 de mayo y 5 de julio de 2007, y 6 de mayo de 2008). Una vez concluido el proceso penal previo el plazo empezará a computarse desde el día en que pudieron ejercitarse, a saber el momento en que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, notificados correctamente, haya adquirido firmeza, instante en que se conoce el punto final de la paralización operada por el proceso penal. En este caso ello ocurrió el 9 de marzo de 2004, siendo presentada la demanda civil el 24 del mismo mes, por lo cual tal acción no ha prescrito. Ningún dato objetivo prueba que el recurrente utilizó la pendencia de la causa penal para eludir la prescripción.

Estimación del recurso y devolución al Tribunal de apelación.—Para evitar que la casi totalidad del asunto quedara privada de la segunda instancia, y que esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación, tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba, procede devolver las actuaciones al Tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por prescrita, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas en el recurso de apelación de los demandados. La posibilidad de que haya de dictarse una segunda sentencia de apelación tras la estimación de un recurso de casación, y no de un

recurso extraordinario por infracción procesal, no parece excluida en el artículo 487.2 LEC (**STS de 24 de mayo de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Son razonables los motivos alegados por la Sala 1.^a para devolver los autos al Tribunal de instancia, aunque ello va a originar, de hecho, un nuevo retraso en el ejercicio del derecho reconocido al perjudicado por el artículo 24 CE (accidente ocurrido en 1999), y sin que se excluya la eventualidad de nuevo recurso de casación por quien sea vencido en segunda instancia. Por lo demás, como se sabe, en nuestro derecho procesal no rige, obligatoriamente, el sistema de la *cassation par renvoi* del derecho francés. (G. G. C.)

56. Accidente de circulación: *Dies a quo* del plazo prescriptivo desde que la sentencia firme laboral concretó el efecto invalidante de la secuela.—Es necesario optar entre dos fechas declaradas probadas, la de la resolución del INSS (13 de julio de 2001) y la de la sentencia firme que puso fin al procedimiento laboral (14 de marzo de 2003), que plantea la sentencia recurrida en el sentido de que desde que se dictó la resolución por la Seguridad Social sobre incapacidad permanente absoluta del actor a consecuencia de recidiva del accidente sufrido en 1984 el interesado tuvo perfecto conocimiento del daño para su salud derivado del accidente, sin necesidad de esperar a que la jurisdicción social se pronunciara sobre el grado de invalidez pues la resolución del INSS se impugnó solo por la Mutua y de la resolución judicial solo dependía la cuantía de la prestación o pensión que debía percibirse. La Sala no comparte este criterio pues entiende que la reclamación de la indemnización por el concepto de invalidez dependía de que de modo definitivo se dilucidara por el orden social la concreta incapacidad que afectaba al interesado, pues, por más que los parámetros de la indemnización puedan ser distintos en cada jurisdicción, o que la social tome en consideración el grado de invalidez a efectos prestacionales, la invalidez como manifestación del daño para la salud y en cuanto concepto susceptible de ser indemnizado también en vía civil por la compatibilidad de indemnizaciones, debía ser determinada en sus términos más precisos a fin de que el conocimiento exacto del perjuicio sufrido permitiera reclamar detalladamente su resarcimiento. No puede operar en contra del lesionado la falta de determinación definitiva de esa incapacidad laboral, ni siquiera, como acontece, que la impugnación en la jurisdicción social es promovida por otra entidad ajena al trabajador lesionado (en este caso la Mutua), ni por la circunstancia de que finalmente la resolución que la califica de modo firme se limite a ratificar los términos en que quedó determinada por la resolución administrativa inicial, ya que entender lo contrario equivaldría a hacer depender la determinación del plazo de prescripción del éxito o fracaso de la pretensión impugnatoria.

Estimación del recurso y devolución a la Audiencia.—Es procedente devolver las actuaciones al Tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción por prescrita, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas. La reposición de actuaciones encuentra justificación en el artículo 487.2 LEC, que no la excluye para los recursos de casación de los números 1.º y 2.º del artículo 477.2 LEC, y en la consideración de que una resolución distinta traería consigo que el asunto

quedara privado de la segunda instancia. (STS de 25 de mayo de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—En cuanto a la devolución de los autos al Tribunal de instancia, se reitera la doctrina sentada en sentencia de fecha anterior (extractada en el mismo fasc. del ADC), del mismo Ponente, en asunto relativo a accidente laboral. Aquí el accidente ocurre en 1984 y con posterioridad aparecen secuelas. Por lo demás, la sentencia extractada es plenamente de aprobar. (G. G. C.)

57. Accidente de circulación: Ejercicio previo de la acción penal: Dies a quo para el plazo prescriptivo de la acción civil: Doctrina general.—La jurisprudencia declara constantemente que la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción es función que corresponde, en principio, a la Sala de instancia, y que su decisión, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación. Sin embargo, el hecho de que la apreciación del instituto de la prescripción presenta una dimensión estrictamente jurídica, ha permitido a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables. Según doctrina constante de esta Sala, en los procedimientos civiles seguidos, una vez concluido el correspondiente penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse a tenor del artículo 1969 CC. Este precepto, puesto en relación con los artículos 111 y 114 LECrim y 24.1 CE, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil. La firmeza se produce por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el término sin interponerlos, con independencia, a estos efectos, de cuándo sea declarada materialmente la firmeza y cuándo sea notificada. Esta interpretación ha sido aceptada por la STC de 19 de julio de 2004, pues la constatación formal de la firmeza *solo significa una mera declaración de haber precluido las posibles impugnaciones en el propio proceso, por recursos ordinarios o extraordinarios.*

El criterio jurisprudencial conlleva que, recaída sentencia absolutoria en el previo procedimiento penal, y oportunamente notificada a las partes personadas, con otorgamiento del plazo legalmente estipulado para recurrirla, el día inicial queda determinado por el agotamiento de dicho plazo sin mediar impugnación, y a esta doctrina se ajusta plenamente la sentencia recurrida que fija el comienzo del plazo de prescripción anual el día en que ganó firmeza la sentencia absolutoria dictada en juicio de faltas. El argumento de que la notificación se hizo a través de su Abogado, no puede ser examinada en este recurso de casación por pertenecer al ámbito procesal, resultando ahora decisivo que la Audiencia Provincial alcanzó la convicción de que se notificó a quien se tiene por representante del denunciante, entendiéndose que a través del Abogado pudo el perjudicado conocer que la vía penal había concluido (STS de 16 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

58. Responsabilidad extracontractual. Artículo 1903.4 CC.—La responsabilidad tipificada en el párrafo 4.º del artículo 1903 del Código Civil requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada, sin olvidar que cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar la norma, que requiere indefectiblemente una relación jerárquica o de dependencia entre el causante del daño y el primero y siempre, por supuesto, que se acredite la culpa o negligencia del dependiente. Ahora bien, la jurisprudencia establece la excepción a la exigencia de que exista una relación de jerarquía que rompa el nexo de responsabilidad civil entre el dueño de la obra y el contratista, puesto que, prosigue afirmando, que como señala el último párrafo de dicho artículo 1903 cuando se acredite el empleo de toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño cesará tal responsabilidad.

Al trabajador le corresponde velar, según sus posibilidades, el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario. Ahora bien, este cumplimiento de las normas de seguridad por parte del trabajador debe hacerse siguiendo las instrucciones del empresario, al que van dirigidas las normas sobre adopción de medidas de seguridad.

Contrato de seguro. Intereses moratorios.—Según el artículo 20.8 LCS, el recargo de los intereses por mora del asegurador tiene lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada o imputable a la aseguradora. En su interpretación, tanto en su primitiva redacción, como en el texto vigente dado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, el Tribunal Supremo ha declarado en reiteradas ocasiones que la indemnización establecida en el artículo 20 LCS tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado. La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial. (**STS de 23 de junio de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Santiago, al amparo de lo prevenido en los artículos 1902, 1903 y 1101 CC, formuló demanda frente a diversas entidades mercantiles y sus respectivas aseguradoras, en reclamación de cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios sufridos en accidente de trabajo acontecido el día 29 de mayo de 1997 cuando desempeñaba sus labores sin ningún tipo de medidas de seguridad en el sector de la construcción.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Tras valorar toda la prueba practicada en las actuaciones, considera que no puede afirmarse la existencia de una relación de causalidad entre

el daño sufrido por el actor y la actuación de las demandadas pues aun cuando los cinturones de los que disponía en la obra pudieran no ser los reglamentarios, fue el propio actor el que decidió no ponérselos en un momento en el que él había quedado como encargado de la obra. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a P & N S.L, S., Constructora O. S.A., Z. y Centro Asegurador a indemnizar al actor con la cantidad de 872.326,04 euros con el límite y franquicia de las aseguradoras más el interés legal del 20% en el caso de estas últimas desde la fecha del accidente. La Audiencia entiende que no ha quedado acreditado que el actor se encontrara trabajando en un andamio, ni que se le hubiera facilitado el cinturón de seguridad adecuado, considerando además que la colocación del andamio era inadecuada lo que obligó al trabajador a adoptar una técnica de trabajo incorrecta, señalando que aun pese al cinturón, el trabajador habría sufrido igualmente lesiones graves. El Tribunal Supremo desestimó los recursos extraordinarios por infracción procesal formulados por Servicios y Contratas P. S.A., Centro Asegurador, Cía. de Seguros y Reaseguros. Desestimó el recurso de casación formulado por la Empresa Constructora O., SL contra la misma sentencia. Estimó el recurso de casación formulado por Centro Asegurador, Cía. de Seguros y Reaseguros y por extensión el de su asegurada Servicios y Contratas P. S.A., casando la sentencia recurrida, para absolver a ambos de la demanda. Estimó en parte el recurso de casación de Z. (M. C. L. J.)

4. DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO.

59. Efectos de la aplicación del artículo 34 LH frente al verdadero dueño.—El artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca (STS de 5 de marzo de 2007 y asimismo las de 20 de marzo y 7 y 10 de octubre de 2007, 5 de mayo y 8 de octubre de 2008 y 6 de marzo de 2009).

Las reglas del artículo 34 LH determinan la pérdida del derecho del auténtico propietario, pero queda pendiente la cuestión de los efectos secundarios a la pérdida del dominio que esta adquisición produce frente al verdadero dueño. Aunque el artículo 37.4 LH se refiere a casos en que exista un contrato que deba rescindirse, se ha considerado plenamente aplicable a los casos de adquisiciones realizadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 LH. Esta regla permite al antiguo propietario efectuar dicha reclamación por los perjuicios derivados de la aplicación del artículo 34 LH frente a quien vendió indebidamente, y de modo semejante la STS de 3 de julio de 1981, en un supuesto de venta de cosa ajena, condena a indemnizar los perjuicios a quien ha vendido, haciendo irrecuperable la finca por su verdadero titular, por aplicar el principio del enriquecimiento sin causa (en sentido parecido, la STS de 20 de febrero de 2004).

Incongruencia *extra petita*.—El concepto de incongruencia *extra petita*, como todo tipo de incongruencia, tiene alcance constitucional (STC 194/2005, de 18 de julio), y se da cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se

pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones (SSTS de 13 de mayo de 2002, 29 de septiembre de 2006, 17 de noviembre de 2006 y 21 de enero de 2010). La congruencia no precisa identidad absoluta o literalidad del fallo de la sentencia en relación con el suplico de la demanda (así, STS de 28 de junio de 2006), sino que es congruente la sentencia que da lugar al pedimento de la demanda, concretamente a la indemnización, estableciendo una determinación no exactamente igual a la que aparece en el texto literal del suplico, pero que sí responde al interés de la parte demandante. No es incongruente si se le ha concedido algo que no coincide con exactitud con el texto literal del suplico pero que se halla dentro de su contenido económico y jurídico. (STS de 23 de abril de 2010; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don Abilio había adquirido como legatario una finca. Con posterioridad, se vendió una finca de la propia herencia por don Abilio y sus hermanos a doña Zaira y sus hijos doña Regina, don Constantino y doña Mónica. Dicha finca coincide en la descripción y linderos con parte de la que accedió a la Junta de compensación aportada por la entidad *R., S.A.*, formada por varias otras adquiridas por la propia entidad a diversos propietarios, entre ellos, los propios hermanos, e inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de *R., S.A.* La entidad *R., S.A.* la vendió a su vez a don Gonzalo y su esposa doña Celestina, que la aportaron al Plan Parcial, recibiendo a cambio los correspondientes derechos urbanísticos.

Don Abilio, fallecido durante el proceso y sustituido por su hijo don Raimundo como sucesor, demandó a *R., S.A.*, don Gonzalo y su esposa doña Celestina y a la Junta de Compensación del Polígono Único Parcial, pidiendo que se declarara que la finca era propiedad del demandante y que estaba incluida en su totalidad en el Proyecto citado; que los aportantes don Gonzalo y su esposa habían obtenido ilícitamente los derechos urbanísticos consistentes en la cuota de participación que corresponde a dicha finca; y que se condenara a la devolución de la finca o bien a que se les concediera el porcentaje de participación en el Polígono que corresponde a la citada finca, o subsidiariamente, se le indemnizara en una cantidad igual al valor de la finca. A esta demanda se acumuló otra formulada por el propio demandante inicial contra la sociedad *CB, S.A.*, adquirente de los derechos urbanísticos pertenecientes a los esposos Gonzalo y Celestina, y el Ayuntamiento de S., adquirente de los viales.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, entendiendo que la finca reivindicada no existía y no se habían reivindicado las subrogadas, y no se había identificado tampoco el objeto de la acción. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial lo estimó y revocó la sentencia de instancia, condenando a los esposos Gonzalo y Celestina a reintegrar al demandante el equivalente económico de los derechos urbanísticos que hubiera percibido en el caso de haber procedido él mismo a la aportación de la finca litigiosa al Polígono. Contra esa sentencia, don Gonzalo y doña Celestina interpusieron recurso

extraordinario por infracción procesal, así como de casación, recurso también interpuesto por *R., S.A.*; siendo desestimado el primero y estimados los de casación por el Tribunal Supremo, que anula parcialmente la sentencia impugnada en el sentido de desestimar la demanda.

NOTA.—Se formula voto particular por el Magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, que entiende que debería haberse desestimado los recursos de casación, por cuanto el artículo 34 LH produce un efecto de adquisición *a non domino* y protege a los adquirentes frente al ejercicio de la acción reivindicatoria por el auténtico propietario, si hubieran sido condenados a restituir la finca, pero lo habían sido a indemnizar, condena que considera correcta, siendo responsables de la pérdida de la finca, sin que ello sea óbice para que ejerciten cuantas acciones consideren oportunas para depurar las responsabilidades de sus causahabientes, para la cumplida satisfacción de sus expectativas. (*F. J. J. M.*)

60. Acción declarativa de dominio. Incongruencia omisiva.—La sentencia de apelación, al afirmar que *general de galerías* «no puede, por tanto, suscitar cuestiones ahora como la acción declarativa de dominio», deniega erróneamente entrar en el análisis de una de las pretensiones ejercitadas temporáneamente por la recurrente, incurriendo en incongruencia omisiva, por lo que procede estimar el motivo examinado, lo que deberemos tener en cuenta al examinar el tercer motivo del recurso de casación.

Aplicación del artículo 21 LPH a los complejos inmobiliarios.—El artículo 21 LPH es aplicable, con el carácter supletorio que establece el artículo 24.4 LPH y con subordinación a los pactos que establezcan entre sí los propietarios, incluso a los complejos inmobiliarios que no adopten ninguna de las formas jurídicas previstas en artículo 24.2 LPH «siempre que los propietarios ostenten, con carácter inherente a su derecho privativo, una titularidad compartida sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios».

El demandante conocía la ejecución recaída sobre su finca y no estuvo en situación de indefensión.—Existe «absoluta certeza del conocimiento cabal y exacto de la situación por parte de la recurrente», por lo que cabe concluir que las eventuales irregularidades cometidas en el procedimiento no se tradujeron en la indefensión material de quien conocía el apremio al extremo de consignar ante el Juzgado parte de la cantidad para cuya exacción se seguía el procedimiento.

Diferencia entre la compraventa y la subasta judicial.—El artículo 1473 CC regula la prioridad de títulos si una misma cosa se hubiese vendido por el mismo vendedor a diferentes compradores, pero, pese a las semejanzas entre la ejecución judicial y la compraventa, derivadas de que ambos medios son idóneos para que la titularidad de un bien sea transmitida a un tercero, existen profundas diferencias entre ambas instituciones, como lo evidencia que mientras la primera constituye un acto de imperio por la que el Estado asigna la titularidad de un bien a un determinado sujeto, con independencia y normalmente contra la expresa voluntad de quien sea su propietario, la segunda es por definición fruto del consentimiento de los intervinientes, que impiden la aplicación mimética del régimen de la compraventa a la

subasta judicial. (STS de 9 de junio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—Mediante convenio, el Ayuntamiento de Marbella reconoció adeudar a General de Galerías la cantidad de 1.946.024.082 pesetas cediendo en pago a la actora, entre otras, una finca que fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Después de la fecha de escritura pública pero antes de su inscripción, la finca cedida fue embargada por un acreedor del Ayuntamiento y, tras la subasta correspondiente, fue adjudicada a una sociedad. General de Galerías solicitó la declaración de nulidad del procedimiento de ejecución y la declaración de que la propiedad de la finca pertenecía a la actora. El juez de primera instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó esa decisión. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de infracción procesal en lo relativo a la condena en costas, aunque confirmó la desestimación de la demanda. (M. C. B.)

61. Acción de deslinde. Concepto.—De acuerdo con el artículo 384 CC, todo propietario tiene derecho a obtener el deslinde de su finca mediante la correspondiente acción, que habilita para solicitar la delimitación exacta de su propiedad inmobiliaria por medio de la determinación de la línea perimetral de cada uno de los predios limítrofes, a fin de lograr la individualización del predio mediante la gráfica fijación de la línea de su polígono. Se trata de una acción que interesa sólo a los propietarios de las fincas que están en linde incierta o discutida, y no a los demás. Por todo ello, es una acción que presenta caracteres propios y que puede ir unida, o no, a la acción reivindicatoria; de hecho, su fin se limita a precisar una línea perimetral inexistente en su exteriorización práctica, no a discutir cuestiones sobre dominio.

Acción de deslinde. Presupuestos.—Señala el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (*v. gr.*, SSTs de 14 de enero de 1936, 27 de mayo de 1974 y 18 de abril de 1984) que la acción de deslinde requiere, como presupuesto indispensable, la confusión real de límites o linderos de las fincas. Por tanto, no procede cuando los linderos están claramente identificados y delimitados, con la consiguiente eliminación de incertidumbre respecto a la aparente extensión superficial del fundo y a la manifestación del estado posesorio. Para hablar de confusión de linderos, pues, no han de existir datos físicos o delimitadores de las fincas, por lo que no existirá confusión de linderos si los predios se hallan separados por instalaciones de cierre, con independencia de que la superficie abarcada se corresponda o no con la extensión objetiva del correspondiente derecho de dominio. En cambio, no puede confundirse la existencia o no real de linderos con la afirmación de alguna de las partes interesadas en el sentido de precisar por dónde deben discurrir los mismos según su tesis.

Confusión de linderos. Cuestión de hecho.—Afirma el Tribunal Supremo en STS de 7 de mayo de 2008 que la existencia o no de confusión de linderos es una cuestión de hecho, de apreciación por el juzgador de instancia, que sólo puede ser impugnada en casación cuando no se hayan observado las normas atinentes a la valoración de la prueba.

Doctrina sobre la compraventa de finca como «cuerpo cierto».—La venta de una finca como «cuerpo cierto» comporta la necesidad de fijación

clara y precisa de los linderos, tal como pueden ser los accidentes geográficos, caminos, elementos delimitadores de fincas contiguas, etc., de modo que, determinado así el objeto, incluso la fijación de la superficie de la finca no resulta esencial, pues el vendedor y el comprador convienen la transmisión de un espacio concreto y conocido por ambos (entre otras, SSTS de 4 de abril de 1979 y 10 de mayo de 1982). Por tanto, no existe tal compraventa de «cuerpo cierto» cuando, aunque lógicamente se fijen linderos, éstos no quedan perfectamente definidos por los cuatro puntos cardinales y, en concreto, alguno de ellos se establezca en relación con otra finca colindante o con la finca matriz, sin precisar exactamente por dónde discurre, pues en tales casos será siempre necesaria la determinación de la superficie vendida para poder delimitar la finca (SSTS de 29 de septiembre de 2009). La doctrina de la venta de «cuerpo cierto» se aplica, por tanto, a las cosas identificadas por sí mismas, sobre las que las partes pueden hacer las mediciones y comprobaciones que estimen convenientes (SSTS de 26 de junio de 1956, 29 de mayo de 2000 y 18 de febrero de 2010).

Artículo 38 LH. Inaplicación al procedimiento de deslinde.—Dado que el Registro de la Propiedad carece de una base física fehaciente, al reposar sobre las simples declaraciones de los otorgantes, los datos registrales que se corresponden con hechos materiales caen fuera de la garantía que presta, tanto a los efectos de la fe pública registral, como de la legitimación registral. Por tanto, es reiterada la jurisprudencia que afirma que la presunción de exactitud registral contenida en el artículo 38 LH se refiere a la existencia del derecho real y a la pertenencia a su titular, pero no alcanza a las circunstancias de hecho ni, por tanto, a los datos físicos de la finca o a su extensión, aunque consten en el Registro de la Propiedad; carece, pues, de aplicación tal precepto cuando, ante la indefinición de linderos, ha de procederse al deslinde (entre otras, SSTS de 1 de octubre de 1991 y 2 de noviembre de 2009).

Usucapión. Necesidad de prueba de la posesión en concepto de dueño.—Afirma el Tribunal Supremo que el poseedor ha de probar que no es mero detentador, por lo que ha de acreditar un plus de actividad de tenencia material. Por ello, sus actos posesorios no han de ser equívocos, sino que han de manifestarse externamente al tráfico como efectivos actos de dominio en nombre propio. Se trata de una cuestión de hecho que debe probarse (SSTS de 10 de febrero de 1997 y 16 de noviembre de 2005), sin que sea suficiente la mera intención ni el acto volitivo de querer o creer (SSTS de 2 de julio de 1991, 3 de junio de 1993 y 25 de octubre de 1995), y sin que exista precepto que autorice a presumir la posesión en concepto de dueño (SSTS de 4 de julio de 1963 y 18 de octubre de 1994). (**STS de 14 de mayo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La empresa propietaria de una finca plantea acción de deslinde, solicitando la declaración de que su finca tiene los límites que indica en la demanda, así como que se practique el amojonamiento de los referidos linderos. En especial, la demanda se centra en el lindero oeste, respecto del que el propietario de la finca colindante discute el trazado de los límites, en especial en relación a un aljibe que se encuentra entre ambas fincas. De hecho, este propietario se opone a la demanda de deslinde planteada, alegando que, con ello, se está encubriendo una acción reivindicatoria o declarativa de dominio, puesto que los límites ya estaban perfectamente delimita-

dos conforme a una segregación realizada en el pasado, respecto de una finca matriz. No obstante, en la escritura de segregación de las fincas, las delimitaciones físicas no quedan claras.

La demanda es desestimada en primera instancia, y la demandante interpone entonces recurso de apelación. La Audiencia Provincial estima el recurso y declara la procedencia del deslinde, así como la corrección de los límites planteados por la demandante-recurrente, por lo que ordena la práctica del amojonamiento solicitado. El propietario de la finca colindante interpone recurso de casación. (*A. M. M.*)

62. Deslinde administrativo de la zona marítimo-terrestre.—Supone la declaración de que los bienes incluidos en el deslinde quedan incorporados al dominio público marítimo-terrestre, con la cabida y los linderos que hayan sido fijados.

El deslinde equivale al título de dominio y puede acceder al Registro de la Propiedad, por lo que puede afectar a titularidades ya inscritas en el Registro que no pueden prevalecer sobre el carácter demanial de los bienes deslindados. También afectaría a los terceros hipotecarios del artículo 34 LH.

Titularidades dominicales afectadas por el deslinde.—Los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad afectados por el deslinde pueden ejercer las acciones pertinentes en defensa de sus derechos, bien ante la jurisdicción contencioso-administrativa bien ante el orden jurisdiccional civil. (**STS de 25 de mayo de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una Comunidad de Propietarios demandó a la Administración del Estado, en concreto, a la demarcación de costas de Cantabria con el fin de que se declarase que determinados bienes inmuebles eran propiedad de los actores y no dominio público.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda negando cualquier derecho del Estado sobre los referidos bienes. Presentado recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia de instancia declarando que los referidos bienes fueron propiedad de los actores hasta la entrada en vigor de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988.

Los actores interpusieron entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo que fue desestimado (STS de 28 de noviembre de 2005). Tras ello, presentaron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que anuló la mencionada sentencia del Alto Tribunal y ordenó dictar una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado (STC de 26 de noviembre de 2009). El Tribunal Supremo, ateniéndose al pronunciamiento de la indicada sentencia, estimó el recurso de casación confirmando la de primera instancia. (*J. D. S. C.*)

63. Interpretación de los Estatutos de la Comunidad. Sistemas de contribución a los gastos de la Comunidad.—El artículo 9.1.e) LPH contempla la posibilidad de que en los Estatutos de una Comunidad se establezca que la contribución al pago de gastos generados en el ámbito de la Comuni-

dad sea calculada en base a otros sistemas de contribución diferentes al sistema general de reparto de coeficientes de participación. De ahí que en los Estatutos se puedan establecer dos tipos de coeficientes, delimitados y perfectamente compatibles entre sí: de una parte, los gastos de conservación, reparación y mantenimiento de los elementos comunes y, por otro lado, los gastos de servicios comunes, atendiendo los primeros al coeficiente de propiedad, pero no así el segundo grupo de gastos referido. **(STS de 15 de junio de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El litigio causante de la presente sentencia trae causa de la demanda presentada por D.L.B. y D.G. contra la Comunidad de Propietarios de la que forman parte. Los actores solicitan la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados por la citada Comunidad en la que se fija la cuota de participación en las obras que habría de afrontar esta Comunidad, por entender que dichas cuotas no se ajustan a las cuotas de participación que figuran en los Estatutos de la Comunidad. El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda.

Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial dicta sentencia por la que desestima el recurso formulado y confirma la sentencia de instancia. La Audiencia entiende que el acuerdo por el que se estableció la forma de participar en los gastos extraordinarios, cuya nulidad se pretende, no modificó en punto alguno los Estatutos de la Comunidad, puesto que en estos ya se establecían dos tipos de coeficientes perfectamente compatibles, uno en base al coeficiente de propiedad y otro consistente en un sistema de contribución distinto, aplicables según cuál fuera la naturaleza del gasto.

Contra la citada sentencia, la parte actora interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a éste. *(G. M. A.)*

64. Orden del día de la convocatoria de una Junta de Propietarios.—Es imprescindible que se fijen con claridad los asuntos que habrán de ser objeto de debate en la Junta de Propietarios, con la finalidad de que todos los comuneros conozcan con la debida antelación los temas a tratar. De este modo, dispondrán de la información suficiente para decidir el sentido de su voto en la Junta, la posibilidad de delegarlo a favor de un tercero o, sencillamente, no asistir a su celebración.

Por ello, no será válido un acuerdo adoptado en Junta de Propietarios si previamente a su celebración no se hizo constar en el orden del día la materia concreta del acuerdo. No constituye una excepción a esta norma imperativa, el carácter urgente en la ejecución de obras que deba realizar la Comunidad de Propietarios, porque ello derivaría en una enorme inseguridad jurídica. **(STS de 15 de junio de 2010;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Doña A., doña J. y doña M. R. demandaron a una Comunidad de Propietarios para interesar la nulidad de uno de los acuerdos alcanzados en Junta de Propietarios respecto de la ubicación de unos tubos de ventilación.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso confirmando la resolución dictada en primera instancia. Finalmente, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante. (*J. D. S. C.*)

65. Mayoría exigible para modificar el modo de participación en los gastos de una Comunidad de Propietarios.—No debe confundirse la mayoría necesaria para la realización de obras o el establecimiento de un servicio de interés general para una Comunidad de Propietarios, con la mayoría imprescindible para modificar el modo de participación de los comuneros en los gastos derivados de tales obras o servicios. (**STS de 30 de abril de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Una Comunidad de Propietarios acordó en Junta la sustitución de una caldera de carbón por otra de gas y, además, que la distribución del coste de la obra se distribuyera por partes iguales entre los comuneros. Ambos acuerdos se adoptaron por mayoría de tres quintos.

Doña S. promovió demanda de juicio declarativo ordinario frente a la citada Comunidad de Propietarios solicitando la nulidad del acuerdo por el que los gastos de las obras se repartirían por partes iguales entre los copropietarios.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda declarando que el importe de las obras habría de distribuirse entre los comuneros atendiendo a su coeficiente de participación. En grado de apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por la Comunidad. La actora acudió entonces al Tribunal Supremo que declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto y confirmó la sentencia de primera instancia. (*J. D. S. C.*)

66. Acuerdos adoptados en Junta de Propietarios que vulneran normas administrativas.—En estos casos, el incumplimiento de una determinada norma no da lugar únicamente a la sanción administrativa que corresponda sino que, además, esa infracción tiene consecuencias sobre la validez y eficacia de los acuerdos adoptados. En función de las circunstancias y efectos de los actos y la índole y finalidad de la norma contrariada, el juzgador debe decidir acerca de la validez (SSTS de 9 de octubre de 2007 y 25 de septiembre de 2006), o posible nulidad del acto contrario a la Ley (SSTS de 31 de octubre de 2007 y 30 de noviembre de 2006). (**STS de 11 de junio de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Una Comunidad de Propietarios tomó la decisión de cerrar con llave la puerta del portal por motivos de seguridad. Uno de los propietarios demandó judicialmente a la Comunidad alegando la vulneración de una serie de normas administrativas entre las que se encontraban algunas relativas a la prevención y extinción de incendios.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda aunque la resolución fue revocada por la Audiencia Provincial en apelación.

La sentencia de la Audiencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo quien, finalmente, estimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. (J. D. S. C.)

67. Efectos de la ejecución de una hipoteca rentaria. Consolidación y confusión.—El artículo 157 LH otorga a la hipoteca rentaria una configuración propia, que la separa de la hipoteca normal que garantiza una deuda-capital. Interpretando el párrafo tercero del citado precepto por su texto, por sus antecedentes y por su función teleológica, se entiende que el adquirente por enajenación forzosa de una finca hipotecada con hipoteca rentaria, la adquiere con la carga de tal hipoteca y, al tiempo, asume la obligación de pago de la renta que está garantizada con tal hipoteca. De manera que dicho adquirente no sólo se subroga en la responsabilidad real por la hipoteca, sino también en la concreta obligación personal garantizada. Ello implica que cuando el acreedor de la renta garantizada por la hipoteca es aquella persona que posteriormente adquiere la finca hipotecada se produzcan dos consecuencias. Una, la extinción del derecho real de hipoteca, por consolidación, pues al adquirir el derecho real pleno —propiedad— se extingue el derecho real limitado —hipoteca—. Y dos, la extinción de la obligación de pago de la renta, por confusión, conforme al artículo 1192 CC, pues, dado que el citado artículo 157 LH dispone que la adquisición de la finca hipotecada con hipoteca rentaria implica la asunción de la obligación de pago de la renta, ello reuniría en la misma persona las titularidades de acreedor y deudor de esa obligación de pago.

Excepción de cosa juzgada material.—Los presupuestos de la cosa juzgada material se conocen como la doctrina de las tres identidades (entre otras, SSTs de 22 de junio de 1987, de 18 de julio de 1990, de 26 de noviembre de 1990 y de 13 de octubre de 2000), pues, además de la existencia de un litigio distinto a aquél en que dicha excepción se alega, se requiere la identidad en ambos litigios de las partes, de las cosas y de las acciones. Las identidades de acción y de *causa petendi* no se dan cuando el primer proceso versa sobre la reclamación de la cantidad debida por razón de un contrato de renta vitalicia y en el segundo proceso se pretende la aplicación del artículo 157 LH para que se declare la extinción de la obligación de pago de la renta por compensación. (STS de 18 de junio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—D.C. interpone demanda contra D.M. interesando la declaración de que la demandada, al adquirir las fincas hipotecadas con una hipoteca rentaria, adquirió también la obligación personal de pago de la renta vitalicia prevista en el contrato del que dicha hipoteca trae causa, por lo que el actor quedó liberado del cumplimiento de esa obligación de pago a favor de la adquirente (demandada). El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda.

La demandada interpone recurso de apelación alegando la excepción de cosa juzgada. La Audiencia Provincial estima dicho recurso y revoca la sentencia dictada en primera instancia.

Contra esta sentencia el demandante originario interpone recursos por infracción procesal, que combate la apreciación de la cosa juzgada llevada a cabo por la sentencia recurrida, así como recurso de casación, y de casación, que mantiene la aplicación a este caso

del párrafo tercero del artículo 157 LH. El Tribunal Supremo estima el recurso y confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (G. M. A.)

68. Derecho de opción. Plazo de ejercicio en caso de inmatriculación.—El artículo 207 LH no empece a que el *dies a quo* para el ejercicio de la opción sea la inscripción registral conforme al artículo 205, tal como ha mantenido la jurisprudencia en sentencias de 18 de abril de 2000 y 22 de enero de 2010 (y también, aunque no tan claramente, las de 21 de enero de 1992 y 15 de enero de 2001).

El artículo 207 LH es una medida que suspende la fe pública registral respecto a una inmatriculación que se ha obtenido por un medio que al legislador le merece una sospecha de irregularidad y que si realmente ha producido una inexactitud del Registro de la Propiedad no pueda quedar consagrada por aquel principio, que, por ello, queda suspendida su eficacia. Por tanto, su alcance es la limitación o paralización de la protección que brinda el artículo 34 LH: es una limitación del efecto esencial del Registro de la Propiedad; lo que significa que no es una carga o gravamen. Así, el plazo para el ejercicio de la opción de compra, si se ha pactado que el *dies a quo* sea la inscripción en el Registro de la Propiedad (o la notificación de esta inscripción), no queda alterado por razón de que ésta se haya practicado al amparo dispuesto en el artículo 205 LH, y con más razón si no se ha pactado: el transcurso de este plazo no altera el cumplimiento del precontrato de opción.

Precontrato de opción.—El precontrato de opción es aquel por el que una de las partes atribuye a la optante el derecho de decidir la puesta en vigor de un contrato (normalmente de compraventa) en un concreto plazo (SSTS de 21 de noviembre de 2000, 5 de junio de 2003 y 26 de marzo de 2009). Por tanto, el efecto que produce es que si el optante ejercita su derecho, pone en vigor el precontrato y la otra parte, la concedente, tiene el deber jurídico de celebrarlo efectivamente. Y el optante, desde el momento en que declara su voluntad de ejercicio de la opción, puede exigir dicha celebración, que se hará de mutuo acuerdo o por resolución judicial, tras el procedente proceso. Lo cual se llevará a cabo inmediatamente, o más tarde o, por ejemplo, cuando se haya procedido a la inscripción de la finca objeto del precontrato en el Registro de la Propiedad. (STS de 23 de abril de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Doña Petra y doña Celestina, como arrendadoras, y doña Araceli, como arrendataria, suscribieron un contrato de arrendamiento sobre una finca, en el que se establecía que durante el tiempo que durara el arrendamiento, incluido su prórroga, la parte arrendataria podría hacer uso de una opción de compra de la finca, debiendo en tal caso hacerse saber a las arrendadoras como mínimo con dos meses antes del vencimiento del contrato.

La arrendataria notificó a las arrendadoras su decisión de ejercitar la opción de compra, si bien haciéndolas saber que la finca no aparecía inscrita en el Registro de la Propiedad, por lo que las requería para que le facilitaran los documentos públicos que acreditaran su titularidad. A consecuencia de ello, las partes suscribieron el denominado «anexo al contrato de arrendamiento con opción a compra», en el que hicieron constar la común disposición para llevar

a cabo la opción, la advertencia al tiempo de llevarla a cabo de la falta de inscripción de la finca, por lo que «estando realizando los trámites pertinentes para la inscripción de la finca resultante de la agrupación en el Registro de la Propiedad, por mutuo acuerdo de las partes intervinientes, se proroga la opción de compra de la finca, hasta tanto sea inscrita en el citado Registro de la Propiedad a favor de las transmitentes y por el tiempo necesario hasta tal inscripción, y a estos efectos, la arrendataria doña Araceli seguirá abonando la renta pactada en los términos establecidos en el contrato de arrendamiento (...), cuyas cantidades se descontarán igualmente del precio final de la compraventa», y que «una vez inscrita la finca en el Registro de la Propiedad a favor de las arrendadoras éstas notificarán a doña Araceli haber procedido a dicho trámite de inscripción y estar en disposición de llevar a cabo la transmisión de la finca».

Las arrendadoras comunicaron a la arrendataria que ya se había practicado la inscripción, conminándola para llevar a cabo la escritura de compraventa; a lo que ésta contestó, manifestando que tras comprobar que solo está inscrita la agrupación pero no la escritura de declaración de obra nueva, les ratificaba su intención de ejecutar la opción de compra en cuanto le notificasen la inscripción de la declaración de obra nueva referida. Se practicó la inscripción de la obra nueva, requiriéndose notarialmente a la arrendataria, concediéndole nuevo plazo de treinta días para optar por elevar a público el contrato y en consecuencia adquirir la finca en cuestión; a lo que se contestó por la requerida, alegando la limitación del artículo 207 LH y que «por lo tanto el derecho de opción de compra no caducará, según el anexo del precitado contrato hasta en tanto no estén dispuestos a transmitirme el bien libre de cargas y gravámenes estando debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad». Las arrendadoras respondieron insistiendo en su requerimiento, sin que la limitación alegada por la contraparte impida transmitir la finca libre de cargas y gravámenes, y se personaron en la notaría señalada al efecto, sin hacerlo doña Araceli. Ante ello, se hizo saber por vía notarial a la arrendataria la resolución de la opción de compra a ejercitar al haber transcurrido el plazo pactado y sus correspondientes prórrogas y no haber comparecido en el plazo señalado, manteniéndose el contrato como exclusivo arrendamiento; a lo que la arrendataria contestó insistiendo en que deben transcurrir dos años desde la inscripción practicada conforme al artículo 205 LH para la transmisión del bien inmueble objeto del contrato.

Doña Petra y doña Celestina interpusieron demanda contra doña Araceli, solicitando se declarara que el derecho de opción de compra litigioso está caducado, careciendo la demandada de tal derecho por incumplimiento de su obligación de ejercitarla en tiempo y forma; a lo que la demandada se opuso, formulando demanda reconvenzional en que se interesaba la condena de las demandadas al otorgamiento de la escritura pública respecto de la finca, libre de cargas y gravámenes y con eficacia frente a terceros de la inscripción registral.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, declarando extinguido el derecho de opción de compra, y desestimó íntegramente la demanda reconvenzional. Interpuesto recurso

de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, doña Araceli interpuso recurso de casación, siendo estimado por el Tribunal Supremo, que anula la sentencia impugnada y en su lugar desestima la demanda y estima parcialmente la demanda reconvenzional, condenando a las demandadas al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, sin alusiones a cargas o limitaciones. (F. J. J. M.)

69. La limitación de efectos del artículo 207 LH –suspensión de la fe pública registral– no constituye carga o gravamen del inmueble al que afecta.—La cuestión esencial que se ha planteado en la instancia y que se reproduce en casación es el alcance o, con mayor precisión, la limitación de efectos que establece el artículo 207 LH respecto a la inmatriculación que se ha hecho conforme el artículo 205 que es el caso presente y que reza así: «Las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los dos artículos anteriores no surtirán efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha.»

Lo cual significa que el principio de fe pública registral en beneficio del tercero hipotecario deja de actuar durante el plazo de dos años a contar de la inscripción de inmatriculación. Lo que no es más que una medida que suspende la fe pública registral respecto a una inmatriculación que se ha obtenido por un medio que al legislador le merece una sospecha de irregularidad y que si realmente ha producido una inexactitud del Registro de la Propiedad no pueda quedar consagrada por aquel principio, que, por ello, queda suspendida su eficacia. Por tanto, el alcance del artículo 207 LH es la limitación o paralización de la protección que brinda el artículo 34 de la misma Ley. Este es el efecto que produce la norma y constituye su calificación: es una limitación del efecto esencial del Registro de la Propiedad; no más; ni menos, ciertamente. Lo que significa que no es una carga o gravamen.

Y así lo ha dicho esta Sala en la sentencia de 18 de abril de 2000 cuya doctrina ahora se reitera. Dice literalmente: «se pactó que la vendedora se obligaba a entregar la finca vendida libre de cargas y gravámenes y es evidente que la limitación establecida por el artículo 207 de la Ley Hipotecaria a las inmatriculaciones hechas en la forma realizada (art. 205 de la misma Ley), como con acierto dice la sentencia recurrida, no entraña ninguna carga o gravamen, en el sentido jurídico propio de dichos términos, aparte de que la referida limitación no podía entrañar prácticamente perjuicio alguno para el comprador, ya que aparece plenamente probado en este proceso que la vendedora (inmatriculante) Sra. Aurora, es la verdadera y única dueña de la finca vendida e inmatriculada a su nombre».

No con la misma contundencia, ya que el caso (a diferencia del anterior) no es el mismo, la sentencia de 21 de enero de 1992 reiterada por la de 15 de enero de 2001, dice: «procede la estimación de la demanda interpuesta después de transcurridos dos años desde la fecha del asiento de presentación, porque es lo cierto que técnicamente los inmatriculantes no quedan protegidos ni antes ni después de los dos años desde la fecha del asiento de presentación; lo que quiere decir el artículo 207 LH es que el adquirente del inmatriculante, al amparo del artículo 205 LH, no queda protegido hasta transcurridos dos años de la inscripción primaria, pues, así cabe hacerlo

de acuerdo con la doctrina científica y por interpretación sistemática del Ordenamiento Jurídico; y ello por la razón de que la fe pública registral (art. 34 LH), para poder operar, exige adquirir, en forma onerosa, del titular inscrito con facultades para transmitir el dominio o derecho real de que se trate, y es de lógica incuestionable que no puede atribuirse mejor condición a los títulos intabulados con el procedimiento excepcional del artículo 205 LH que a los que lo fueron por procedimientos ordinarios, pues, como dice la doctrina científica, el artículo 207, es un resorte cautelar que emplea la Ley por la desconfianza que entraña aquel procedimiento excepcional, y prueba de ello es que el lapso carencial establecido en el precepto sólo atañe a los regulados por los artículos 205 y 206 del mismo texto, y como quiera que los demandados son los inmatriculantes, no pueden verse protegidos por el principio de fe pública registral». (STS de 22 enero 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Gacisa suscribió un contrato de opción de compra de una finca con Coexa. El plazo pactado para el ejercicio de la opción fue de treinta días naturales a partir de la notificación por parte de Coexa de la inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad libre de cargas y gravámenes. Gacisa ejercita acción de cumplimiento de contrato frente a Coexa acumulada a la acción de nulidad del contrato de compraventa celebrado posteriormente entre la demandada y una tercera sociedad y a la acción de nulidad de contrato relativa al préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre esta tercera sociedad y una entidad financiera. El núcleo de la contienda era el plazo para el ejercicio del derecho de opción previsto en el contrato. La notificación se había llevado a cabo pero la inscripción practicada había sido la de inmatriculación que, realizada al amparo del artículo 205 LH, comportaba la limitación de efectos impuesta por el artículo 207 de la misma norma. El optante se negó a perfeccionar la compraventa por razón de tal limitación a la que calificó de carga. De ahí que el centro del litigio se desplazase a determinar si la limitación del artículo 207 LH debía ser considerada como carga o gravamen. El Juzgado no lo entendió así y desestimó la demanda por entender que se había extinguido el derecho de opción de compra al transcurrir el plazo fijado para su ejercicio. Idéntico criterio mantuvo la Audiencia. Interpone Gacisa recurso de casación declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

70. Ejercicio de la opción de compra dentro del plazo concedido aunque fuera conocido por el concedente después de expirado ese plazo.—La declaración del optante de ejercitar el derecho de opción es una declaración recepticia. Lo que significa que debe realizarse dentro de plazo, en el sentido de que debe emitirse dentro del mismo, desprendiéndose de la misma, dirigida al concedente de la opción, sin que tenga trascendencia que éste la reciba y conozca después de transcurrido el plazo.

Naturaleza jurídica de la cesión de la opción de compra a un tercero.—Se trata de un caso de cesión de contrato, en este caso de precontrato, de origen convencional, pactado en aras del principio de autonomía de la voluntad, respecto a la que deben destacarse tres extremos. El primero: la notifica-

ción es un requisito que se exige por razón del pacto, pero no es un presupuesto esencial de la cesión del contrato; es decir, debe hacerse, pero el no hacerlo no implica la nulidad de la cesión. El segundo: en el presente caso, se hizo la cesión primero en documento privado (4 de abril de 2003) y posteriormente en escritura pública (25 de septiembre de 2003) y se notificó aún tardíamente. El tercero: en todo caso, el que quedó obligado por el pacto, obligación de notificar, es el contratante (precontratante) que fue el cedente, no el cesionario que es quien ha ejercido la opción y a éste no le pueden alcanzar los efectos negativos de un incumplimiento por parte de aquél.

Carácter de tercero hipotecario del adquirente del concedente de la opción de compra.—Los hermanos concedentes del derecho de opción carecían de poder de disposición sobre la finca objeto del mismo, pese a lo cual la vendieron a un tercero y éste resulta ser tercero hipotecario, protegido por la fe pública registral que proclama el artículo 34 LH y así lo expuso con detalle la sentencia del pleno de esta Sala de 5 de marzo de 2007 seguida por una larga serie de sentencias posteriores. Por tanto, la compraventa no es nula y el adquirente está protegido como tercero hipotecario.

Puede reclamarse en un proceso posterior la indemnización de daños y perjuicios que no puede determinarse en este proceso por falta de prueba.—Lo cual no quiere decir que quede falto de toda consecuencia del incumplimiento por los demandados, hermanos X, del precontrato de opción. Se ejercitó en tiempo y forma y tal declaración que se hace en la presente resolución no impide que puedan obtener la pertinente indemnización de daños y perjuicios, que no puede determinarse aquí por falta de prueba de su cuantía, pero puede hacerse en proceso posterior. Es decir, sí se le han producido daños y perjuicios, pero no se les puede estimar en este proceso porque no ha habido prueba de su cuantía. (STS de 30 de abril de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Cuatro días antes de que caducara la opción de compra, la concesionaria comunicó a una de las concedentes que había cedido el derecho a un tercero y el cesionario ejercitó ese mismo día la opción, que fue recibida por el concedente diez días después de que hubiera caducado el plazo. La sociedad demandante cesionaria ejercitó una acción de cumplimiento de un precontrato de opción de compra con formalización de la escritura de compraventa, además de otro pedimento relativo a la nulidad de la compraventa a otra sociedad. El Juez de primera instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó esta decisión. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

71. Doble inmatriculación. La protección del tercero hipotecario no comprende la extensión superficial de la finca.—La fe pública del registro asegura la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la inscripción de la finca quedando ello sometido al resultado de las pruebas practicadas.

Destrucción de la presunción de buena fe en la usucapción *secundum tabulas*.—En el presente caso se desprende con claridad de los hechos probados —y así lo considera la Audiencia recurrida— que tal presunción ha queda-

do destruida en tanto que, con independencia de la calificación que mereciera la actuación de la recurrente, la entidad Z no puede considerarse de buena fe la posesión de su causante y, en consecuencia, no puede entenderse cumplido el plazo de prescripción adquisitiva ordinaria a favor de dicha recurrente, que compró la finca en el año 1999.

Ambito del artículo 1224 CC.—Dicha norma no se refiere al supuesto de elevación a público de un contrato de compraventa suscrito en documento privado, sino a las escrituras públicas por las que se reconoce o confiesa la existencia de otro documento público o privado anterior sin necesidad de incorporar a las mismas el contenido de tal documento, con efectos puramente confesorios del acto o negocio primitivos (SSTS de 15 de octubre de 1985 y de 22 de diciembre de 1986), por lo que esta Sala los ha calificado de «contratos reproductivos» o de «fijación jurídica» (STS de 16 de febrero de 1990). Se trata, por tanto, de un supuesto distinto al que ahora se discute y, por tanto, no cabe considerar que se ha producido infracción de dicha norma que resulta inaplicable. Además, tratándose de una relación jurídica entre terceros, en nada puede afectar a los derechos dominicales de la actora lo convenido por los mismos. (STS de 30 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—A, comprador de una finca instó un expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, a consecuencia del cual la finca pasó a figurar inscrita a su nombre. Seguidamente, A instó otro expediente de dominio dirigido a registrar una mayor cabida de la finca que afirma tiene un total de 93 hectáreas, haciendo uso de una referencia catastral que correspondía a otra finca, a cuyo propietario B no se dio audiencia como colindante en el referido expediente, obteniendo un resultado favorable y dando lugar a la modificación de su inscripción, de modo que comprendía en su titularidad gran parte de la finca colindante. Posteriormente, la finca fue vendida a C, que la dividió en tres nuevas fincas, consumándose la doble inscripción de las 69 hectáreas que fueron objeto del exceso de cabida. B interpuso demanda contra don A, C y los vendedores de la finca a A en ejercicio de acción declarativa de dominio acumulada a otra reivindicatoria, interesando la declaración de nulidad de las transmisiones contractuales así como las oportunas cancelaciones de asientos en el Registro de la Propiedad y, subsidiariamente, interesaba la indemnización de daños y perjuicios en la parte del inmueble litigioso de que la parte actora ha quedado desprovista. El juez de primera instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esa decisión. (M. C. B.)

DERECHO DE FAMILIA

72. Naturaleza y efectos del derecho al uso de vivienda atribuido por sentencia judicial al amparo del artículo 96 CC: unificación de doctrina jurisprudencial.—El uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges en aplicación del artículo 96 CC se configura como un derecho cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se ha atribuido el

uso, solo o en unión de los hijos, según se infiere del artículo 96, último párrafo, CC. El alcance de la facultad de oponerse a la reclamación por parte de un tercero de la vivienda ocupada por uno de los cónyuges ha sido determinado por la jurisprudencia según las circunstancias de cada caso, aplicando el principio de que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente.

La jurisprudencia de esta Sala, no obstante, ha experimentado vacilaciones en cuanto a la determinación de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda atribuido por sentencia y en cuanto a los efectos del mismo. En algunos casos se ha calificado a este derecho como un derecho de eficacia real oponible a terceros (SSTS de 13 de diciembre de 1991, RC núm. 2987/1991, de 18 de octubre de 1994, RC núm. 1817/1991), y se ha afirmado que la protección de la vivienda familiar frente a terceros se produce con un ámbito objetivo equivalente al del derecho que la familia tiene al uso, incluyendo en este concepto el derecho privativo del cónyuge a quien se priva del uso. De esta suerte, se ha estimado en alguna ocasión que en el supuesto de pertenencia de la vivienda como bien privativo a uno de los cónyuges, de pertenencia al patrimonio ganancial o de titularidad en régimen de comunidad en favor de ambos cónyuges, la reclamación de un tercero, aunque haya adquirido la finca en pública subasta a raíz de la división de la comunidad, no determina la extinción del derecho de uso, consecuencia de una situación jurídica tutelada legalmente (SSTS de 11 de noviembre de 1992, 14 de julio de 1994, 22 de abril de 2004, 6 de junio de 2007 y 27 de noviembre de 2007, RC núm. 4615/2000) y que en las situaciones en las cuales existe una relación contractual que justifica la posesión por parte de uno de los cónyuges, deben aplicarse, frente a la reclamación del tercero, los efectos que el CC atribuya al expresado contrato, que puede ser el de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado (SSTS de 2 de octubre de 2008 y 30 de octubre de 2008, RC núm. 2771/04).

El expresado panorama jurisprudencial exige que, con fines de unificación de doctrina, se pronuncie el Pleno de esta Sala acerca de la naturaleza y de los efectos del derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial al amparo del artículo 96 CC. Así lo hacemos en el mismo sentido fijado por la STS de 18 de enero de 2010, RC núm. 1994/2005.

El artículo 96 I CC establece que «[e]n defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden». El artículo 96 III CC añade la posibilidad de acordar que el uso de la vivienda familiar temporalmente pueda atribuirse al cónyuge no titular «siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección». El derecho contemplado en estos preceptos comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96 IV CC en los siguientes términos: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado

en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008).

La aplicación de esta doctrina debe ser amoldada a las circunstancias en aquellos casos en los cuales la vivienda cuyo uso se atribuye al cónyuge no titular no pertenece en propiedad al otro cónyuge, sino que ha sido atribuido a éste en virtud de un contrato, como puede ocurrir cuando se considera probado que la vivienda se ha atribuido al citado cónyuge en virtud de un contrato de comodato. En estas situaciones, si la ley no reconoce el derecho del cónyuge a quien se concede el uso a subrogarse en los derechos contractuales del otro cónyuge, resulta procedente examinar la naturaleza de los actos realizados por éste último en el ámbito de la relación contractual que mantenía con el propietario de la vivienda. Este examen debe realizarse con el fin de decidir si la legitimación del propietario para reclamar la vivienda deriva de actos del cónyuge no titular que constituyen actos de disposición o, por el contrario, nace de otras circunstancias derivadas del contenido del contrato, como puede ser la existencia de una condición resolutoria para el caso de separación o extinción de la relación conyugal. En la hipótesis de la concurrencia de actos de disposición, estos actos solo pueden ser realizados si concurren los presupuestos establecidos en el artículo 96 III CC. La falta de estos presupuestos es determinante de un supuesto de nulidad oponible a terceros, siempre que concurra la debida publicidad registral, salvo que se den los presupuestos para la protección del tercero hipotecario o de buena fe.

Como decimos en la sentencia del Pleno de la Sala contemporánea a ésta, resulta, pues, matizada nuestra anterior jurisprudencia (SSTS de 2 de diciembre de 1992, 17 de julio de 1994 y 14 de abril de 2009, entre otras) en el sentido de que si el título que permitió a uno de los cónyuges el uso de la vivienda perteneciente al tercero tiene naturaleza contractual, el otro cónyuge no se subroga en la relación contractual por el hecho de habersele atribuido el uso de la vivienda por sentencia dictada en pleito matrimonial.

Estas situaciones contrastan con aquellas en las cuales los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso, mediante la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del artículo 96 CC no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges. De esto se sigue que el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges, pues la decisión de poner fin a la situación de precario por parte del propietario de la vivienda no presupone acto alguno de disposición previo por parte del precarista. Esta misma situación se da cuando, existiendo originariamente un comodato (u otro tipo de contrato o derecho que atribuye el uso del inmueble), desaparecen los presupuestos determinantes de la titularidad por parte del cónyuge que la ostentaba y el propietario o titular de la cosa no la reclama, pues entonces la situación de quien la posee es la propia de un precarista. En este punto, la doctrina que se fija en esta sentencia no comporta variación

sustancial de la que viene manteniendo esta Sala (SSTS de 30 de noviembre de 1964, 31 de diciembre de 1994, RC núm. 2987/1991, de 26 de diciembre de 2005), con arreglo a la cual la situación de quien ocupa una vivienda cedi- da sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial.

La aplicación de esta doctrina al caso examinado nos lleva a concluir que nos hallamos ante un simple precario, porque habiendo probado el actor su título de propiedad, no ha quedado probado que la demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer más que a título de precario el inmueble aquí reivindicado. **(STS de 14 de enero de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los cónyuges don Alfonso y doña Camino, propietarios de una vivienda, la vendieron mediante escritura pública a la inmobiliaria P. en mayo de 1988 pero continuaron viviendo en ella. Por sentencia de separación de abril de 1992, el uso de la vivienda fue adjudicado a la esposa. En julio de 1999, la inmobiliaria P. vende la referida vivienda mediante escritura pública a don Martín y doña Lourdes expresándose como carga que se hallaba poseída de hecho por doña Camino. La inmobiliaria P. y sus compradores ejercitaron acción reivindicatoria siendo ésta desestimada por el Juzgado. La Audiencia revocó la sentencia inferior y condenó a doña Camino a reintegrar la vivienda a doña Lourdes y don Martín. Doña Camino recurre en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar fijando doctrina en cuanto la naturaleza y efectos del derecho al uso de vivienda atribuido por sentencia judicial al amparo del artículo 96 CC. (*R. G. S.*)

73. Separación matrimonial: Pensión compensatoria por desequilibrio: Admisión: Doctrina general.—Con anterioridad a la última reforma legislativa, las SSTS de 10 de febrero y 28 de abril de 2005 se mostraron favorables a la temporalidad de la pensión compensatoria según las circunstancias, que de modo expreso ha aceptado luego la Ley 15/2005, de 8 julio, al dar nueva redacción al artículo 97 CC, y la jurisprudencia posterior (SSTS de 17 de octubre —dos—, y otra de 21 de noviembre de 2008). Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de compensar el desequilibrio que le es consustancial. Esta función obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC, que permiten valorar la idoneidad de la beneficiaria para superar el desequilibrio en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. Para formular este juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación. Las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de apelación, habrán de ser respetadas en casación siempre que sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC

y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como justificar su temporalidad. Solo es posible la revisión en el recurso de casación cuando el juicio prospectivo se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

Temporalidad de la pensión: Matrimonio, sin hijos, que duró menos de ocho años: Esposa menor de cuarenta años que realiza curso de especialización profesional.—La decisión de la Audiencia Provincial de fijar el límite de dos años a la pensión compensatoria no resulta una decisión gratuita, arbitraria o carente de la más mínima lógica, sino que se muestra como el resultado de un juicio prospectivo sobre la posibilidad real que tiene la actora de superar en un corto espacio de tiempo la inicial situación desfavorable respecto a la de su marido que a aquella le generó la ruptura. La s. recurrida toma en especial consideración que el matrimonio tuvo una duración aproximada de ocho años, valorando la edad de la esposa, inferior a 40 años al cesar la convivencia, la experiencia profesional inmediatamente anterior a contraer matrimonio y el hecho de que llevase un tiempo cursando estudios para obtener un título que permitiera acreditar su cualificación profesional y acceder al mercado laboral. Todos estos factores permiten a la Audiencia Provincial formar la convicción, con alto grado de certeza, de que el plazo de dos años va a ser suficiente para que la actora obtenga un empleo que le permita gozar de medios propios para obrar autónomamente, de modo que la función compensadora de la pensión se agote transcurrido dicho plazo. **(STS de 28 de abril de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

74. Ineficacia de los actos dispositivos realizados por el titular de la patria potestad sin autorización judicial.—Desde el momento de la entrada en vigor del Código civil, se empezó a plantear la cuestión del tipo de ineficacia de los actos realizados por el titular de la patria potestad sin la autorización judicial, sin que la doctrina del TS se haya pronunciado de forma uniforme, resolviendo por regla general a la vista del caso concreto y distinguiéndose tres posturas: una primera que afirma su nulidad radical (así, SSTS de 29 de abril de 1904, 8 de junio de 1917, 21 de junio de 1943, 9 de diciembre de 1953, 25 de junio de 1959, 14 de marzo de 1983, 17 de febrero de 1995 y 21 de enero de 2000, entre otras), por ser *per se* un acto inexistente, al faltarle uno de los requisitos, y un acto nulo por ser contrario a una norma imperativa e incurrir así en la sanción de nulidad del antiguo artículo 4, hoy 6.3, CC (STS de 28 de mayo de 1965, entre otras); una modalidad de la anterior que declara la nulidad de dicho contrato por tratarse de un acto realizado con extralimitación de poder, por lo que se aplica el artículo 1259 CC (SSTS de 9 de diciembre de 1953 y 21 de mayo de 1984); y una tercera posición que opta por la solución de la anulabilidad (así, SSTS de 30 de marzo de 1987, 9 de mayo de 1994, 23 de diciembre de 1997 y 3 de marzo de 2006), por existir consentimiento contractual aunque el de la parte vendedora adolezca de la falta de autorización judicial, de modo que si los contratantes representados (por representación legal) no han accionado interesando la anulación en el plazo de cuatro años que establece el artículo 1301 CC, se produce la confirmación por disposición de la Ley (prescripción sanatoria), por el transcurso del plazo de caducidad en el que podría ejercitarse aquella acción de anulación, posición seguida también por el artículo 154 del Código de Familia de Cataluña.

La falta de concreción del artículo 166 CC acerca del tipo de ineficacia que debe atribuirse a los actos realizados por el representante legal sin la autorización judicial obliga a plantearse cuál es el fin de protección que busca el ordenamiento jurídico cuando exige dicha autorización, ante lo que debe tenerse en cuenta que el artículo 166 CC es una norma imperativa, que coincide con lo dispuesto en el artículo 1259 CC y, a salvo la ratificación, su incumplimiento lleva a la aplicación del artículo 6.3 CC, es decir, la nulidad del acto; el fin de protección de la norma contenida en el artículo 166 CC es la salvaguardia del interés de los menores, que no pueden actuar por sí mismos y que pueden encontrarse en situaciones de desprotección cuando alguien contrata en su nombre y obliga sus patrimonios sin el preceptivo control, ya que deberán asumir las correspondientes deudas; la actuación de los padres siempre debe tener como finalidad el interés del menor, tal como dispone el artículo 154.2 CC, de modo que la representación legal no es un derecho de los padres, sino de los hijos, que les permite exigir que se actúe en beneficio de sus intereses; y finalmente que el propio artículo 1259 CC va a permitir que el contrato pueda ser objeto de ratificación por el propio interesado cuando sea favorable a sus intereses. Los actos de disposición previstos en el artículo 166 CC deben tener causas de utilidad justificadas y se deben realizar previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, autorización que no es un complemento de capacidad como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de disposición, puesto que los padres solos no pueden efectuarlo, todo ello para obtener la protección de los intereses del menor. El acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 CC, constituye un contrato o negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita, y por tanto, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aún no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1259.2 CC, de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente. (STS de 22 de abril de 2010; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Los hermanos doña Flor y don José María adquirieron por herencia de su madre un piso ganancial, habiéndose renunciado por su padre en la correspondiente partición a su parte de los bienes gananciales, al legado de usufructo y a la cuota legal usufructuaria y adjudicándose los hijos por mitad el caudal hereditario. Antes de dichas operaciones, don José María procedió a vender en nombre propio y de sus hijos menores de edad, en documento privado a don Ezequiel y doña Delia dicho inmueble, sin que se hubiera autorizado judicialmente la venta. Doña Flor y don José María demandaron a los compradores, don Ezequiel y doña Delia, y a don José María, su padre y vendedor, pidiendo que se declarara la nulidad del citado contrato de compraventa por falta del poder de disposición del vendedor y que se declarara la obligación de los compradores de reintegrar el inmueble al patrimonio hereditario, ante lo que los compradores opusieron la prescripción de la acción, de acuerdo con el artículo 1301 CC, porque entendían que la venta se

había convalidado por el transcurso de cuatro años desde la mayoría de edad de los herederos, sin que se hubiera impugnado, y que concurría fraude en la renuncia efectuada por el padre codemandado, y formularon reconvencción pidiendo que se declarara que eran los legítimos propietarios porque, además, habían pagado el precio.

Dicha demanda es estimada parcialmente en primera instancia, estimando la acción reivindicatoria por haber procedido el padre a la venta antes de la liquidación de la herencia de la madre y, respecto de la reconvencción, por aceptar don José María tácitamente la herencia de su esposa con la venta que realizó, por lo que la renuncia a los derechos hereditarios fue un acto nulo dado que éstos habían sido ya enajenados. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial lo estimó, considerando que había prescrito (*sic*) la acción y admitiendo la excepción alegada por los demandados, revocando la sentencia del Juzgado. Los demandantes interpusieron recurso de casación, siendo estimado por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

DERECHO DE SUCESIONES

75. Interpretación de testamento: Doctrina general.—La interpretación de testamento busca el sentido y alcance de la voluntad real del testador reflejada en el mismo, al tiempo de ser otorgado; es decir, pretende, como dice la STS de 31 de mayo de 2010, la reconstrucción de la voluntad del testador. La referencia a la voluntad real debe entenderse en el sentido de que en la interpretación debe entenderse el criterio subjetivista, es decir, el sentido que le dio el testador (SSTS de 6 de abril y 31 de diciembre de 1992 y 29 de diciembre de 1997). Asimismo, la voluntad del testador es la que quiso expresar al tiempo de otorgar el testamento (SSTS de 23 de enero de 2001 y 19 de diciembre de 2006). Cuya voluntad real se descubre no sólo analizando el texto del testamento, sino también, con las debidas precauciones las circunstancias exteriores al testamento —la llamada *prueba extrínseca*—, admitida jurisprudencialmente (STS de 6 de abril de 1992). El artículo 675 CC resalta como extremos: la búsqueda de la voluntad real del testador (*intención del testador*) y la prevalencia de la interpretación literal (*sentido literal*), y en la cláusula dudosa, si la hay, la intención reflejada en el testamento (*según el tenor del mismo testamento*). La doctrina ha resaltado que los actos de última voluntad deben ser interpretados desde el punto de vista del testador, que es el *ángulo visual de la interpretación del testamento*, negocio jurídico unilateral.

Interpretación de cláusula revocatoria: Prueba extrínseca.—El testador había otorgado un primer testamento el 16 de junio de 1993, y un segundo testamento el 21 de diciembre de 1995. En el primero instituyó como heredera a su esposa doña Felicidad, y legó a su sobrino don Gaspar el vivienda en cuestión. En el segundo instituyó heredera a doña Elisabeth, sin perjuicio de los derechos que por ley correspondan a su esposa doña Felicidad, conteniendo la siguiente cláusula: *Revoca en todas sus partes cualquiera otra disposición que apareciera; todo ello por estar en este acto consignada fielmente su voluntad*. Hay que decir que la cláusula revocatoria es tan clara que no admite duda alguna; no puede entenderse que presente la más mínima oscuridad. Reconstruyendo la voluntad del testador y atendiendo al

ángulo visual mencionado, no cabe otra interpretación que fue la voluntad real del testador el revocar aquel testamento de 1993 que contenía el legado de la vivienda, que no fue recogido en el posterior en el que lo revocó expresamente. La prueba extrínseca invocada consiste en un documento privado, que nunca se elevó a público pese a que sí se legitimó notarialmente la firma, en el que donó la vivienda a su sobrino don Gaspar, el cual nunca llegó a hacer constar su aceptación. Pero tal prueba extrínseca no destruye la interpretación literal del testamento revocatorio. Parece que el testador en el documento privado *quiso donar* la vivienda que había legado, pero no formalizó la donación, y *quiso legarla*, en el primer testamento, pero no la legó en el último testamento válido. Es cierto que la doctrina de los autores que cita en el recurso es que hay que ir más allá de la interpretación literal pero ello no puede aplicarse cuando de ésta se desprende la voluntad del testador, en el sentido subjetivista y la intención del mismo, sin que se dé el *caso de duda* a que se refiere el artículo 675.

La revocabilidad es inherente al testamento.—Recoge la última voluntad del testador, sólo la última y ésta es variable hasta el momento mismo de la muerte, lo que ya se proclamaba en el Derecho romano (*ambulatoria est voluntas defuncti usque ad supremum exitum vitae*) y se reconoce en los artículos 737 ss. CC. En el presente caso, la última voluntad del testador es clarísima: la revocación expresa, que no admite duda, del testamento que disponía el legado. Y aunque no mediara la cláusula expresa de revocación, el segundo testamento era incompatible con el primero, ya que cambiaba la institución de heredero y no disponía el legado, por lo cual no podía aplicarse la compatibilidad de dos testamentos cuando el segundo es meramente accesorio del primero y aparece la voluntad del testador de conservar la eficacia del testamento, que no es el presente caso. (STS de 17 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.] (G. G. C.)

76. Preterición de hija no matrimonial: Doctrina general sobre interpretación de testamento, preterición intencional y errónea, y sobre partición con heredero aparente: a) La finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador; lo importante y esencial en el presente caso es conocer el momento en que se debe saber cual es esa voluntad real; y este momento es aquel en que declaró su voluntad, otorgando el testamento; este se perfecciona en el momento de su otorgamiento, mediante la emisión de la declaración de voluntad no recepticia; y al ser negocio unilateral y no recepticio, su interpretación debe referirse al tiempo de su otorgamiento y no al tiempo de su muerte, según reiterada jurisprudencia (entre otras SSTS de 29 de diciembre de 1999, 23 de enero de 2001 y 19 de diciembre de 2006);

b) La preterición intencional y errónea viene regulada por el artículo 814 CC, redactado por Ley de 13 de mayo de 1981 que produjo un cambio sustancial en su regulación. En todo caso exige la omisión de todos o algunos legitimarios en el contenido patrimonial del testamento, sin haberles atribuido en el mismo o anteriormente ningún bien, y que le sobrevivan. La intencional se produce cuando el testador sabía que existía el legitimario preterido, al tiempo de otorgar testamento y la no intencional o errónea, cuando el testador omitió la mención de legitimario hijo o descendiente ignorando su existencia, siempre al tiempo de otorgar testamento (así lo matizan las SSTS de 30 de enero de 1995, 23 de enero de 2001 y 22 de junio

de 2006). Los efectos son bien distintos: mientras que en la intencional se rescinde la institución de heredero en la medida que sea precisa para satisfacer la legítima y si no basta, se rescinden los legados a prorrata, en la errónea de alguno de los hijos o descendientes, se anula la institución de heredero y si no basta, se anulan los legados. En todo caso, la preterición de un legitimario no perjudica la legítima como dice el artículo 813.

c) La partición implica la división y adjudicación de los bienes que forman el patrimonio del causante a los coherederos y legatarios de parte alícuota, extinguiendo así la comunidad hereditaria. El artículo 1080 CC contempla el supuesto de que se haya practicado omitiendo a un coheredero, lo que da lugar a la nulidad si se prueba mala fe en los que la han practicado; la mala fe significa que conocían la existencia del coheredero y, pese a ello, lo han obviado. La omisión de un coheredero comprende también la de un legatario de parte alícuota, como dice la STS de 12 de junio de 2006. Igualmente, el artículo 1081 sanciona con la nulidad de la partición hecha con un heredero aparente, lo que debe comprender al legitimario de parte alícuota, no ya por analogía, sino por interpretación extensiva, ya que en uno y otro caso lo decisivo no es su carácter, sino su cualidad de sujeto de la partición.

Las cuestiones fácticas son indiscutidas. Don Severiano otorgó testamento el 9 de abril de 1990, cuyo contenido patrimonial dice: *Primero. Lega a su citada esposa la cuota viudal que por ley le corresponda. Segunda. Instituye herederas por partes iguales a sus dos citadas hijas y por premoriencia nombra sustitutos a sus respectivos descendientes*. De la mencionada «citada esposa» se divorció antes de su muerte; es una de las codemandadas. Las otras dos codemandadas son «sus dos citadas hijas». La demandante, doña Delfina nació el 31 de enero de 1981; el 9 de abril de 1996 se practicó la prueba biológica de paternidad y resultó ser aquel causante su padre extramatrimonial. Lo cual fue declarado por sentencia firme después de su muerte, que acaeció el 19 de febrero de 1999. Tras su muerte, producida la apertura de sucesión, sus dos hijas y sus hijas –todas demandadas– conociendo la existencia de aquella hija extramatrimonial, practican la partición en la que se adjudican la herencia y la que fue su esposa, que ya no lo es por razón de la disolución del matrimonio por divorcio, se adjudica la cuota viudal usufructuaria, como legítima del cónyuge viudo –que no lo es– verdadero legado de parte alícuota. Formulada demanda por la hija extramatrimonial, en ambas sentencias de instancia se estima y se declara que la actora había sido preterida no intencionalmente en el testamento de su padre, anulando la institución de heredero, volviéndose a abrir la sucesión del fallecido, con otros pronunciamientos, declarando asimismo la nulidad de la partición.

Al tiempo de otorgarse el testamento, momento al que debe referirse la interpretación del mismo, el testador no tenía ni podía tener conocimiento de la existencia de su hija extramatrimonial, pues la prueba biológica y la sentencia de filiación fueron posteriores. En consecuencia, la preterición no pudo ser intencional. El primer motivo del recurso alega infracción del artículo 675 CC, pero no es un tema de interpretación, sino de preterición.

El testador atribuyó como legado de parte alícuota, a su esposa, la cuota viudal que por ley le corresponda y en el momento de hacer la partición, al estar disuelto su matrimonio por divorcio, por ley no le correspondía ninguna cuota. Que los coherederos quisieran hacerle alguna atribución, podrían hacerlo por cualquier título válido, pero no como legítima. Por tanto, su intervención en la partición, no como heredero sin serlo, sino como sujeto de la

partición, legatario de parte alícuota, hace nula la misma pues el artículo 1081 le comprende también.

Las demandadas, al practicar la partición, tenían conocimiento (hecho probado e indiscutido) de la existencia de su hermana, heredera como ellas, de la herencia de su padre, por lo menos en cuanto a la legítima. El prescindir de la misma implica caer en la sanción de nulidad que establece el artículo 1080, al concurrir mala fe en los sujetos de la partición. **(STS de 31 de mayo de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

NOTA.—En el FD 5.º la s. extractada corrige una interna contradicción de la s. del Juzgado de Primera Instancia que, por un lado anula la institución testamentaria abriendo la sucesión legal, y, por otro, alude a la legítima larga de la actora preterida. En realidad, en el fallo se declaran herederas legales por partes iguales a las tres hijas. (G. G. C.)

77. Fideicomiso de residuo: Facultades dispositivas del fiduciario: Interpretación de testamento.—Si bien no es del todo cierto que la STS de 22 de julio de 1994 se pronuncia sobre la exclusión de los actos de disposición a título gratuito en caso de no facultarse expresamente al fiduciario, ya que de lo que trata es, en rigor, de la subrogación cuando lo que autoriza la cláusula testamentaria es simplemente a *disponer en vida*, no lo es menos que la misma sentencia sí declara que las facultades del fiduciario *han de interpretarse con criterio restrictivo, especialmente, porque lo normal es la sustitución fideicomisaria con deber de conservar, y aunque la figura del fideicomiso no encaje de manera plena en el marco de las sustituciones comprendidas en el artículo 781 CC ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores*. Sí es contundente, en cambio, la STS de 12 de febrero de 2002 cuando, en relación con una cláusula sobre los bienes de que no hubiera dispuesto la fiduciaria, declara que *en el poder de disposición del fiduciario en el fideicomiso de residuo no se comprenden los actos dispositivos a título gratuito, a no ser que se haya previsto expresamente por el fideicomitente*. Y esta misma doctrina se sigue por la STS de 7 de noviembre de 2008, al señalar que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición *mortis causa*, regla dispositiva plasmada en el apdo. 2 del artículo 426.53 CCCat cuando dispone que *la facultad de disponer a título gratuito, que debe establecerse de forma expresa, se entiende que se atribuye para hacerlo solo por actos entre vivos y comprende también la de disponer a título oneroso*. Si a todo ello se une que en el presente caso el testador fideicomitente designó expresamente a los tres hijos de la fiduciaria, habidos de dos matrimonios diferentes, expresando su voluntad de que los bienes de que la fiduciaria no hubiera dispuesto a su fallecimiento pasaran a ellos *necesariamente*, la conclusión que se impone es, con arreglo al artículo 765 CC, que la voluntad de los testadores, causantes comunes de su hija y sus nietos, era que éstos sucedieran por partes iguales en lo que quedara de lo heredado por su hija, designio igualitario que desde luego quedaba burlado si la fiduciaria, como efectivamente hizo, donaba los bienes procedentes de sus padres a dos de sus hijos excluyendo al tercero.

Nulidad de las donaciones hechas por la fiduciaria.—No puede apreciarse la caducidad ni la prescripción opuestas en la contestación a la deman-

da porque ni el plazo de cuatro años establecido en el artículo 1301 CC es aplicable a la nulidad por falta de poder de disposición del transmitente, ni la acción para impugnar las donaciones litigiosas podía ejercitarse, según puntualizan las SSTs de 12 de febrero de 2002 y 7 de noviembre de 2008, antes de morir la fiduciaria. (STS de 13 de mayo de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Conformes las partes en que ambos progenitores habían establecido una sustitución fideicomisaria de modo que de no disponer por actos *inter vivos* su única hija, los bienes pasaran necesariamente a todos los hijos que la fiduciaria tenía o podía tener de sus dos matrimonios, el tema discutido era la validez de las donaciones con que aquélla había beneficiado a dos de sus hijos, en perjuicio del tercero. Frente a lo dispuesto por ambas instancias se sigue una interpretación restrictiva y se anulan las donaciones. La STS de 22 de junio de 2010 (en este mismo fasc.) se inclina por una interpretación amplia. (G. G. C.)

78. Fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*: Interpretación amplia de las facultades del fiduciario para disponer a título gratuito.—Ha de ser compartido el criterio del juzgador de primera instancia en el sentido de que la cláusula quinta del testamento instituye un fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* que atribuye al fiduciario un amplísimo poder de disposición, quedando la expectativa del fideicomisario limitada por la condición de que pudiere quedar algo, dado el amplio poder dispositivo otorgado al fiduciario. El causante tenía en su mente la institución del fideicomiso de residuo y la ordena en dos ocasiones. Una, instituyendo fiduciaria a su esposa y fideicomisarios a los hijos del segundo matrimonio; otra, instituyendo fiduciario al hijo varón de mayor de edad don Landelino (hijo de su primera esposa), y fideicomisario al hijo varón del testador que siga en edad al mejorado, para el caso de que don Landelino falleciese sin descendencia masculina (en este caso, el demandante don Roberto). En ambos supuestos el testador otorga al fiduciario la facultad de disponer por actos *inter vivos* quedando el residuo para los fideicomisarios, pero con una diferencia importante: en el caso de la mejora emplea de modo redundante los adjetivos *pleno* y *absoluto* dominio y, además, faculta al fiduciario expresamente para exigir que en pago se le entreguen las casas solariegas los cuadros y alhajas existentes en el caudal relicto, en el número y cuantía que libremente se fije, cuya designación podrá hacer por sí solo. Le otorga así facultades omnímodas, facultades que no aparecen a favor de la esposa en la otra institución. Según la disposición testamentaria del causante, si el mejorado, don Landelino, hubiera tenido un hijo varón —que viviera al tiempo de su muerte— la sustitución fideicomisaria no habría tenido lugar, y el mejorado habría podido disponer de sus bienes propios y de los que integran la mejora como hubiera tenido por conveniente, incluso derrochándolos sin consideración ninguna, lo que permite colegir que el testador no hizo la institución pensando en sus posibles nietos (hijos varones de don Landelino), o en el fideicomisario, sino pensando en su primer hijo varón, don Landelino, a quien correspondían los títulos nobiliarios, cuyos honores quería rodear de su patrimonio adicional que le permitiera un tren de vida acorde con esas dignidades, pero sin ponerle ninguna traba o limitación a fin de que se comportase como dueño absoluto y sin cortapi-

sas. De ahí la expresión *en pleno y absoluto dominio* que no aparece en el fideicomiso a favor de la esposa e hijos del segundo matrimonio, y la facultad de disponer por actos *inter vivos*, sin añadir que lo sea a título oneroso. Se establece así el fideicomiso de residuo en la modalidad más amplia *si aliquid supererit*, si bien dejando a la buena voluntad del fiduciario guardar un resto de dichos bienes de la mejora, quedando su número y calidad al arbitrio del fiduciario que incluso podría haberlo consumido todo sin dejar nada, dada la amplísima institución *en pleno dominio* y facultad de disponer. En la naturaleza del fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* no está comprendido el principio de subrogación real, máxime dadas las amplísimas facultades del fiduciario, sin que conste en éste la voluntad de perjudicar al fideicomisario, ni ánimo defraudatorio de la voluntad del testador.

En el presente caso se trata de una cuestión de interpretación testamentaria y, en concreto, de la disposición fideicomisaria, sobre la que ha de regir un criterio favorable a la interpretación sistemática y no aislada de cada una de sus cláusulas. No cabe atribuir arbitrariedad alguna a la interpretación razonable y detallada que se hace de la referida disposición testamentaria por la sentencia impugnada. En forma alguna se prohíbe la disposición de bienes a título gratuito por parte del heredero fiduciario y, por el contrario, el conjunto de las disposiciones y los propios términos en que se plasmaron las últimas voluntades del causante parecen reflejar una intención de conceder las más amplias facultades dispositivas *inter vivos* al heredero fiduciario. No se puede obviar que se trata de una disposición fideicomisaria doblemente condicionada, pues por un lado lo estaba al hecho de que quedasen bienes a la muerte del heredero fiduciario y, por otro, que éste falleciera sin descendencia masculina (*si sine liberis decesserit*), por lo que el fideicomisario era titular de un derecho a esa doble condición. Además, no se asignaron bienes concretos al fideicomiso, sino que el mismo se refería a aquellos que eligiera el heredero fiduciario para integrar su derecho hereditario, que había sido ampliado en un setenta por ciento del tercio de mejora, y tales bienes elegidos se adquirían en pleno y absoluto dominio, según el testador, lo que lleva a pensar que en la intención del testador –ley suprema en las disposiciones testamentarias– se comprendían las más amplias facultades de disposición *inter vivos*.

La doctrina de los actos propios invocada a mayor abundamiento.—La mención de la doctrina de los actos propios se efectúa simplemente a mayor abundamiento y sabido es que tales argumentos de puro refuerzo no pueden por sí solos ser objeto de un motivo de casación ya que, por un lado, no tienen entidad suficiente para ello en el conjunto argumentativo de la resolución impugnada y, por otro, la impugnación de los mismos, incluso en los supuestos de razonabilidad de la oposición al argumento, sería inocua en cuanto no privaría de eficacia a la verdadera *ratio decidendi*, no pudiendo fundarse en la impugnación de argumentos dialécticos, *obiter*, de refuerzo, o a mayor abundamiento (SSTS de 23 de marzo, 7 y 21 de septiembre de 2006, 9 de abril, 17 y 18 de septiembre de 2007, y 23 de enero de 2008).

Buena fe y abuso de derecho.—La sucesión se rige por el testamento, y que el causante –padre de don Landelino y de don Roberto–, confirió a aquél absoluta facultad de disponer *inter vivos* de los bienes objeto del fideicomiso que, por otra parte, no estaban definidos y era él mismo quien había de escogerlos con total libertad de entre los que integran el caudal hereditario, de modo que no cabe imputar abuso de derecho a quien ejerce libremente el que le corresponde y dentro de los límites de la normalidad ajustándose a lo seña-

lado por el causante que estableció el fideicomiso. Conforme a las SSTs de 21 de septiembre de 2007 y 20 de junio de 2008, el abuso del derecho constituye un límite al derecho subjetivo y de ahí su carácter de remedio extraordinario, su índole excepcional y su alcance singularmente restrictivo. Sólo procede invocarlo y, consiguientemente, apreciarlo, como institución de equidad, cuando el derecho se ejercita con intención bien definida de causar daño a otro o utilizándolo de modo anormal o contradictor de la armónica convivencia social. Su apreciación exige que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que caracterizan su existencia, que viene determinada por la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima en el ejercicio del derecho, y por la objetiva de exceso en su ejercicio. **(STS de 22 de junio de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El causante don Armando estuvo casado en primeras nupcias con doña Laura, de cuyo matrimonio le sobrevivieron cuatro hijos, y fallecida su esposa reiteró matrimonio con doña Covadonga de cuya unión le sobrevivieron ocho hijos. Don Armando otorgó el testamento base del pleito el 25 de mayo de 1942, falleciendo el 2 de noviembre del mismo año. Es fundamental la cláusula 5.ª por la cual: «Mejora en un setenta por ciento del tercio de ese nombre, en pleno y absoluto dominio, a su hijo primogénito don Landelino, a quien faculta expresamente para exigir que en pago de lo que por este concepto le corresponde, se le adjudique, si lo desea, y en el número y cuantía que libremente fije, las casas solariegas, los cuadros y alhajas existentes en el caudal relicto, cuya designación podrá hacer por sí sólo, eligiendo todos ellos si cupieren dentro de la mejora o los que tenga a bien o sean de su gusto, dejando aquellos que no estime conveniente a los demás herederos El valor de dichos cuadros y alhajas, se reputará por el que se consigne en el inventario y en su caso, por el que resulte del peritaje. Si su dicho hijo don Landelino, falleciese sin descendencia masculina, los bienes de la mejora de que no hubiera dispuesto por actos *inter vivos*, los conservará y transmitirá en sustitución fideicomisaria, al hijo varón del testador que siga en edad al mejorado». Sobre la innecesaria, aunque esclarecedora, *mens testatoris* interesa la cláusula 8.ª en la que, según el FD 1.º, el testador parece explicar el motivo de sus asignaciones: «Manifiesta el testador que las mejoras y legados tienen su razón de ser en el deseo de igualar en lo posible a los hijos habidos en el primer matrimonio, ya que heredaron de sus premuertos madre y bisabuelo paterno, con los nacidos y que pudieran nacer de sus segundas nupcias y sin que ello entrañe predilecciones mortificantes, siendo únicamente expresión de su criterio paternal que aspira a la relativa justicia distributiva posible en la cuantía de los bienes heredados por sus hijos, entre los que reparte por igual bienes y afectos, sin más diferencia que la que el decoro de los nombres y dignidades familiares y exigencias sociales imponen al primogénito, heredero de dos títulos».

NOTA.—Se desprende de los hechos probados que el heredero fiduciario don Landelino, durante alrededor de cincuenta años, realizó transmisiones *inter vivos*, tanto a título oneroso como a título

gratuito, con cargo a los bienes fideicomitidos, incluso al propio demandante, o a los hijos de éste, y también a sus propias hermanas, así como a terceras personas. La interpretación que del fideicomiso en favor del hijo primogénito, han realizado, tanto en ambas instancias como en casación, se basa en la amplitud de los términos utilizados en su testamento por don Armando, es decir, se atribuyen los bienes fideicomitidos *en pleno y absoluto dominio*. Doctrina aquí aplicada que parece contradecir la sostenida recientemente por la Sala 1.^a (últimamente en STS de 13 de mayo de 2010, Ponente Marín Castán, en este fasc. del ADC). Todo ello sin perjuicio de destacar la singularidad de esta atípica modalidad de fideicomiso, cuya determinación objetiva se confía al propio fiduciario. Marginalmente cabría observar que la concepción del mayorazgo, que el testador deja traslucir en su testamento, basado en la primogenitura y masculinidad, no parecería fácilmente conciliable con una interpretación retroactiva del principio constitucional de igualdad, que, no obstante, nadie ha alegado en el proceso. (G. G. C.)

79. Legado alternativo a favor de la esposa: Elección a favor de la legataria.—La cuestión jurídica a resolver es la facultad de elección por la legataria en un legado alternativo contemplado en el artículo 874 CC. En el testamento otorgado por el causante en 1989 ordena su última voluntad en dos cláusulas: 1.^a Lega a su esposa el usufructo universal de su herencia, o el pleno dominio de toda la parte de la misma de libre disposición, más su cuota legitimaria, a su elección. 2.^a Instituye herederos a sus hijos. La calificación jurídica de la disposición testamentaria relativa a la esposa es clara, pues se trata de un legado alternativo cuyo objeto son varias cosas o derechos y sólo una de ellas debe adquirir el legatario tal como dispone el artículo 874 CC en su remisión a la normativa de las obligaciones alternativas; la elección corresponde al obligado, a no ser que el testador haya dispuesto que sea al legatario, como es el caso presente. Dicha elección, como declaración unilateral de voluntad, no exige formalidad alguna ni precisa aceptación por el obligado a la entrega, pudiendo ser expresa o tácita. En el presente caso recayó aceptación expresa en un documento privado del 3 de mayo de 2004, recogida en el cuaderno particional, consistente en la segunda alternativa consignada en el testamento, es decir, el tercio de libre disposición y la cuota usufructuaria; la elección tácita alegada por el hijo, que ha formulado oposición, exige actos concluyentes, que las sentencias de instancia han negado.

Adquisición del legado.—En relación con el legado es preciso destacar que el legatario deviene titular *ipso iure* en el momento de la apertura de la sucesión producida por la muerte del causante, sin necesidad de una aceptación expresa o tácita, si bien puede renunciar al mismo; por tanto, no cabe confundir la aceptación del legado por la legataria, con la elección que hizo respecto al legado alternativo; lo que tampoco tiene nada que ver con la aceptación de los herederos, que sí deben aceptar expresa o tácitamente la herencia.

Recomendación de la mediación en materia sucesoria.—No es baldío recordar aquí lo que dijeron sobre mediación las SSTS de 2 y 3 de julio de 2007 y 5 de marzo de 2010. Este caso, propio de una sucesión *mortis causa*, no sólo refleja un problema de atribuciones patrimoniales, sino un enfrentamiento familiar, que se vislumbra claramente en los escritos obrantes

en autos, que podría haberse evitado yendo a la solución alternativa de la mediación, si las partes hubieran querido o la ley lo hubiera previsto, la cual permite llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso; y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica. (STS de 20 de mayo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

NOTA.—Adviértase que el supuesto aquí contemplado por la sentencia extractada no es un caso de aplicación de la cautela socini, de la que recientemente se afirma, con conocimiento de causa, por el notario Castán Pérez-Gomez (*La cautela socini y el conflicto de intereses*, en «Homenaje a Garrido de Palma», Madrid 2010, p. 1027) el uso general y su pacífica aceptación. Más aún, el actor, uno de los hijos, pretende que la viuda había ejercitado tácitamente la opción en favor del usufructo universal que, en último término, desechó. Sentencia pedagógica que es de aprobar, lo mismo que su llamamiento en favor de la mediación sucesoria. (G. G. C.)

80. Comunidad hereditaria: Arrendamiento de vivienda otorgado por Curadora del viudo, declarado pródigo, antes de la liquidación de la sociedad de gananciales.—Los recurrentes pretenden convencer a la Sala de que una vez disuelta la comunidad de gananciales, pero aun no liquidada, la relación entre los comuneros o entre ellos y los herederos del que ha fallecido sigue manteniendo la misma naturaleza que la comunidad originaria y por ello deben aplicarse las mismas normas. Pero olvida la doctrina de esta Sala contenida en s. de 19 de junio de 1998 que entiende que disuelta la sociedad de gananciales, la naturaleza de las relaciones existentes entre los titulares es la de una comunidad que equivale al régimen de la comunidad hereditaria (STS de 11 de mayo de 2000) y, en consecuencia, no rige el artículo 1322 CC que permite la disposición por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, norma que forma parte de las relaciones entre los cónyuges y no se aplica en las relaciones con terceros; en su lugar se aplicará el régimen de la comunidad hereditaria, interpretado uniformemente por esta Sala en el sentido de que los actos de disposición sobre la cosa común debe contar con la voluntad de todos los comuneros, so pena de nulidad (entre otras SSTs 25 de septiembre de 1995 y 17 de febrero de 2000). Al tratarse de arrendamiento de larga duración (15 años) debe declararse correcta la s. recurrida al declarar la nulidad del contrato de arrendamiento de un piso celebrado por el titular de una mitad, en su cualidad de bien ganancial y algunos de los herederos del otro cónyuge fallecido, sin que haya concurrido los demás al otorgamiento del contrato.

Aplicación del artículo 1063 CC.—El artículo 1063 contiene una norma específica sobre los efectos de la partición hereditaria, de modo que, adjudicadas las cosas a dos de las herederas, ellas deben los beneficios de dichas cosas que se han hecho efectivas a la propia herencia, en aplicación del principio romano *fructus augent hereditatem*, es decir, los frutos pertenecen a la herencia con independencia de la buena o de la mala fe de los poseedores en este periodo, y todo ello para evitar que un heredero se apropie de más bienes que otro (STS 7 de julio de 1995); siendo las rentas un fruto civil, corresponde cobrarlas a la herencia, por lo que se deben aquellos a los que han sido condenadas las herederas, con la compensación correspondiente por los que

ya hubiesen sido hecho efectivos. Lo dispuesto en el artículo 451 con carácter general debe ceder ante la regla específica del 1063, aplicable cualquiera que sea el título por el cual las demandas disfrutaron de los bienes de la herencia (SSTS de 30 de octubre de 1976 y 30 de septiembre de 1994).

Intereses moratorios: Doctrina consolidada por Acuerdo del Pleno de 20 diciembre 2005.—En materia de intereses moratorios esta Sala, especialmente a partir del Acuerdo del Pleno indicado, ha consolidado una nueva orientación en el sentido de mitigar el automatismo de la regla encarnada en el brocardo *in illiquidis non fit mora*, sustituyéndola con carácter general por la del canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia o no de condenar al pago de los intereses y la concreción del *dies a quo* del devengo. Se toman como pautas para ponderar la racionalidad del 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 del caso, y se atiende fundamentalmente, a la certeza de la deuda u obligación aunque se desconociera su cuantía (SSTS de 20 de febrero y 24 de junio de 2008, y 25 de marzo y 16 de octubre de 2009). En el presente procedimiento se ha aplicado correctamente la denuncia que se denuncia infringida, de modo que las circunstancias de la presente reclamación y la posesión por parte de una de las herederas en exclusiva de un bien perteneciente a la herencia en virtud de un contrato que se ha declarado nulo por carencia de poder de disposición en el arrendador, implican la corrección de la imposición de los intereses efectuada en ambas instancias.

Carácter no ganancial del arrendamiento.—Según han declarado las SSTS de 3 de abril de 2009, y 3 de marzo de 2010, 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. Esto no significa que, como consecuencia de los fines protegidos por la legislación especial de arrendamientos urbanos, no pueda producirse la sustitución de una de las partes del contrato por fallecimiento del titular, pero para ello se requiere que se cumplan los requisitos exigidos en la ley reguladora del arrendamiento y entre ellos, la comunicación al arrendador en la forma establecida en la ley, es decir, se debe aplicar el artículo 16 LAU 1994, por remisión de lo dispuesto en la DT segunda, letra B). Y que, la concreción de la figura del arrendatario resulta del propio contrato de arrendamiento, generador de derechos personales, independientemente de que la vivienda arrendada tenga como fin servir de domicilio conyugal o del régimen matrimonial que pueda existir entre los cónyuges, lo que resulta plenamente compatible con el régimen de subrogación existente en el antiguo artículo 58 LAU 1964, así como en el artículo 15 la LAU 1994. En consecuencia, al no haber sido arrendatario el padre de los recurrentes, no se le puede aplicar el artículo 1063 CC, ya que quienes deben devolver las rentas a la comunidad son los herederos. No existe ninguna relación jurídica entre el esposo de la arrendataria y sus herederos y la comunidad hereditaria. (STS de 10 de junio de 2010; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Relaciones complejas que surgen en el seno de una familia de seis hijos cuando la madre fallece en 1980, dos años después de que el padre había sido declarado pródigo, siendo constitui-

da, primero, la tutela, y después de la reforma de 1983, la curatela que se encomienda a una de las hijas. Parece que el bien más valioso de la familia es un piso adquirido por el padre en 1968, objeto de arrendamiento por la curadora en favor de una de sus hermanas en el año 1990. Fallecido el padre en 1994, y realizadas, al parecer, o en vías de realización las operaciones particionales, el pleito se centra en la impugnación del contrato de arrendamiento y en la devolución a la masa hereditaria de las rentas devengadas durante la vigencia del contrato. El único punto en que se estima el recurso es el relativo a la interpretación del artículo 1063. En general, es de aceptar la doctrina sentada, si bien cabe destacar que, un tanto colateralmente, se reitera la doctrina mantenida últimamente por la Sala en orden al carácter no ganancial del arrendamiento de vivienda concertado, vigente el matrimonio, por cualquiera de los cónyuges. Ello obliga al cumplimiento del requisito formal de la subrogación *mortis causa* del artículo 15 LAU 1994 –heredado, cual inconscientemente arrastre, de la ya moribunda y casi extinta legislación arrendaticia especial–. Ha sido un tema polémico en la pequeña jurisprudencia, denunciándose la injustificada desigualdad de trato con los arrendatarios de locales de negocio (últimamente Contijoch Pradesaba, *La notificación de la subrogación mortis causa en la LAU*, en «Sepin. Arrendamientos Urbanos», julio-agosto 2009, pág. 23 ss). La protección constitucional de la vivienda, la inclusión del artículo 1320 CC en el llamado *régimen matrimonial primario*, aplicable a cualquier matrimonio, la nueva legislación aragonesa, parecen sintonizar mejor con la jurisprudencia del TC en sentido contrario al TS. (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

81. Adscripción de los mensajes comerciales al ámbito de protección delineado por el artículo 20 CE y las normas que lo desarrollan.—La posibilidad de adscribir el mensaje publicitario al marco de protección que las normas constitucionales de las sociedades democráticas reconocen a las libertades de información, opinión e, incluso, creación artística, ha sido admitida en fechas relativamente recientes. Propiamente, desde que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica cambió su doctrina sobre el *comercial speech* —sentada en la decisión del caso *Valentine c. Chrestensen*— y declaró que la publicidad no era extraña al ámbito de protección ofrecido por la Primera Enmienda —caso *Bigelow c. Virginia* y los numerosos que, con matices, al mismo han seguido—, pues, pese a su contenido mercantil, proporciona información sobre productos y servicios de utilidad para el público y, al fin, para un correcto funcionamiento del mercado regido por las leyes de la oferta y la demanda, conforme a las que al consumidor corresponde emitir un voto económico; y que ello no significa que la publicidad no pueda soportar medidas restrictivas, siempre que sean necesarias para el interés público y razonablemente proporcionadas.

En nuestro continente, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 1994 —caso *Casado Coca c. España*— negó que,

en el supuesto enjuiciado, hubiera resultado violado el artículo 10, pero formuló expresa declaración de que dicho precepto –que, en su apartado 1, incluye la libertad de recibir y comunicar información como contenida dentro de la libertad de expresión– «no distingue según la naturaleza lucrativa o no del fin perseguido», así como que establecer una diferencia de trato al respecto podría significar discriminación. Por ello, siguiendo su anterior doctrina, precisó dicho Tribunal que el artículo 10 no resulta «aplicable solamente a ciertos tipos de informaciones, ideas o formas de expresión..., especialmente a las de naturaleza política», sino que también lo es a las «informaciones de carácter comercial o, incluso,... los mensajes publicitarios difundidos por cable...».

Esa es también la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así en las sentencias de 25 de marzo de 2004 –C-71/02, Herbert Karner Industrie-Auktionem GmbH c. Troostwijk GmbH, 50 y 51– y 2 de abril de 2.009 –C-421/07, Frede Damgaard, 26 y 27–, si bien, en ellas, tras recordar el contenido del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puso de manifiesto que «cuando el ejercicio de la libertad no contribuye a un debate de interés general... el control se limita a un examen del carácter razonable y proporcionado de la injerencia», que es lo que sucede con «el uso mercantil de la libertad de expresión, en particular en un ámbito tan complejo y fluctuante como la publicidad».

La publicidad constituye una forma de comunicación realizada con fines de promoción de la celebración de contratos sobre bienes o servicios –artículo 2 de la Ley 34/1988–. Esa comunicación puede tener un contenido informativo o integrado por ideas u opiniones o ambos a la vez, en todo caso con una relevancia cada vez mayor en el proceso de toma de decisiones en el mercado por parte de quienes son sus destinatarios, de modo que trasciende incluso –como señala el preámbulo de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre– del ámbito propio del consumo y la competencia.

El hecho de que la actividad publicitaria sea una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa y, desde otro punto de vista, el que su fin no sea, necesariamente, formar criterio sobre los tradicionalmente considerados asuntos públicos –políticos, sociales, culturales...– no justifica, como se había entendido por algunos, negar a los mensajes comerciales acceso al ámbito de regulación cuyo núcleo representa el artículo 20 CE.

Una negativa en tal sentido no sólo sería contraria al efecto que hay que atribuir a Tratados que forman parte de nuestro ordenamiento –artículos 10, apartado 2 y 96, apartado 1 CE–, sino que carecería de apoyo en el citado artículo 20, el cual no distingue entre contenidos merecedores del amparo especial que ofrece, mediante la tutela del ejercicio de la libertad en los ámbitos que contempla, a la dignidad de los ciudadanos.

Por otro lado, discriminar en función de cuál sea la materia objeto de la comunicación impondría, con la consiguiente inseguridad, identificar múltiples categorías intermedias, difíciles de perfilar en una realidad tan multiforme –hay informaciones de contenido supuestamente trascendente que no tienen otro fin que el meramente publicitario, del mismo modo que hay mensajes comerciales con un alto interés informativo para el consumidor o, incluso, que, no obstante su escasa utilidad aparente, contribuyen a que el destinatario emita su voto económico en el mercado estando mejor informado, a causa del significado que tiene la mera participación del anunciante en la costosa actividad publicitaria...

Ello sentado, declarar la aptitud de la publicidad para entrar en la órbita del artículo 20 CE implica entender que lo hace en el ámbito formado por el conjunto normativo que, dentro y fuera de dicho texto, la regula y desarrolla. Y, por tanto, que queda sujeta a los límites o restricciones que legítimamente se le impongan.

No se opone a ello la naturaleza fundamental del derecho, pues los de esta categoría admiten restricciones –sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril–, si bien las mismas deben reunir determinadas condiciones para que la intervención negativa en su contenido merezca ser jurídicamente protegida.

Así, desde el punto de vista material, que es al que el recurso se refiere, la restricción debe estar justificada, ya por imponerla la regulación constitucional del propio derecho o la concurrencia con él de otros igualmente fundamentales; ya por perseguir fines legítimos según el ordenamiento constitucional, entre otros, los configurados como derechos y deberes de los ciudadanos o como principios rectores de la política económica –libertad de empresa, artículo 38 ; peculiaridades propias de algunas actividades profesionales, artículo 36 ; defensa de los consumidores, artículo 51; protección de la salud, artículo 43...– o por el legislador ordinario para el logro de objetivos de interés general.

La restricción ha de resultar, además, idónea, en el sentido de adecuada para contribuir a la obtención del fin que la legitime.

Finalmente, deberá ser proporcionada desde el punto de vista del contenido esencial del derecho restringido, cuyo necesario respeto –artículo 53.1 CE– opera, al fin, como límite de los propios límites.

En resumen, para comprobar si la restricción resulta proporcionada, en el caso concreto, procederá determinar la relación de prioridad relativa entre los bienes, derechos e intereses en conflicto, lo que implica valorar los argumentos a favor y en contra de la efectividad de la tutela judicial pretendida. **(STS de 15 de enero de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.–La Asociación de Usuarios de la Comunicación acude al Juzgado solicitando declaración de la ilicitud del mensaje publicitario promovido por una empresa fabricante de coches y orientado a impulsar la adquisición de un determinado modelo. Se trataba de una breve película en la que el protagonista, presidente de una entidad, destrozaba las ruedas del vehículo de un subordinado. La sentencia del Juzgado accedió a lo pedido declarando en su sentencia que «resultaba atentatorio a la dignidad humana la presentación de patrones de conductas relativas a la tenencia o adquisición de bienes o productos que resultan ser merecedores de reproche penal». La sentencia de la Audiencia confirmó la del Juzgado. En el recurso de casación, la empresa –que remarcaba el tono humorístico de la secuencia emitida y el carácter ridículo del personaje protagonista– denunció la improcedente limitación de su derecho a comunicar información veraz amparada por el artículo 20 CE. El Tribunal Supremo acogió el recurso lo que supuso la estimación de la apelación de la empresa y la desestimación de la acción de la asociación demandante. *(R. G. S.)*

82. Letra de cambio incompleta. Falta de mención del tomador. Nulidad del despacho de ejecución.—A falta de un criterio jurisprudencial común y de una doctrina civilista unánime sobre la materia, se fija como doctrina jurisprudencial que la mención del nombre del tomador es un requisito esencial, expresamente exigido por la ley para reconocer su existencia como título. Así, el artículo 131 LH requiere, para poder llevar a cabo la ejecución de una hipoteca en garantía de una obligación incorporada a una letra de cambio, la aportación de la letra con la demanda, dotada de los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción cambiaria en juicio ejecutivo. Requisitos que se encuentran regulados en el artículo 1 de la Ley Cambiaria y del Cheque, y entre los que se encuentra el nombre de la persona a quien se ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar (tomador), estableciendo seguidamente el artículo 2 de esta ley que el documento que carezca de este requisito no se considera letra de cambio. Por tanto, una letra de cambio carecerá de valor cambiario cuando a su vencimiento no conste en ella mención del tomador, aunque la letra esté en poder del librador y no haya pasado a terceros ajenos al negocio causal o el librador haya firmado el dorso de la letra como primer endosante, siempre que no exprese que ha sido girada a la propia orden. Por tanto, la necesidad de expresión del tomador no admite excepción alguna. **(STS de 14 de abril de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La sociedad M actora interpone demanda contra el banco AB en la que solicita la declaración de nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH seguido a instancia del demandante contra la sociedad G, por el que la entidad bancaria demandada se había adjudicado el inmueble que la actora se había adjudicado previamente en un procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH contra el deudor originario.

La sentencia de primera instancia estima la demanda por entender que las letras de cambio cedidas por la sociedad G a la entidad financiera carecían de fuerza ejecutiva, por no figurar en ellas el tomador, luego no podían dar lugar a un procedimiento de ejecución hipotecaria.

La entidad financiera demandada interpone recurso de apelación, que es estimado por la Audiencia Provincial, revocando la sentencia de instancia. Contra dicha sentencia, la actora interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso, casa la sentencia recurrida y confirma la sentencia de primera instancia.

NOTA.—Téngase en cuenta que el artículo 131 LH, en la redacción aplicable al caso por razones temporales (anterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que reforma este precepto), establecía que el procedimiento judicial sumario se debía ajustar a la regla consistente en que con la demanda el actor presentase, entre otros documentos, «*el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que la LEC exige para despachar la ejecución*». En la actualidad, el artículo 685 LEC dispone que para la ejecución de bienes hipotecados se acompañará a la demanda ejecutiva el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que la LEC exige para el despacho de la ejecución, entre los que figuran los títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, según se desprende del artículo 517.6.º LEC. Este último

artículo es equivalente al artículo 1429.5.º LEC de 1881, aplicable aquí por razones temporales.

La necesidad de fijación de doctrina jurisprudencial sobre la cuestión tratada en la presente sentencia se basa, en primer lugar, en la división de las AAPP a la hora de considerar o no relevante la falta de mención del tomador en la letra de cambio cuando quien ejercita la acción cambiaria es el librador directamente contra el librado (*verbigracia*, SAP Valencia de 26 de marzo de 1990 y SAP Madrid, Sección 19.ª, de 4 de febrero de 1994). Asimismo, en segundo lugar, el Tribunal Supremo destaca la falta de unidad de doctrina, habiendo propugnado algún sector doctrinal la irrelevancia de la falta de mención del tomador en la letra cuando es el librador quien encabeza la cadena de endosos, por entender entonces que la firma del primer endoso por el librador lo identifica como tomador. (*G. M. A.*)

83. Pignoración de valores mobiliarios. La venta efectuada por el acreedor no infringe la prohibición del pacto comisorio.—Los valores pignorados fueron enajenados en un mercado público y transparente —la Bolsa de Nueva York—, en un procedimiento paralelo al previsto en el artículo 322 del Código de Comercio. En consecuencia, la Sala no aprecia la concurrencia de posibles causas de orden público para rechazar la licitud de la ejecución prevista en el contrato sujeto al derecho inglés. (**STS de 24 de junio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—Una compañía de inversión mobiliaria, que había depositado sus valores en una sociedad, reclamó a esta sociedad y a otras dos entidades extranjeras diversas indemnizaciones de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas en diversas operaciones, siendo aplicable el Derecho inglés. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia Provincial desestimó la desestimó íntegramente y el Tribunal Supremo confirmó esa decisión. (*L. F. R. S.*)

84. Contrato de compraventa mercantil: interpretación integradora.—La interpretación del artículo 327 CCom, no aislada sino puesta en relación con los términos del contrato celebrado entre las partes litigantes, con el artículo 339 del propio Código en cuanto hace depender la obligación del comprador de pagar el precio de la puesta de las mercaderías a su disposición y de que se dé por satisfecho y, en fin, con su artículo 57 en cuanto dispone que los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, sin interpretaciones arbitrarias y sin restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubiesen explicado su voluntad y contraído sus obligaciones. (**STS de 21 de mayo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La entidad SAT R. A. interpuso demanda contra la mercantil F. M. L. SA en reclamación de cantidad derivadas de la adquisición de la cosecha de determinados productos agrícolas. El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Cieza estimó íntegra-

mente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (N. D. L.)

85. Doctrina de los actos propios: precisión.—No hay que confundir aquellos hechos, actos o conductas que puedan resultar contradictorios o disonantes con otros posteriores, y a los que según las circunstancias cabe atribuir diversas valoraciones, incluso procesales, con los que se someten a las consecuencias de la doctrina de los actos propios, que veda ir contra los mismos, pues éstos sólo son los de significación inequívoca en orden a crear, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas, de modo que la actuación posterior contraria revela una falta de coherencia tal en el tráfico que se estima vulnera el principio de confianza en el comportamiento anteriormente observado, cuyo respeto, como manifestación de la buena fe objetiva, ha de exigirse en el ejercicio de los derechos (art. 7.1. CC).

Contrato de suministro: Indemnización por pérdidas de facturación por reducción de ventas: naturaleza de lucro cesante.—El concepto indemnizatorio denominado *pérdidas de facturación por reducción de ventas* no responde a un daño emergente, daño directo, sino que constituye lucro cesante, ganancia dejada de obtener (art. 1.106 CC), o lo que es lo mismo, un incremento patrimonial que el acreedor esperaba obtener y que se ha visto frustrado por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la otra parte. La distinción jurídica es importante en su aplicación práctica porque la jurisprudencia viene manteniendo para la estimación de la existencia del lucro cesante un criterio más restrictivo, o de especial rigor, respecto de cuando se trata de daño material, de modo que sólo cabe reconocer los beneficios ciertos, concretos y acreditados, quedando excluidas las ganancias hipotéticas o imaginarias, meramente posibles, dudosas o contingentes.

Contrato de suministro. Indemnización por gastos previstos por devoluciones futuras: improcedencia.—Se trata de daños que no se sabe si se van a producir, con lo que se condenaría a abonar un perjuicio, de futuro, que se desconoce si se producirá y en qué medida. La doctrina jurisprudencial excluye la indemnización de los gastos futuros hipotéticos sin que por ello se produzca perjuicio para la parte que las pueda sufrir porque en el caso de ocurrir podrá ejercitar la acción correspondiente. (STS de 18 de junio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La mercantil A.C.M. SL interpuso demanda ejercitando una acción de reclamación de cantidad por incumplimiento del contrato de suministro contra la también mercantil L. SA, quien a su vez interpuso demanda reconvenzional contra la actora,. El Juzgado de Primera Instancia número Dos de Reus estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvencción. La Sala Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona estimó parcialmente la reconvencción. El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de la actora. (N. D. L.)

86. Contratos. Incumplimiento: debe ser esencial.—La jurisprudencia ha destacado que no todo incumplimiento, en el sentido de falta de iden-

tividad cualitativa, cuantitativa o circunstancial de lo ejecutado con lo debido, es suficiente para resolver una relación de obligación sinalagmática y que, para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria, debe ser esencial.

Contratos. Incumplimiento esencial: supuesto.—La condición de esencial la merece aquel incumplimiento que la tenga precisamente por ser esa la voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la *lex privata* por la que quieren regular su relación jurídica.

Contrato de agencia. Indemnización del agente: disposiciones aplicables.—No puede pretender el agente que se apliquen a su favor los artículos 28 y 29 de la Ley 12/1992 y no el complementario artículo 30, que niega al agente el derecho cuya satisfacción se reclama cuando hubiera quedado extinguida la relación contractual por una decisión de la otra parte del contrato motivada por el incumplimiento de obligaciones contractuales. (**STS de 8 de abril de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—Las mercantiles B.S.A. SL y A.M.S. SL interpusieron demanda ejercitando una acción de reclamación por incumplimiento contractual contra las también mercantiles W.S.G. SA, W.V.E. SA y W. SA quienes a su vez interpusieron demanda reconvenzional contra las demandantes,. El Juzgado de Primera Instancia número Trece de Barcelona desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción en lo relativo al desalojo de un local. Recurrida en apelación, la Sección Décimoprimer de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente la apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (*N. D. L.*)

87. Contrato de distribución: Aplicación de las normas del contrato de agencia: improcedencia del automatismo.—La jurisprudencia más reciente rechaza la aplicación mimética o automática del régimen jurídico del contrato de agencia al contrato de distribución, incluso para la compensación o indemnización por clientela, menos aún cabe la aplicación analógica en materia de indemnización de daños y perjuicios por lucro cesante, del mismo modo que tampoco en materia de prescripción de la acción del distribuidor para reclamar indemnización de daños y perjuicios.

Contrato de distribución. Plazo de preaviso: ausencia del carácter imperativo del artículo 25 de la Ley 12/92.—La concreción del plazo de preaviso en un contrato de distribución carente de plazo expreso «dependerá de las circunstancias concurrentes» y el criterio del artículo 25 de la Ley 12/92 es uno de los posibles, de lo que claramente se desprende que no es un criterio obligatorio o imperativo como propone la recurrente. De lo contrario, resultaría que al contrato de distribución le serían imperativamente aplicables los plazos mínimos de preaviso establecidos en el citado artículo 25 y, entonces, no serían válidas ni las cláusulas que expresamente excluyesen cualquier preaviso ni las que fijaran plazos más cortos que los establecidos en aquel precepto, siendo así que la jurisprudencia ha considerado válido para un contrato de subdistribución el plazo de preaviso de solamente siete días, pero expresamente pactado por las partes, y rechazó que la Ley de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia fuera imperativamente aplicable al contrato de distribución.

Contrato de distribución. Duración indefinida: extinción por decisión unilateral.—Un contrato de distribución por tiempo indefinido puede extinguirse por decisión unilateral de cualquiera de las partes sin que por ello tenga que indemnizar necesariamente a la otra, algo constantemente declarado por la jurisprudencia porque lo contrario equivaldría a vincular a los contratantes a perpetuidad.

Contrato de distribución. Indemnización por captación de clientela.—La captación de clientes por sí sola no genera el derecho del distribuidor a una compensación por clientela, pues constituye su principal obligación contractual, cuyo incumplimiento justificaría la resolución del contrato por el fabricante, y además aumenta las ganancias o beneficios del contrato para el distribuidor. (STS de 22 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La mercantil D. C. SL interpuso demanda contra la entidad A. V. T. SA en reclamación de ciertas indemnizaciones por ruptura unilateral de contrato de distribución. El Juzgado de Primera Instancia número Dos de Huesca estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por ambas partes litigantes, la Audiencia Provincial de Huesca desestimó el recurso del demandante y estimó el de la parte demandada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (N. D. L.)

88. Contrato de distribución. Indemnización al distribuidor: improcedencia en caso de incumplimiento.—La jurisprudencia viene negando constantemente cualquier derecho del distribuidor a compensación o indemnización por clientela cuando la extinción de la relación se deba a una resolución del contrato a instancia del fabricante o concedente que resulte ajustada a derecho por fundarse en un grave y probado incumplimiento contractual del distribuidor.

Contrato de distribución. Indemnización por clientela: criterios para su determinación.—La compensación por clientela al extinguirse un contrato de distribución debe tener en cuenta que la captación de clientes durante la vigencia del contrato no es sino una de las prestaciones propias, en realidad la más característica, del concesionario, quien al asumir la obligación de promover las ventas de los productos del concedente debe una prestación de la que no sólo resulta beneficiado este último, por una posible fidelidad futura del comprador a la marca, sino también el propio concesionario, porque a mayor volumen de ventas mayor es su ganancia.

Contrato de distribución. Indemnización por clientela: fundamento legal.—La compensación por clientela a favor del distribuidor se funda, conjuntamente, en el artículo 1258 CC y en la aplicación analógica de la idea inspiradora del artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia, tal idea inspiradora debe comprender también la del artículo 30 de esta misma ley, que en su letra a) excluye el derecho a indemnización por clientela cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa del incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente, dada la estrechísima relación entre ambos artículos.

Contrato de distribución. Indemnización por clientela: aplicación analógica de la Ley de Contrato de Agencia.—La analogía habrá de com-

prender tanto lo favorable como lo desfavorable, sin fragmentar el régimen conjunto de la compensación por clientela tomando de ese régimen única y exclusivamente lo que favoreciera al distribuidor; y por tanto, no cabe aplicar analógicamente a favor del concesionario los artículos 28 y 29 de la Ley del Contrato de Agencia cuando una norma complementaria de ambos, la del 30.a de la misma Ley, niega al agente el derecho en caso de resolución del contrato a instancia del empresario por incumplimiento del agente.

Contrato de distribución. Improcedencia de vulneración artículo 1445 CC.—No se puede infringir el artículo 1445 CC porque el contrato de distribución no es un puro contrato de compraventa, caracterizándose ciertamente la relación de distribución mercantil por la compra de los productos del fabricante por el distribuidor para revenderlos pero, también y sobre todo, por la colaboración entre fabricante y distribuidor, de manera que el elemento que verdaderamente lo caracteriza no sería tanto la compraventa o el suministro como el dato de la promoción de la distribución. **(STS de 23 de junio de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La mercantil G. P. SL interpuso demanda contra las entidades C. B. P. SA y D. SA por vulneración de contrato de distribución. El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Cambados estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por ambas partes litigantes, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra desestimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación instada. *(N. D. L.)*

89. Contrato de distribución de automóviles: modificación normativa comunitaria.—El Reglamento (CE) número 1.4000/2002, de la Comisión, de 31 de julio de 2002, resultado de la experiencia adquirida en el sector de los vehículos de motor en lo relativo a la distribución de los mismos, así como de sus recambios y de la prestación de servicios de postventa, como se expresa en su considerando primero, impuso unas requisitos más estrictos que los establecidas en el Reglamento (CE) número 2.790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, según su considerando segundo, para la aplicación de la exención por categorías. De ahí, la necesidad de que los acuerdos verticales se adaptasen a ellos, en el plazo transitorio señalado en el artículo 10, ha sido correctamente entendida como la variación sustancial del marco legal del contrato a que se refiere la cláusula 11.5 del mismo. **(STS de 17 de junio de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—La mercantil H. R. C. SA interpuso demanda contra B. I. SA por incumplimiento del contrato de distribución en exclusiva. El Juzgado de Primera Instancia número Cuarenta y cinco de Madrid desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. *(N. D. L.)*

90. Contrato de «abanderamiento» o abastecimiento en exclusiva de productos petrolíferos: nulidad de los contratos entre empresas que

restringen la libre competencia sin ofrecer ventajas en la distribución de los productos que pudieran quedar cubiertas por los Reglamentos comunitarios de exención. Relevancia a estos efectos del contenido del contrato y no de su calificación.—La decisión del presente recurso ha de ajustarse a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en la referida sentencia de 11 de septiembre de 2008, así como en las de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05) y 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07), y a la jurisprudencia de esta Sala que a partir de su sentencia de 2 de junio de 2000 (rec. 2355/95) viene manteniendo la doctrina de la nulidad civil de los contratos de abastecimiento en exclusiva que no queden amparados por los Reglamentos Comunitarios de exención; dicho de otra forma, que restrinjan la libre competencia sin ofrecer las ventajas objetivas, de mejora de distribución de los productos, que excepcionalmente justifican su legalidad mediante la técnica de la exención por categorías propia de tales Reglamentos, que a su vez permiten a la Comisión retirar el beneficio de la exención a acuerdos o contratos entre empresas que, cumpliendo las condiciones para tal autorización, sin embargo, surtan efectos incompatibles con el apdo. 3 del artículo 81 CE. La regla es, por tanto, la prohibición y consiguiente nulidad de los contratos entre empresas que restrinjan la libre competencia; la excepción, su admisibilidad y consiguiente validez si contribuyen a mejorar la distribución y cumplen determinados requisitos.

La STJUE 11-9-2008 (asunto C-279/06), respondiendo a la petición de decisión prejudicial formulada por la Audiencia Provincial de Madrid, resolvió lo siguiente [...].

De los fundamentos de esta sentencia, que a su vez se remite a la STJUE 14-12-06 (asunto C-217/05, cuestión prejudicial planteada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo español) en cuanto a los criterios para determinar cuándo los contratos entre compañías petroleras y titulares de estaciones de servicio entran en el ámbito de aplicación del artículo 85 Tratado CEE por ser el titular de la estación de servicio un operador económico independiente y el contrato, por tanto, un acuerdo entre dos empresas, interesa destacar ante todo, en *primer lugar*, la presunción de que el titular de la estación de servicio, aunque el contrato se denomine de agencia, asume los riesgos financieros y comerciales, siendo entonces un empresario independiente, cuando se convierte en propietario de los productos suministrados en el momento en que los recibe del proveedor, cuando se hace cargo, directa o indirectamente, de los costes relativos a la distribución de estos productos, en particular los costes de transporte, cuando corre con los gastos de conservación de las existencias, cuando asume la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos, como su pérdida o deterioro, así como por el perjuicio que puedan causar los productos vendidos a terceros, o cuando soporta el riesgo financiero de los productos en el supuesto de que esté obligado a pagar al suministrador el importe correspondiente a la cantidad de carburantes suministrada en vez de la efectivamente vendida (apdo. 38); en *segundo lugar*, que el contrato no entraría en el ámbito prohibitivo del Tratado sólo si el titular de la estación de servicio soportara «una parte insignificante de los riesgos» (apdo. 40); en *tercer lugar*, que incluso en el caso de un verdadero o genuino contrato de agencia sólo quedarían excluidas de la prohibición las obligaciones impuestas al agente en relación con la venta de los productos a terceros, como sería la fijación del precio de venta al público, pero no las cláusulas de exclusividad y competencia (apdo. 41); en *cuarto lugar*, que si el contrato no es genuino de agencia y por tanto puede conside-

rarse celebrado entre empresas independientes, la fijación del precio de venta al público constituye una restricción de la competencia que hace que el acuerdo caiga dentro del ámbito de la prohibición siempre que tenga por objeto o efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado común y que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros (apdo. 42); y en *quinto lugar*, que si la relación contractual se da entre dos empresas, esto es si el contrato no es puro o genuino de agencia, «la aplicación de la exención por categoría queda excluida si, además de la cláusula de exclusividad de suministro, el contrato celebrado entre ambas contiene una cláusula que prevé la fijación por el suministrador del precio de venta al público», por no aparecer en el artículo 11 del Reglamento núm. 1984/83 la fijación del precio de venta al público entre las obligaciones que, además de la cláusula de exclusividad, podían imponerse al revendedor (apdos. 64 y 65).

Más recientemente, la STJUE de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07) ha respondido a una petición de decisión prejudicial de la Audiencia Provincial de Barcelona, formulada en un litigio en el que era parte la abastecedora «TOTAL» [...].

De los fundamentos de esta sentencia interesa destacar que, en principio, las cláusulas de fijación del precio de venta al público no se consideran cubiertas por la exención del Reglamento núm. 1984/83 (apdo. 73); que no pueden acogerse a los Reglamentos núm. 1984/83 y núm. 2790/99 los acuerdos por los que el proveedor fija el precio de venta al público o impone un precio de venta mínimo, aunque el proveedor es libre de recomendar al revendedor un precio de venta o de imponerle un precio de venta máximo (apdo. 75); que la manera de calcular el precio de venta recomendado carece de relevancia, siempre que se deje al revendedor un margen de libertad para determinar efectivamente el precio de venta, si bien «no se da tal libertad cuando el proveedor impone al revendedor un margen de distribución fijo del que no puede apartarse» (apdo. 78); que corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar las modalidades de fijación del precio de venta al público en el litigio principal y en concreto verificar, «teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal, si el precio de venta al público recomendado por el suministrador no constituye en realidad un precio de venta fijo o mínimo» (apdo. 79); que asimismo incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar si el revendedor tiene una posibilidad real de disminuir ese precio de venta recomendado comprobando, en particular, si tal precio de venta al público no se impone, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, como la fijación del margen de distribución del revendedor o del nivel máximo de las reducciones que puede conceder a partir del precio de venta recomendado, la formulación de amenazas, intimidaciones o advertencias, la previsión de sanciones o el ofrecimiento de incentivos (apdo. 80); que si el órgano jurisdiccional remitente llega a la conclusión de que el revendedor estaba obligado a respetar el precio de venta fijo o mínimo fijado por el proveedor, el contrato no podrá acogerse a la exención por categorías ni en virtud del Reglamento núm. 1984/83 ni en virtud del Reglamento núm. 2790/99 (apdo. 81); que sin embargo la fijación del precio de venta al público, aun cuando constituya una restricción de la competencia expresamente prevista en el artículo 81 CE, apartado 1, letra a), sólo supone que el contrato incurra en la prohibición si se reúnen todos los demás requisitos para la aplicación de ésta, es decir, si el acuerdo o contrato «tiene por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia den-

tro del mercado común y si puede afectar al comercio entre los Estados miembros» (apdo. 82); y en fin, que si bien los acuerdos de compra en exclusiva no tienen por objeto restringir la competencia, en el sentido del artículo 81 CE, no obstante es preciso verificar «si no tienen por efecto impedirla, restringirla o falsear su juego», debiendo tenerse en cuenta «el contexto económico y jurídico» y, por consiguiente, «analizar los efectos que produce dicho contrato, en relación con otros contratos del mismo tipo, sobre las posibilidades de que disponen 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» (apdo. 83).

En cuanto a la jurisprudencia más reciente de esta Sala, la sentencia de 15 de abril de 2009 (rec. 1016/04) anula un contrato similar al aquí litigioso porque «la cláusula relativa a la fijación y control por la entidad proveedora del precio de venta-reventa por el intermediario (estación de servicio) de los productos carburantes y combustibles es claramente contraria al Tratado CE y no tiene ningún paliativo en los Reglamentos»; la sentencia de 20 de noviembre de 2008 (rec. 2396/03), con expresa cita de la STJUE 14-12-06, declara esto mismo sobre varios contratos idénticos al aquí litigioso y, además, que lo decisivo para enjuiciar la adecuación del contrato litigioso al Derecho comunitario «es más la realidad económica que la calificación jurídica», en especial la distribución de los riesgos financieros y comerciales, especificando también, de un lado, que el Reglamento aplicable al caso era el núm. 1984/03 por haberse celebrado el contrato litigioso antes de la entrada en vigor del Reglamento núm. 2790/90 y, de otros, que la nulidad de la cláusula de fijación del precio «es suficiente para acarrear la nulidad»; y en fin, la sentencia de 3 de octubre de 2007 (rec. 3962/00), remitiéndose también expresamente a la STJUE 14-13-06 SIC, señala que si el titular de la estación de servicio asume en proporción no insignificante uno o varios riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta a terceros, el contrato no está cubierto por el Reglamento núm. 1984/83 en la medida en que imponga al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público.

De examinar el recurso con arreglo a la indicada doctrina del Tribunal de Justicia de las Unión Europea y a la reseñada jurisprudencia de esta Sala se desprende que procede su estimación porque, según el contrato, el titular de la estación de servicio asumía en proporción no insignificante riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de los productos a terceros y, además, se le imponía la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por la compañía abastecedora.

[...] lo decisivo del recurso, la cuestión jurídica verdaderamente planteada, es, como también se ha indicado anteriormente, si el contrato litigioso era o no nulo por contravenir el Derecho comunitario sobre defensa de la competencia, cuestión que se plantea con la nitidez suficiente en el motivo segundo mediante la cita del artículo 81 Tratado CE (antiguo art. 85 Tratado CEE), de los Reglamentos comunitarios núm. 1984/83, de 22 de junio, y 2790/99, de 22 de diciembre, y de la jurisprudencia de esta Sala.

Sobre esta cuestión jurídica relevante el error de la sentencia impugnada consiste en no haber advertido la posibilidad de contratos que, aun siendo en abstracto calificables como de agencia con arreglo a la Ley española 12/92, puedan sin embargo incurrir en prohibición y consiguiente nulidad por impedir, restringir o falsear el juego de la competencia ya que «los intermediarios sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes

cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa de éste» (STJUE 14-12-06, apdo. 43). En definitiva, y desde el punto de vista que aquí interesa, se trata de que un acuerdo entre empresas formalmente calificable y denominado como de agencia, e incluso encuadrable como tal en la Ley 12/92, no sirva, precisamente por ese amparo o cobertura formal, para eludir las normas de defensa de la competencia.

Que esto es lo sucedido con el contrato litigioso se desprende con toda claridad de su contenido, por más que se titule «Contrato de abastecimiento en exclusiva de productos petrolíferos a estaciones de servicio, en régimen de agencia» y sus cláusulas y parte expositiva aludan constante y continuamente al titular de la estación de servicio, hoy recurrente, como «el agente». (**STS de 15 de enero de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La empresa R., abastecedora de productos petrolíferos a una estación de servicio, demandó la resolución del contrato formalizado con el titular de la estación al entender que éste había incumplido el pacto de exclusiva incluido en el acuerdo. Reclamó también indemnización por los beneficios que hubiera podido obtener de la distribución de sus productos. El demandado reconvino pidiendo la nulidad del contrato por considerarlo incompatible con el artículo 81.1 del Tratado CE y los Reglamentos comunitarios 1984/83 y 2790/99, y por la inexistencia e ilicitud de la causa. Solicitó también el pago de una cantidad calculada por la diferencia entre los precios ofrecidos por otros operadores y los precios de adquisición abonados efectivamente a la empresa abastecedora.

La sentencia de instancia estimó parcialmente la reconvencción acogiendo ambos pedimentos pero sin condenar a la actora reconvenida a pagar cantidad alguna. La empresa interpuso recurso de apelación y la Audiencia lo estimó parcialmente declarando resuelto por incumplimiento el contrato en litigio aunque sin la indemnización reclamada. Ambas partes interpusieron recurso de casación inadmitiéndose el de la actora y acogándose el del demandado. El Tribunal Supremo casó la sentencia recurrida y en su lugar confirmó el fallo de la sentencia de primera instancia salvo en lo relativo a inexistencia o nulidad de la causa. (*R. G. S.*)

91. Concurso de acreedores. Recurso contra calificación: efectos sobre sus administradores.—La admisión de un recurso planteado por la entidad afectada de concurso no se extiende, ni comprende, los intereses individuales y personales de los que fueron sus administradores sociales, los cuales, como afectados por la calificación de culpable del concurso y por las medidas o pronunciamientos relativas a los mismos acordadas por las resoluciones judiciales, tienen un interés propio, autónomo y diferente del de la entidad deudora concursada, a lo que no obsta que a todos interese que no se declare culpable el concurso. (**STS de 22 de abril de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La mercantil B. M. SA interpuso demanda contra la calificación de culpable del concurso voluntario de la entidad actora. El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Murcia estimó

parcialmente la demanda. Recurrída en apelación por ambas partes litigantes. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia desestimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (*N. D. L.*)

92. Quiebra. Retroacción: casación.—Las sentencias de apelación dictadas en materia de retroacción de la quiebra en litigios iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal, pero dictadas después, son recurribles en casación conforme al artículo 197 de dicha ley en relación con el apdo. 5 de su D. Transitoria 1.^a, pero como según la D. Derogatoria única, excepción 1.^a, párrafo tercero, de la LEC de 2000, el procedimiento debió de haber sido el incidental por razón de la materia y no el juicio ordinario, el cauce adecuado para acceder a la casación no era el del ordinal 2.^o del artículo 477.2 LEC, apropiado para los juicios seguidos por razón de la cuantía, sino el de su ordinal 3.^o, apropiado para los juicios seguidos por razón de la materia, pues en cualquier caso el juicio ordinario traería causa del procedimiento concursal, siempre desde la consideración general de que, según la interpretación la jurisprudencia de dicho artículo 477 a partir de la entrada misma en vigor de la LEC de 2000 hasta la fecha, los ordinales 2.^o y 3.^o se excluyen entre sí. (**STS de 7 de junio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La sindicatura de la quiebra de J. SA interpuso demanda contra las mercantiles I. G. SL, E. P. SL, E. D. P. SL, M D. SCCL y M. T. C. C. SA, C. E. B. E. SL, y B. B. V. A. SA, solicitando, entre otros pedimentos, se declarase nulo el contrato de préstamo y la constitución de hipoteca objeto de esta litis. de El Juzgado de Primera Instancia número Tres de La Bisbal d'Empordà desestimó íntegramente la demanda. Recurrída en apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (*N. D. L.*)

DERECHO PROCESAL

93. Competencia de la jurisdicción civil para conocer sobre el cumplimiento de obligaciones sometidas a autorización administrativa.—La Sala primera del Tribunal Supremo afirma su competencia para conocer sobre el alcance de las obligaciones derivadas del contrato, las consecuencias de su cumplimiento o incumplimiento y los sujetos que vienen obligados a su cumplimiento, aun cuando tales obligaciones estén sometidas a la obtención de autorización administrativa, siempre y cuando las obligaciones tengan su origen en un contrato entre personas físicas o jurídicas de naturaleza privada. La Sala considera, de acuerdo con el artículo 9.1 LOPJ, que le corresponde al orden jurisdiccional civil el conocimiento de todos los conflictos entre particulares (entre otras, STS de 2 de abril de 2009), sin que ello se vea obstaculizado por el hecho de que uno de los pedimentos de la demanda deba someterse a normas de Derecho administrativo, especialmente cuando el litigio versa

sobre el cumplimiento de lo pactado en el contrato entre las partes y no sobre actos administrativos sujetos a Derecho administrativo. Se trata, por tanto, de una cuestión de carácter privado comprendida dentro de los supuestos a que se refiere el artículo 9.2 LOPJ, y ni siquiera puede apreciarse que la cuestión civil planteada tenga como premisa una cuestión prejudicial de orden administrativo. Esto es así porque no existe, realmente, riesgo de pronunciamientos contradictorios, en tanto que el objeto del proceso sustanciado en el orden contencioso-administrativo es, en lo sustancial, la impugnación de la resolución administrativa por la que se acepta el desistimiento del procedimiento de autorización de transmisión de los derechos mineros. De esta forma, de prosperar el recurso contencioso-administrativo, quedará expedita la vía para la transmisión de los derechos mineros, con lo que podrá darse cumplimiento a la transmisión del permiso minero, y, de no prosperar, quedará abierto el camino de la ejecución de sentencia. **(STS de 16 de junio de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En el año 2000, en el marco de unas relaciones comerciales complejas entre una serie de entidades mercantiles, se celebró un contrato de subarrendamiento de una cantera, por el que, entre otras obligaciones, la entonces arrendataria se comprometía frente a la subarrendataria a transmitirle el permiso minero para la explotación de la cantera. A tal fin, la entidad arrendataria había iniciado ante las autoridades administrativas el procedimiento conducente a la autorización del arrendamiento de los derechos mineros para la entidad subarrendataria. No obstante, en un momento dado —y en el contexto de un incumplimiento más general de sus obligaciones para con la subarrendataria—, la arrendataria desistió del proceso, dictándose resolución por la Administración en la que se tuvo por desistida la petición. En un momento dado, la subarrendataria interpuso demanda frente a la arrendataria y el resto de entidades involucradas en sus relaciones complejas, instando, entre otros pronunciamientos, que se condenara a la arrendataria a transmitir el permiso minero para la explotación de la cantera. En paralelo, iniciado ya el litigio civil, la subarrendataria instó también recurso contencioso-administrativo contra la resolución que daba por desistida la solicitud de autorización para la transmisión del arrendamiento de los derechos mineros, solicitando, entre otras peticiones, que se declarara no ajustada a Derecho la estimación del desistimiento; no hay constancia del estado actual de dicho recurso.

En el ámbito civil, el Juzgado de Primera instancia desestimó la petición formulada por la subarrendataria, al considerar que el conocimiento de tal petición no correspondía a los órganos de la jurisdicción civil, sino a la jurisdicción contencioso-administrativa. La sentencia se fundamentaba en este punto en el hecho de que la transmisión de los derechos mineros requiere autorización administrativa, y en que la demandada no se obligó a la transmisión del permiso minero, sino a arrendarlo. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes contra varios pronunciamientos de esta sentencia, entre ellos el aquí referido, la Audiencia Provincial estimó la petición de la subarrendataria, en el aspecto aquí indicado, considerando que el conocimiento de la petición de condena a la transmisión del permiso minero corresponde a los órganos de la jurisdicción

civil, en cuanto que se trata de verificar la existencia de una obligación, sin que sea impedimento para ello que el objeto de la transmisión sean autorizaciones administrativas.

La entidad arrendataria interpuso entonces recurso extraordinario por infracción procesal, centrado, entre otros argumentos, en la cuestión de la competencia del orden jurisdiccional civil para resolver sobre la petición de la subarrendataria demandante. (A. M. M.)

94. Colegios profesionales. Reclamación de cuotas de un Consejo General de Colegios frente a un Colegio oficial provincial. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.—El TS tiene declarado que, por aplicación del artículo 9, apdos. 4 y 6, LOPJ, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es el competente para el conocimiento de procesos cuyo objeto es la reclamación por el Consejo General de Colegios frente a un Colegio Oficial de ámbito provincial, del pago de las cuotas que éstos tienen que aportar a aquél (SSTS de 27 de septiembre de 2002, 26 de marzo de 2009, 8 de abril de 2009, 2 de junio de 2009, 3 de junio de 2009 y 17 de junio de 2009). Se trata de instituciones consideradas como corporaciones de Derecho público y las reclamaciones de cuotas correspondientes a las distintas anualidades deben calificarse como actuaciones administrativas, atendida su aceptación en Asambleas Generales, expresivas de la voluntad colegial, que aprobaron los presupuestos de ingresos y gastos para dichas anualidades, así como las actividades llevadas a cabo en el ámbito de la gestión pública referente a la demanda y requerimiento de abono de las cuotas impagadas que se reclaman.

A ello no obstan las SSTS de 28 de septiembre de 1998 y 12 de junio de 1990, pues en la primera se atribuyó la competencia al orden civil porque el Consejo General recurrente carecía de la prerrogativa de ejecución de oficio para la exacción de las cuotas, razón que ya no concurre en la actualidad, pues el artículo 44 LJCA establece un procedimiento especial para los litigios entre Administraciones Públicas; y la segunda concluye el sometimiento al Derecho civil de la faceta asociativa privada de los colegios profesionales, en tanto que la reclamación de cuotas de pago obligatorio que efectúa el Consejo General al Colegio territorial integra una actuación administrativa sometida a la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque el resultado de dicha actividad administrativa pueda tener repercusión en el patrimonio privado del Consejo reclamante (SSTS de 26 de marzo de 2009, 8 de abril de 2009, 2 y 3 de junio de 2009 y 17 de junio de 2009). (STS de 28 de abril de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Consejo General de Colegios de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados en Enfermería interpuso demanda contra el Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería de Alicante, en reclamación de las cuotas ordinarias de aportación obligatoria, correspondientes al periodo de tiempo comprendido desde abril de 1991 a noviembre de 1992, ante lo que el Colegio demandado opuso la excepción de falta de competencia de la jurisdicción civil, por ser el asunto de naturaleza administrativa y hallarse impugnado el acuerdo de fijación de cuotas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Juzgado de Primera Instancia dictó auto de sobreseimiento por incompetencia de jurisdicción, por entender que el objeto del proceso es materia que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo apelado por el Consejo demandante. La Audiencia dictó auto revocando el sobreseimiento, manifestándose favorable a la competencia de la jurisdicción civil porque sólo los actos colegiados sujetos al Derecho administrativo son los que debe controlar la jurisdicción contencioso-administrativa, y la Audiencia consideró posible una declaración parcial de competencia de la jurisdicción civil, para conocer de la reclamación que afecta a cuotas que derivan de acuerdos firmes, siendo necesario seguir el procedimiento para dilucidar qué cantidades de las reclamadas están amparadas por acuerdos firmes.

La sentencia del Juzgado, apreciando la existencia de falta de jurisdicción parcial, estimó parcialmente la demanda, en cuanto a las cuotas de 1991, respecto a las que es firme el acuerdo en que se fijaron, desestimándola en cuanto a la reclamación de las cuotas de 1992, atendiendo a que fue impugnado el acuerdo en que se fijaron ante la jurisdicción contencioso-administrativa, estando pendiente la decisión del recurso ante la Sala 3.^a del Tribunal Supremo. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes –la actora para obtener la estimación total de la demanda, la demandada sosteniendo la excepción de falta de competencia de la jurisdicción civil–, la Audiencia Provincial estimó el de la demandante, acogiendo íntegramente la demanda, y desestimó el de la demandada, al entender que es competente la jurisdicción civil, por ser éste el criterio que sostuvo en su anterior auto. Contra esa sentencia, El Colegio demandado interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación y, habiendo sido admitido el primero, es estimado por el Tribunal Supremo, anulando la sentencia de la Audiencia y declarando la incompetencia de la jurisdicción civil por corresponder el conocimiento del asunto al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, quedando a salvo el derecho de las partes a ejercitar las pretensiones ante quien corresponda. (F. J. J. M.)

95. Recurso de casación. Se dirige contra los argumentos que constituyen la *ratio decidendi* de la sentencia impugnada y no contra los que, sin directa vinculación con el fallo, pudieran aparecer en la sentencia impugnada.—El recurso de casación se da contra el fallo —en relación con los razonamientos en los que se apoya, que constituyen la *ratio decidendi* de la sentencia impugnada— y no contra cualquiera de las afirmaciones o argumentos que, aun sin directa vinculación con el fallo, pudieran aparecer en la sentencia impugnada, ya que la finalidad del recurso es obtener un pronunciamiento sobre el desajuste a derecho de la resolución que constituye su objeto mediante la denuncia de las infracciones legales que se observan y que han servido de base a la decisión; siendo improcedente la denuncia de cualesquiera otras que pudieran estimarse producidas que, aunque se declararan existentes, dada su inocuidad en relación con el pronunciamiento de la sentencia, en nada afectarían a la rectitud del fallo recurrido (SSTS de 5 de

noviembre de 2007 y 25 de enero de 2008). (**STS de 28 de abril de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—*SAVIA, S.A.* demandó a *YTM, S.L.* y *YIF, S.A.U.*, solicitando se condenara solidariamente a las demandadas a satisfacerle la cantidad de 601.012,10 euros por la compra de un dominio de Internet y los desarrollos contratados para la fase inicial y fase 1+ del proyecto según contrato celebrado entre las partes. Las demandadas se opusieron y, alegando incumplimiento de la actora en cuanto a las obligaciones dimanantes del referido contrato, formularon igualmente demanda interesando que se declarara conforme a derecho la resolución del contrato por razón de incumplimiento y se condenara a *SAVIA* a devolver la cantidad recibida de 348.587,02 euros, más intereses legales y una indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por *SAVIA* y estimó parcialmente la de *YTM* y *YIF*, declarando bien hecha la resolución del contrato por incumplimiento de *SAVIA*, a la que condenó a devolver la cantidad recibida, más los intereses legales. Interpuesto recurso de apelación por *SAVIA*, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, la demandante recurrió en casación, siendo desestimado el recurso íntegramente por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)