

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXXXIV • Noviembre-Diciembre 2008 • Núm. 710

REVISTA BIMESTRAL

La Revista no se identifica necesariamente con
las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62
revista.critica@corpme.es

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España

I.S.S.N.: 0210-0444

I.S.B.N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

Marca Comunitaria N.º 3.623.857

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.

Leganitos, 24

28013 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Comisión ejecutiva

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Manuel Amorós Guardiola
Académico de Número de la Real
Academia de Jurisprudencia y Legislación

Consejero-Secretario de la Revista

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Consejeros

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Antonio Pau Pedrón
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Juan Vallet de Goytisolo
Notario

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Antonio Nortes Triviño
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

Don Ángel Rojo Fernández-Río
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y
Mercantil adscrito a la DGRN

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Fernando Pedro Méndez González
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Poveda Díaz
Ex Decano del CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Aurelio Menéndez Menéndez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Manuel Amorós Guardiola
Académico de Número de la Real
Academia de Jurisprudencia y
Legislación

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Joaquín Rams Albesa
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

**Don Luis M.^a Cabello de los Cobos y
Mancha**
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Antonio Manuel Morales Moreno
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Juan Luis Iglesias Prada
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y
Mercantil adscrito a la DGRN

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y
Mercantil

Don Juan José Pretel Serrano
Director del Servicio de Estudios del
Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Se convoca el CUARTO PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO» con arreglo a las siguientes BASES:

1.º La dotación del premio será de 5.000 euros.

2.º Se concederá premio al mejor trabajo publicado hasta el 31 de diciembre de 2009, de entre las diversas secciones de la Revista, cuyo autor opte al premio y sea menor de cuarenta años. Podrá concederse *ex aequo* con otro autor.

3.º No podrán optar al premio aquellos autores que formen parte del Consejo de Redacción de la Revista en el año de la presentación del trabajo.

4.º El Jurado estará compuesto por el Presidente del Consejo de Redacción y los Consejeros de Redacción integrados en el Comité Ejecutivo. El Consejero-Secretario de la Revista actuará también como Secretario del Tribunal del Jurado. El Presidente del Jurado será el Presidente del Consejo de Redacción.

5.º El premio será objeto de reseña en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.

S U M A R I O

Págs.

ESTUDIOS

«Reflexiones sobre el derecho de superficie urbana», por JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ	2281
«Personalidad y protección de datos: el supuesto de las personas fallecidas», por JESÚS ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS	2297
«Por la obligatoriedad de la inscripción de la explotación agraria en el Registro Mercantil», por ESTHER MUÑIZ ESPADA	2329

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

«La incidencia de la Ley de Arbitraje en el convenio arbitral de consumo», por VICTORIA PICATOSTE BOBILLO	2373
---	------

DICTÁMENES Y NOTAS

«Principales aspectos jurídicos controvertidos de la captación desleal de clientes», por HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS	2413
---	------

DERECHO COMPARADO

«El carácter mercantil de la unificación internacional del Derecho contractual», por DANIEL ESPINA	2431
«Nuevo marco legal de los pactos sucesorios en el Derecho francés», por MONTSERRAT PEREÑA VICENTE	2485

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resoluciones publicadas en el *BOE*, por JUAN JOSÉ JURADO JURADO ... 2503

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— La capacidad procesal legítima y el menor, mayor de catorce años en Aragón, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 2509

1.2. Derecho de familia:

— Las funciones del progenitor custodio y el derecho de visitas del no custodio, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 2512

1.3. Derechos reales:

— La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA ... 2518

1.4. Sucesiones:

— La partición de la herencia. Criterio restrictivo en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones, por TERESA SAN SEGUNDO MANUEL. 2525

1.5. Obligaciones y contratos:

— Existiendo contrato, no puede acudirse por las partes a basar sus obligaciones en la ley, por ISABEL MORATILLA GALÁN 2529

— Adquisición de finca del Estado con carácter privativo en base al ejercicio de un derecho de adquisición preferente de natural legal ex artículo 137.4.f) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas: comentarios a la RDGRN de 8 de mayo de 2008, por ROSANA PÉREZ GURREA 2533

1.6. Responsabilidad civil:

- La responsabilidad de los centros de enseñanza, sean éstos públicos o privados, se extiende más allá de la sede del propio centro, por JUANA RUIZ JIMÉNEZ 2539

2. MERCANTIL

- Una reflexión crítica sobre el artículo 87.6 de la Ley Concursal, la jurisprudencia de intereses y el utilitarismo, por FRANCISCO REDONDO TRIGO 2544

3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.

- El régimen temporal de la nota marginal de iniciación de los procedimientos reparcelarios, por VICENTE LASO BAEZA .. 2569

ACTUALIDAD JURÍDICA

- Información legislativa y de actividades 2579

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

- «El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral», de LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, por ANA SUYAPA FERNÁNDEZ-SÁNCHO .. 2595

- REVISTA DE REVISTAS** 2599

ESTUDIOS

Reflexiones sobre el derecho de superficie urbana

por

JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO

1. EL DERECHO DE SUPERFICIE URBANA EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA.
 2. EL DERECHO DE SUPERFICIE URBANA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL ESTATAL Y EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA.
 3. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN LA LEY DE 28 DE MAYO DE 2007:
 - A) LAS FUENTES.
 - B) CONCEPTO.
 - C) FORMA Y DURACIÓN.
 - D) PRESTACIONES.
 - E) TRANSMISIÓN.
 - F) CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.
 - G) LOS DERECHOS DE TANTEO, RETRACTO Y RETRACTO A FAVOR DEL PROPIETARIO.
 - H) FACULTADES DEL PROPIETARIO DEL SUELO.
 - I) EXTINCIÓN.
-
1. EL DERECHO DE SUPERFICIE URBANA EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA

Dice ALBALADEJO (*Derecho Civil*, III, 9.^a edición, puesta al día con la colaboración de GONZÁLEZ PORRAS, 2002, pág. 683) que la utilidad práctica básica del derecho de superficie urbana, tanto de la urbana general como de la urbanística, es la de facilitar la edificación. Piénsese, por ejemplo, en que el dueño del suelo no quiere o no tiene medios para emprenderla, o que al constructor le sea muy gravoso el precio del solar. En teoría todo se arregla con el derecho de superficie, por el que ni uno paga la edificación ni el otro

el suelo. Pero en la práctica, concluye ALBALADEJO, me parece que hay otros muchos caminos para llegar a resultados equivalentes o aún preferibles, razón por la que mucho es de temer que la figura prospere poco en la realidad.

Esta opinión no parece compartirla el legislador porque, según la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo (LSU), la regulación del derecho de superficie está dirigida a superar la deficiente situación normativa actual de este derecho y favorecer su operatividad para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario. Como es sabido, los artículos 35 y 36 de la Ley regulan con detalle el contenido, la constitución, el régimen, la transmisión, el gravamen y la extinción del derecho de superficie. PAREJO GÁMIR (*El Notario del Siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, septiembre-octubre de 2006, núm. 9, pág. 40) cree correcta la regulación del derecho de superficie que no contiene novedades destacadas, pero resume las conclusiones alcanzadas por la doctrina y la jurisprudencia, aclara dudas, sistematiza acertadamente y, en suma, da una buena herramienta legal a la institución.

Muy recientemente, Miguel SEBASTIÁN, Ministro de Industria, Comercio y Turismo mantenía (*El Mundo*, Año XX, núm. 22, domingo 13 de abril de 2008, «Mercados», pág. 15) que el derecho de superficie es una fórmula en virtud de la cual el Estado, sin renunciar a la propiedad, cede el suelo a las constructoras para que edifiquen viviendas y las saquen al mercado de alquiler, gestionado por ellas mismas, durante un plazo de unos 20-30 años, tras el cual, tanto el suelo como las viviendas construidas, volverán a manos del Estado.

No es la primera vez que el legislador deposita grandes esperanzas en el derecho de superficie urbana. La Exposición de Motivos de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956, declara «que el fomento de la edificación no precisa, ni a veces aconseja, la enajenación de los terrenos; basta la constitución del derecho de superficie. La experiencia extranjera muestra las intensas posibilidades de esta figura jurídica que, a la vez que facilita la construcción, evita la especulación en edificios y terrenos y reserva el aumento de valor del suelo para el propietario. De aquí que se admita la constitución del derecho de superficie por entidades públicas y por particulares». Los artículos 157 a 161 de dicha Ley se ocupan del derecho de superficie. El artículo 157 prescribe que el Estado, las Entidades Locales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir derecho de superficie en suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los planes de ordenación, el dominio de los cuales corresponderá al superficiario.

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 2 de mayo de 1975, el derecho de superficie

como fórmula de disociación de la propiedad y uso del suelo es una figura que está mereciendo creciente atención en todos los países como instrumento de política del suelo. A cambio de una limitación temporal en el uso de los terrenos se obtienen éstos a un menor coste, con lo que se reduce el volumen inicial de recursos necesarios en el sector inmobiliario. Representa también un estímulo para la movilización del suelo por los propietarios privados que pueden así poner en el mercado estos bienes sin renunciar a su recuperación futura con su revalorización correspondiente. La promoción industrial y el fomento de las viviendas en alquiler pueden encontrar en el derecho de superficie un complemento de gran interés. Desde la perspectiva de los patrimonios públicos del suelo, el derecho de superficie puede y debe ser un instrumento mediante el que cada vez más se procure que el derecho de propiedad sobre suelo urbano, una vez que entre en la esfera patrimonial de la Administración no salga de la titularidad pública; el incremento no sólo en el espacio sino en el tiempo de los patrimonios públicos de suelo debe seguir siendo pieza clave de la política urbanística.

Los artículos 171 a 174 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, regulan la cesión de derechos de superficie de forma muy parecida a como lo hace la Ley del Suelo de 1956.

El Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, regula el derecho de superficie en los artículos 287 a 290. El artículo 287 dispone que las entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario. El mismo derecho asiste a los particulares, sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior. También el artículo 136 del mismo texto legal se ocupa del derecho de superficie de terrenos o de construcciones provisionales.

La sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, declara inconstitucionales, entre otros, los artículos 281.1, 288.1 y 290 del Texto Refundido de 1992. La Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, dictada tras la sentencia que acaba de citarse, en su Disposición Derogatoria única ordena la vigencia, entre otros, de los artículos 287.2, 287.3, 288.3 y 289 del Texto Refundido de 1992 referentes al derecho de superficie.

Las leyes autonómicas incluyen referencias al derecho de superficie. A continuación se va a hacer referencia a algunas de esas leyes autonómicas. Los artículos 179 a 191 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, de Suelo de la Comunidad de Madrid, regulan el derecho de superficie constituido sobre

suelo público propiedad de la Comunidad Autónoma o de los municipios. Por otra parte, hay que tener en cuenta que las Leyes 430 a 434 del Fuero Nuevo de Navarra regulan el derecho de superficie y las Leyes 435 a 442 los derechos de sobreedificación y subedificación. Igualmente, dentro del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 5/2006, de 10 de mayo, el artículo 564 regula ampliamente el derecho de superficie. La Ley 2/2004, de 29 de octubre, del Principado de Asturias sobre medidas urgentes en materia de suelo y vivienda que da nueva redacción al apartado 2 del artículo 226 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, aprobado por Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/2004, de 22 de abril, establece un régimen jurídico complementario al existente en la legislación del Estado sobre el derecho de superficie. El artículo 162 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de la Comunidad Autónoma de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, establece el régimen jurídico del derecho de superficie constituido por la Generalidad, los Ayuntamientos, las personas jurídicas de derecho público y los particulares. El artículo 201 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, regula la constitución del derecho de superficie por parte de las administraciones públicas, las entidades de derecho público de ellas dependientes y las sociedades urbanísticas con arreglo a lo establecido en la legislación del Estado. Los artículos 128, 129 y 130 de la Ley 2/2006 del Suelo y Urbanismo del País Vasco, de 30 de junio, fijan el régimen jurídico de la constitución, concesión y extinción del derecho de superficie por parte de la administración pública o entidad dependiente de la misma.

2. EL DERECHO DE SUPERFICIE URBANA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL ESTATAL Y EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA

El derecho de superficie tiene escasa tradición en nuestro Derecho (al respecto puede verse BLANQUER UBEROS, *Acerca del Derecho de Superficie*, 2007, pág. 30 y sigs.) por lo que no es de extrañar que el artículo 1.611 del Código Civil haga una simple referencia a él estableciendo que lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial. No hay duda de que el artículo 1.611 trae causa de la Base 26 que ordena la publicación de esa ley especial que nunca se promulgó. Existe controversia doctrinal respecto a la aplicación al derecho de superficie de lo previsto en el artículo 1.655 del Código Civil (al respecto puede verse O'CALLAGHAN, *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 1288. PRATS ALBENTO-

SA, *Derecho Civil, Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral* dirigido por LÓPEZ, MONTÉS Y ROCA, 2001, pág. 395). Según dicho artículo, los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga que se establezcan desde la promulgación de este Código, cuando sean por tiempo indefinido, se regirán por las disposiciones establecidas para el censo enfiteútico en la sección que procede. Si fueren temporales o por tiempo limitado, se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas a este contrato.

En la legislación hipotecaria las referencias al derecho de superficie datan del artículo 107 de la Ley Hipotecaria de 1861 y del mismo artículo de la Ley Hipotecaria de 1909, pero es la reforma del Reglamento Hipotecario aprobada por Decreto de 17 de marzo de 1959 la que introduce de forma explícita el derecho de superficie porque antes se describía sin mencionarlo. La Exposición de Motivos del citado Decreto declara que la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1956 exige modificar el Reglamento Hipotecario. Por lo que respecta al derecho de superficie dice que es necesario su desarrollo reglamentario que permita suplir el vacío legal. El artículo 16 del Reglamento Hipotecario regula la constitución, el plazo, el canon o precio a cargo del superficiario, transmisibilidad, garantías, etc. El apartado 2 del artículo 16 se ocupa de los derechos de sobreelevación y de construcción subterránea.

El Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que modifica determinados artículos del Reglamento Hipotecario fue declarado nulo por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, en la modificación llevada a cabo de los apartados 1.º y 2.º, letra b) del artículo 16. Además, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, ha declarado nulo el apartado 2.º, letra c) del artículo 16. Así pues, hasta la promulgación de la vigente Ley del Suelo, el régimen jurídico del derecho de superficie urbana estaba integrado por los artículos 287.2 y 3, 288.2 y 3, y 289 del Texto Refundido de 1992 y 16 del Reglamento Hipotecario. Además de estos textos legales, en cada Comunidad Autónoma debe tenerse en cuenta la correspondiente Ley del Suelo autonómica.

Como es sabido, el artículo 30.3 del Reglamento Hipotecario regula la inscripción registral del derecho de vuelo o superficie rústica sobre fincas ajenas. Del derecho de superficie por plantaciones se ocupa la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de Montes Vecinales en Mano Común (puede verse VILTA NICUESA, *El derecho de superficie: la superficie rústica*, 2008).

3. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN LA LEY DE 28 DE MAYO DE 2007

A) LAS FUENTES

Como ya se ha apuntado, la Disposición Derogatoria Única LSU deroga los artículos 287, 288 y 289 del Texto Refundido de 1992.

Según la Disposición Final LSU primera, apartado 3, los artículos 35 y 36, entre otros, tienen el carácter de disposiciones establecidas en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal por el artículo 149.1.8.^a sobre legislación civil. Según CHINCHILLA PEINADO (*Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*, dirigidos por SÁNCHEZ GOYANES, 2007, pág. 867), la legislación urbanística autonómica podrá complementar, dentro del respeto a la legislación estatal, el régimen del derecho de superficie constituido por las Administraciones autonómicas y locales, en orden a precisar la actividad edificatoria que podrá ejecutarse sobre el bien público, así como los mecanismos de atribución de dicho derecho, sin que pueda afectar al derecho de superficie constituido por los particulares, donde la competencia estatal es exclusiva para establecer los fines del mismo. Igualmente será exclusiva la competencia estatal en materia de forma de constitución, carácter, normativa, transmisión, gravamen y extinción de tal derecho, sea constituido por una Administración o por un sujeto jurídico-privado.

El derecho de superficie está incluido dentro del Título V, intitulado función social de la propiedad y gestión del suelo, que está estructurado en tres capítulos, el primero versa sobre venta y sustitución forzosa, el segundo está dedicado a patrimonios públicos de suelo y el tercero al derecho de superficie.

Al contrario que las Leyes del Suelo autonómicas que fundamentalmente se ocupan del derecho de superficie constituido por personas jurídico públicas, el artículo 35.2 LSU prescribe que el derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado.

Con la entrada en vigor de la LSU parece que ha perdido sentido lo que, ante la duplicidad normativa de este derecho existente con anterioridad, un importante sector doctrinal mantenía que el derecho de superficie podía revestir dos modalidades: la urbana común o clásica, que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer sobre suelos de esta naturaleza no tiene por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil; y la urbanística concedida para la ejecución de planes urbanísticos, que ha de someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo (NOGALES DE LA FUENTE, *Comentarios a la Ley de Suelo Estatal*, Ley 8/2007, de 28 de mayo, coordinados por MARTÍNEZ CALVO, 2007, pág. 354).

GUILARTE (*El derecho de superficie*, 1966, pág. 178) opina que el derecho de superficie, en su modalidad urbanística, era aplicable exclusivamente

a aquellos derechos establecidos dentro de los planes de ordenación urbana y que debe distinguirse entre derecho de superficie civil (urbana y rústica), y derecho de superficie urbanístico, sin perjuicio de que las normas de uno y otro ámbito puedan resultar de recíproco complemento. No son aplicables al derecho de superficie en su modalidad común las normas urbanísticas porque el Código Civil ya contiene normas para ello.

En la misma línea que la doctrina, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 26 de noviembre de 2002, declara la existencia de una dualidad de posibilidades o versiones del derecho de superficie, cada una de ellas con su régimen jurídico. Ha de concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, de la actuación que los mismos desarrollan y de las finalidades que por ellos se persiguen. Tal diversidad explica la subsistencia de una diferente normativa.

Por el contrario, y como ya se ha puesto de manifiesto, las normas de la LSU se aplican sea cual sea el propietario y cualquiera que sea el fin perseguido porque la Ley no distingue. Según el artículo 35-4 LSU, el derecho de superficie se rige por las disposiciones de este capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho. Hay que recordar que, según el artículo del Texto Refundido de 1992, el derecho de superficie se registrará por las disposiciones contenidas en este capítulo, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas de Derecho Privado.

A la vista de los textos legales, el artículo 35-4 LSU contiene un cambio respecto al artículo 287-3 del Texto Refundido de 1992, porque tras las normas contenidas en el capítulo sobre derecho de superficie se sitúa la legislación civil y en tercer lugar el título constitutivo. Por lo que respecta a la legislación civil no hay que olvidar que con la salvedad del Derecho navarro y catalán, a los que ya se ha hecho referencia, apenas existe legislación civil porque las normas del Código Civil son muy escasas como se ha visto. El Reglamento Hipotecario sí las contiene, como ya se ha evidenciado, por lo que habrá que entender que cuando se habla de legislación civil se está haciendo referencia a lo que en puridad es Derecho Hipotecario. El Texto Refundido de 1992 emplea la expresión Derecho Privado.

El que el título constitutivo esté situado en tercer lugar, tras las previsiones de la Ley del Suelo sobre derecho de superficie y tras la legislación civil, tendrá sentido en tanto en cuanto estas normas sean de derecho imperativo (puede verse CHINCHILLA PEINADO, *op. cit.*, pág. 873) porque serán bastantes las ocasiones en que prime el principio de autonomía de la voluntad y haya que estar a lo acordado por las partes.

B) CONCEPTO

Según el artículo 35.1 LSU, el derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.

El apartado 1 del artículo 35 LSU regula tanto el derecho de superficie, consistente en la realización de construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena como del derecho de superficie que tiene por objeto las construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones. Así pues, si tradicionalmente el derecho de superficie se constituía para construcciones o edificaciones pendientes de llevar a cabo, la LSU incluye también a construcciones o edificaciones ya realizadas.

Como dice RAZQUIN LIZÁRRAGA (*Comentarios a la Ley del Suelo* dirigidos por ENÉRIZ y BELTRÁN, 2008, págs. 537 y 538), el objeto del derecho de superficie son los bienes privados, es decir, aquellos que pertenecen a los particulares y a las Administraciones Públicas. Dentro de éstas, no cabe olvidar la gran diferencia histórica entre el dominio público y el dominio privado, que aún se mantiene en nuestro ordenamiento jurídico (así el artículo 4 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, o el artículo 79 de la Ley de Bases de Régimen Local). Pues bien, el derecho de superficie alcanza sólo a los bienes de dominio privado o patrimoniales y no a los de dominio público. Para estos segundos deberá acudir a otras fórmulas, según se trate de bienes de uso público (licencia o concesión demanial) o de servicio público (los contratos de gestión de los servicios públicos). Sólo respecto de los bienes patrimoniales cabe la cesión de la propiedad temporal, es decir, la constitución del derecho de superficie (así la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 2003, anula la constitución de derecho de superficie por el Ayuntamiento de Zaragoza a favor de la Casa de Andalucía en Zaragoza por recaer sobre bienes de dominio público que no han sido desafectados). En otro caso, respecto de los bienes de dominio público, será precisa la previa desafectación para que los mismos pasen al dominio privado de la Administración. De ahí, asimismo, la importancia que tiene la calificación jurídica de los bienes de los patrimonios públicos de suelo como bienes patrimoniales, puesto que serán objeto del derecho de superficie.

El derecho real de superficie atribuye al superficiario una propiedad temporal sobre una finca ajena. El artículo 17-1 LSU dispone que constituye

finca la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral.

BLANQUER UBEROS («El derecho de superficie», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, año 2007, núm. 16, pág. 176) cree que no es clara la referencia a las construcciones o edificaciones en la rasante porque podría referirse a las que permanezcan a ras de suelo sin extenderse en el vuelo, en el volumen sobre el suelo, ni en el subsuelo, en el volumen bajo el subsuelo. Se comprende que las construcciones en vuelo o en subsuelo ocupen la faz del suelo, en cuanto lo exijan las normas arquitectónicas y la necesidad de las cosas, para extenderse en el subsuelo o en el vuelo. Así, los accesos de suministros y las salidas de aguas negras en caso de construcciones en vuelo; o los accesos y las instalaciones de ventilación en las subterráneas.

C) FORMA Y DURACIÓN

De acuerdo con el artículo 35-2 LSU para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años.

Por lo que respecta a la forma, la regulación actual no es novedosa por cuanto el artículo 288-2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 establece que la constitución del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad. PRATS ALBENTOSA (*ob. cit.*, pág. 401) mantiene que dicho artículo 288-2 no es aplicable a la constitución del derecho de superficie por los particulares. En la actualidad no hay duda de que el artículo 35-2 LSU se aplica a la constitución del derecho de superficie, sea cuales fueren los sujetos intervinientes. Quedan atrás los tiempos en los que el Tribunal Supremo, sentencia de la Sala Primera, de 26 de noviembre de 2002, pudo mantener que no se ha llegado a exigirse para la creación entre particulares de un derecho de superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo en atención al principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1.278 del Código Civil, lo que junto con la admisión del sistema de *numerus apertus* en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados.

La legislación estatal al exigir la constitución en escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad adopta el mismo criterio que el Libro Quinto del Código Civil de Cataluña de 2006 que en el artículo 564-3 exige la constitución en escritura pública e igualmente que la constitución y las modificaciones del derecho de superficie podrán oponerse a terceros de buena fe desde que se inscriban en el Registro de la Propiedad. La Ley Foral 35/2002 de Navarra, en su artículo 236.3, ordena también que el derecho de superficie se constituya en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro.

Como ya se ha dicho, en la escritura de constitución del derecho de superficie deberá fijarse la duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años. El Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 dispone en su artículo 289-2 que el plazo del derecho de superficie no podrá exceder de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni noventa y nueve en el convenio entre particulares. La Ley Foral 35/2002 de Navarra, en su artículo 237-2 prescribe un plazo máximo de setenta y cinco años. El artículo 564-2-a) del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña de 2006 establece que la constitución del derecho de superficie debe constar necesariamente en escritura pública que debe contener la duración del derecho a construir o plantar, que no puede superar en ningún caso los noventa y nueve años.

Dice DE LA IGLESIA (*El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, 2000, pág. 356) que el establecimiento de un plazo amplio tiene como fin el procurar la estabilidad de la relación que se crea, no sólo entre las partes sino también en cuanto a terceros, por cuanto el superficiario puede imponer gravámenes sobre su propio derecho real.

Aparte del plazo previsto para la vigencia del derecho de superficie, hay que tener en cuenta que existe un plazo para que el superficiario realice las construcciones o edificaciones a las que quede obligado. Al respecto el artículo 36-5 LSU prescribe que el derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho.

Según GONZÁLEZ PÉREZ (*Comentarios a la Ley del Suelo*, II, 2007, pág. 1372), la ordenación territorial y urbanística impone al propietario del suelo unas cargas y obligaciones que al constituirse el derecho de superficie debe cumplir el superficiario, no sólo por el régimen a que esté sometida la propiedad urbanística, sino por las relaciones derivadas del título constitutivo de la superficie.

No hay duda de que el superficiario debe cumplir las citadas cargas y obligaciones dentro del plazo que se señale en el título de constitución del derecho de superficie.

D) PRESTACIONES

Según el artículo 35-2 *in fine* LSU, el derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado. El artículo 35-3 LSU dispone que el derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de canon periódico, en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie.

Como es sabido, es consustancial al derecho de superficie la reversión total al propietario de lo edificado al finalizar el plazo establecido al constituir el derecho.

La redacción del artículo 35-3 es casi coincidente con la del artículo 288-3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.

E) TRANSMISIÓN

De acuerdo con el artículo 36-1 LSU, el derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo.

El artículo 287-3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 también permite la transmisión y gravamen del derecho de superficie.

De acuerdo con lo que se prevea en el título constitutivo, el superficiario tiene la facultad de disponer de su derecho, al igual que el titular de cualquier otro derecho real. O sea que, como dice PRATS ALBENTOSA (*op. cit.*, pág. 402), puede transmitirlo a un tercero, concederlo en arriendo o bien constituir todo tipo de derecho real sobre el propio derecho de superficie (hipotecarlo, darlo en usufructo, gravarlo con servidumbre); tiene también las facultades de gozar y de disponer de cada una de las viviendas y locales resultantes del ejercicio de la facultad de construir o que constituyan el bien ya construido objeto del derecho.

El artículo 569-34 del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña de 2006 regula la hipoteca del derecho de superficie disponiendo que el derecho de superficie puede hipotecarse tanto si lo han concedido entes públicos como si lo han concedido personas privadas. La extinción del derecho de superficie por vencimiento del plazo produce la extinción automática de la hipoteca constituida sobre este derecho, salvo que exista un pacto en contrario en el título de constitución. La hipoteca que recae sobre el derecho de propiedad del suelo y el derecho de superficie, si concurren en la misma persona, los continúa gravando separadamente, si bien la hipoteca que se ha constituido

sobre el derecho de superficie se extingue cuando vence el plazo para el que se pactó.

F) CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

El artículo 36-2 LSU dice que cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.

Dice GONZÁLEZ PÉREZ (*op. cit.*, pág. 1367) que si el superficiario adquiere la propiedad sobre lo edificado, no existe razón alguna que impida establecer un régimen de propiedad horizontal, aunque no existiera norma expresa. El superficiario puede, sin consentimiento del titular del suelo, transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y las plazas de garaje, con la limitación temporal del derecho de superficie y con las obligaciones de cada uno de los adquirentes de cumplir las condiciones con las que se ha constituido este derecho, cuyo incumplimiento podrá determinar la resolución y extinción del derecho de superficie respecto de la finca independiente de la que fuera propietario el incumplidor, que revertiría al propietario del suelo.

BENAVIDES («El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 610, 1992, pág. 1252) cree posible la constitución del derecho de superficie en un edificio construido en régimen de propiedad horizontal.

No hay duda de que ello es posible, siempre que haya acuerdo de todos los propietarios en vender la propiedad de suelo, manteniendo ellos la de sus pisos. El vigente artículo 35-1 LSU permite la constitución del derecho de superficie sobre todo tipo de construcciones o edificaciones ya realizadas e incluso sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones.

G) LOS DERECHOS DE TANTEO, RETRACTO Y RETRACTO A FAVOR DEL PROPIETARIO

El artículo 36-3 LSU establece que en la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos de las transmisiones del derecho o de los elementos a que se refieren, respectivamente, los dos apartados anteriores.

El artículo 160 de la Ley del Suelo de 1956 reguló los tanteos y retractos legales a favor del propietario del suelo y del superficiario. Como se ha dicho, el artículo 36.3 LSU dispone que en la constitución del derecho de superficie se pueden establecer los derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo; es decir, que estamos ante derechos que tienen carácter voluntario y que pueden tener por objeto un derecho de superficie sobre lo construido o edificado, incluso cuando se haya constituido un régimen de propiedad horizontal.

Hay que tener en cuenta que el artículo 36-5 *in fine* prescribe que si por cualquier otra causa (distinta del transcurso del plazo) se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo de superficie.

H) FACULTADES DEL PROPIETARIO DEL SUELO

Según el artículo 36-4 LSU, el propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad del consentimiento de éste. El subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie.

En este apartado hay dos reglas atinentes a facultades del propietario del suelo. La primera regla se refiere a su facultad de disposición que se traduce en la posibilidad de transmitir y gravar su derecho al margen del derecho de superficiario y sin necesidad de su consentimiento. Es coherente que si el superficiario puede transmitir y gravar su derecho (con las limitaciones que fije el título constitutivo) de acuerdo con lo previsto en el artículo 36.1 LSU, porque también el propietario del suelo pueda hacer lo mismo. La segunda regla contenida en el artículo 36.4 LSU es que el subsuelo corresponde al propietario del suelo y podrá ser objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, salvo que pertenezca al superficiario. El legislador parte de la idea de que lo único que se entrega al superficiario es el derecho a la edificación o construcción sobre un terreno, salvo pacto en contrario (RAZQUIN, *op. cit.*, pág. 542).

I) EXTINCIÓN

La extinción del derecho de superficie es tratada ampliamente por el legislador. El artículo 289 del Texto Refundido de 1992 también se ocupa con detalle de la extinción.

Según el artículo 36-5, párrafo primero LSU, el derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho.

A esta cuestión ya se hizo referencia al hablar de la duración del derecho de superficie, sin embargo cabe referirse a los problemas que se puedan derivar del hecho de que lo edificado sea contrario a la ordenación territorial o urbanística o a que iniciada la edificación no se culmine o se suspenda (RAZQUIN, *op. cit.*, pág. 543).

No cabe duda de que el incumplimiento de las obligaciones fundamentales pactadas en el título constitutivo puede permitir al propietario instar la extinción del derecho de superficie.

De acuerdo con el artículo 36-5, párrafo segundo LSU, a la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie.

Así pues, el legislador ha previsto los efectos de la extinción para el caso de que se extinga el derecho de superficie por el transcurso del plazo, sin embargo no se dispone nada para el caso de extinción por causa de incumplimiento por parte del superficiario, por lo que hay que entender que se aplicarán las reglas generales concernientes al incumplimiento de las obligaciones.

RESUMEN

DERECHO DE SUPERFICIE

La Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, ha regulado el derecho de superficie en sus artículos 35 y 36 que se ocupan de su contenido, constitución, régimen, transmisión, gravamen y extinción.

Antes de analizar la situación actual, conviene referirse a la evolución legislativa del citado derecho. El Código Civil apenas se ocupa del derecho de superficie; si lo hacen la Ley del Suelo de 1956 y el Reglamento Hipotecario a partir de la reforma de 1959. A partir de ahí, los Textos Refundidos de las Leyes sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976 y 1992 incluyen el derecho de

ABSTRACT

SURFACE RIGHTS

Act 8/2007 of 28 May on land regulates surface rights in articles 35 and 36, which address the contents, creation, systems, conveyance, encumbrance and termination of surface rights.

Before analysing the current situation, it is a good idea to take a look back at the evolution of surface right legislation. The Civil Code hardly concerns itself with surface rights, while the Land Act of 1956 and the Mortgage Regulation after the 1959 reform did discuss them. After that, the Revised Acts on the Legal System Pertaining to Land and Urban Zoning of 1976 and 1992 inclu-

superficie. La sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de marzo de 1997, declara inconstitucionales varios artículos del Texto Refundido de 1992, atinentes al derecho de superficie, y la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones ordena la vigencia de los artículos restantes del Texto Refundido de 1992.

La legislación civil de algunas Comunidades Autónomas también regulan el derecho de superficie. El Fuero Nuevo de Navarra lo hace en las Leyes 430 a 442. Igualmente el artículo 564 del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña. Todas las leyes del suelo autonómicas incluyen en su articulado al derecho de superficie.

La parte central del trabajo está dedicado al análisis de los cambios que introduce la Ley del Suelo de 2007 en la legislación, teniendo en cuenta la influencia ejercida por la doctrina y la jurisprudencia.

ded surface rights. The Constitutional Court's ruling 61/1997 of March 1997 declared several articles of the Revised Act of 1992 concerning surface rights unconstitutional, and Act 6/1998 of 13 April on the Legal System for Land and Assessments ordered that the remaining articles of the Revised 1992 Act remained in force.

Some autonomous communities' civil legislation regulates surface rights as well. The New Code of Laws of Navarra does so in Laws 430 to 442. Article 564 of Book Five of the Civil Code of Catalonia does the same. All regional land laws include surface rights somewhere in their texts.

The central portion of this paper is aimed at analysing the changes the Land Act of 2007 introduced in legislation, taking into account the influence of doctrine and jurisprudence.

(Artículo recibido el 14-05-08 y aceptado para su publicación el 10-10-08)

Personalidad y protección de datos: El supuesto de las personas fallecidas (*)

por

JESÚS ALBERTO MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.
2. LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DE LAS PERSONAS FALLECIDAS:
 - 2.1. LA SOLICITUD DE CANCELACIÓN DE LOS DATOS DE LAS PERSONAS FALLECIDAS EN EL REGLAMENTO DE PROTECCIÓN DE DATOS Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA LOPD.
 - 2.2. EL ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA DE LAS PERSONAS FALLECIDAS.
3. LOS DATOS DE LAS PERSONAS FALLECIDAS CONTENIDOS EN EL REGISTRO CIVIL.
4. TRATAMIENTO DE DATOS CON FINES HISTÓRICOS DE PERSONAS FALLECIDAS.

1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La protección de datos de carácter personal constituye una de las materias más novedosas entre todas las que, en mayor o menor medida, inciden en la conformación del estatuto jurídico de la persona. Por esta razón, tanto el

(*) Con este artículo deseo rendir homenaje a don Manuel CUADRADO IGLESIAS, Catedrático Emérito de la Universidad Complutense de Madrid. En un primer momento me enriqueció con su docencia, posteriormente me honró con su amistad. Sirva, por tanto, este trabajo de reconocimiento a su quehacer científico y profesional y a su persona.

legislador como los jueces y la doctrina han realizado un esfuerzo de conceptualización y de desarrollo de un esquema jurídico en los últimos tiempos. La exigua e indirecta mención que realizaba el artículo 18.4 de la Constitución al respecto ha sido compensada, con posterioridad, con una labor profusa de producción normativa en los últimos quince años —dos leyes orgánicas, cinco normas reglamentarias, tres legislaciones autonómicas, sin mencionar los preceptos específicos en cada regulación sectorial—, seguida de numerosas resoluciones judiciales y obras científicas. Lógicamente, la aparición reciente de la informática no permitía planteamientos sobre el tratamiento de la información personal muy alejados en la Historia.

Como consecuencia de lo anterior, la aplicación, análisis y desarrollo de esta normativa generaba problemas diversos y variados, cuya existencia y resolución, en ocasiones, no se había planteado. Por ello, en un rápido examen de la regulación de protección de datos en nuestro país se aprecia, antes que nada, un aumento de los preceptos relativos a casos concretos no previstos anteriormente. Esta circunstancia se observa de forma clara en el nuevo Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos (en adelante, RPD) (1). La aprobación de un nuevo Reglamento era necesaria, puesto que las regulaciones anteriores se habían promulgado para desarrollar la LORTAD de 1992 y, por ello, se requería la adaptación a la Ley Orgánica de Protección de Datos vigente (Ley 15/1999, de 13 de diciembre). Además, se mejora el régimen de algunos aspectos dotados de una regulación parcial como, por ejemplo, los preceptos relativos a las medidas de seguridad de los ficheros. También se aprovecha la ocasión para fusionar y ordenar la dispersa regulación sobre la materia existente hasta la fecha.

Sin embargo, lo que más nos interesa destacar en este trabajo es la inclusión de nuevos artículos relativos a supuestos que se habían planteado en la práctica y que habían sido resueltos por las Agencias de Protección de Datos sin apoyo normativo específico. En numerosos casos, se plantearon problemas derivados de la determinación del ámbito de aplicación de la regulación de protección de datos: el tratamiento de datos incluidos en los ficheros con fines domésticos o personales, el tratamiento de datos de empresarios individuales y de personas jurídicas o el régimen aplicable al tratamiento de datos de personas fallecidas. Pues bien, la mayor parte de los supuestos mencionados se incluyen en los preceptos relativos al ámbito de aplicación del RPD (art. 2). En este artículo vamos a analizar el supuesto de los datos de personas fallecidas. Por otra parte, la concepción de la personalidad como presupuesto de la consideración de una información como dato de carácter personal y, con ello, de activación del régimen de protección de datos, plantea ciertos inte-

(1) El Reglamento ha sido aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, *BOE* de 19 de enero de 2008.

rogantes relativos a algún supuesto de determinación del comienzo de la personalidad. Concretamente, nos referimos al supuesto del *nasciturus*, ¿se puede hablar de datos de carácter personal del concebido y no nacido? ¿Es éste titular del derecho a la protección de datos? Aunque la regulación de protección de datos no contiene ningún precepto relativo a este caso, sí podemos apuntar que la doctrina se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre esta cuestión (2). En cualquier caso, no es este el tema principal que nos ocupa en estas líneas.

La protección de los datos de personas fallecidas plantea múltiples problemas. Con anterioridad a la promulgación del nuevo RPD, la protección de los datos de personas fallecidas no había sido contemplada en ninguna regulación, quizás por la consideración simple de la no existencia de datos personales, ante la ausencia del presupuesto de la personalidad, según establece el artículo 32 del Código Civil. El artículo 2 del RPD no altera en ningún caso el régimen de la norma civil, sin embargo sí introduce ciertas especificaciones relativas a la legitimación de ciertas personas para solicitar la cancelación de los datos de los fallecidos. Más bien, podría decirse que este precepto supone, en cierta medida, la cristalización de la doctrina generada al respecto por la Agencia Española de Protección de Datos, ante el silencio normativo anteriormente reseñado y la necesidad de proporcionar cumplida respuesta a las consultas y reclamaciones formuladas ante aquella instancia (3).

Es necesario, por tanto, analizar cuál es la naturaleza de dicha legitimación, puesto que, sin prejuzgar ahora la solución, podría suponer una novedad conceptual sin precedentes en la anterior normativa de protección de datos. Sin embargo, existe un problema cuyo planteamiento debe formularse con

(2) El Tribunal Constitucional ha afirmado que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida, el cual, como presupuesto básico, impediría el reconocimiento de otros derechos, como los reconocidos en el artículo 18 de la Constitución (STC 53/1985, de 11 de abril). Sin embargo, diversos autores admiten la titularidad de estos derechos por analogía con el régimen reconocido a las personas jurídicas, ante el silencio de la normativa de protección de datos al respecto. GRIMALT SERVERA, P., *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Comares, Granada, 1999, pág. 309; también ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *El derecho a la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 105; también se ha sostenido que estos datos pueden considerarse como datos de la madre o propios de aquél. HEREDERO HIGUERAS, M., *La Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Comentarios y textos*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 77-78. Por su parte, SÁNCHEZ CARAZO estima que la información sobre el *nasciturus* son datos de salud equiparables a los del menor. SÁNCHEZ CARAZO, C., y SÁNCHEZ CARAZO, J., *Protección de datos de carácter personal relativos a la salud*, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1999, pág. 175.

(3) Sobre el valor de la doctrina de la Agencia Española de Protección de Datos en la elaboración del RPD, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «El Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Consideraciones generales», en *Revista Española de Protección de Datos*, núm. 2, enero-junio de 2007, Thomson-Civitas, Madrid, págs. 73-74.

carácter previo: es el relativo a la legalidad de regular esta materia por medio de una norma de rango reglamentario. La determinación de la naturaleza de la facultad concedida en el artículo 2.4 del RPD a las personas en él mencionadas incide en esta cuestión, puesto que el derecho de cancelación constituye parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos. Si éste fuera el supuesto contemplado en el artículo 2.4, su regulación podría verse afectada por el principio de reserva de ley. Sin embargo, el supuesto aludido no constituye un caso de transmisión de los derechos del fallecido a los familiares o similares, pues, como vamos a ver a continuación, no nos encontramos ante un derecho de cancelación que forme parte del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos, sometido, por tanto, al principio de reserva de ley.

No obstante lo anterior, existe algún antecedente en la regulación sobre los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que es conveniente tener en cuenta. En la Ley 1/1982, de 5 de mayo, se contemplan diversos supuestos de ejercicio de las acciones respecto de personas fallecidas que pueden servir como instrumentos de utilidad para el esclarecimiento de los interrogantes que nos planteamos. En concreto, nos puede ayudar a determinar quiénes son las personas legitimadas. Además, tampoco podemos olvidar que existen otras regulaciones sectoriales que contienen preceptos que inciden de forma directa en el tratamiento de los datos de personas fallecidas. En este sentido, debemos tener en cuenta la regulación contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, sobre el acceso a la historia clínica de los fallecidos, así como lo dispuesto en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, sobre la consulta de documentos que contengan datos personales de aquéllos.

En definitiva, la publicación del RPD ha incluido algunas soluciones sobre cuestiones de ámbito de aplicación que ya se habían planteado en la práctica, las cuales afectan de forma directa al régimen de la personalidad (también incluye preceptos relativos a personas jurídicas). Si la persona es presupuesto necesario del concepto de dato de carácter personal, es obligado resolver aquellos problemas derivados de la determinación de los momentos de comienzo y extinción de la personalidad. Además, este estudio requiere tener presente en todo momento la consideración del derecho a la protección de datos como derecho fundamental y de la personalidad, puesto que el reconocimiento de éstos a las personas fallecidas no es pacífico.

2. LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DE LAS PERSONAS FALLECIDAS

El tratamiento de los datos relativos a las personas fallecidas es una cuestión que no ha recibido hasta la fecha especial atención por parte del legislador ni de la doctrina. El silencio de la normativa de protección de datos —roto por el art. 2.4 del RPD— resultaba muy elocuente y ofrecía una pista clara de la posición adoptada por aquélla respecto de este tipo de información. En realidad, la LOPD no hace referencia alguna a este supuesto de tratamiento porque no considera datos de carácter personal los relativos a los fallecidos.

A tal efecto, ya nos habíamos manifestado con anterioridad en el mismo sentido. En concreto, consideramos en su momento —y mantenemos ahora— que, de acuerdo con el artículo 32 del Código Civil, según el cual, «la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas», tras el fallecimiento ya no existe persona alguna. Por otra parte, el artículo 3.a) de la LOPD define los datos de carácter personal como «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables», y la letra e) del mismo precepto dice que son interesados —o afectados, término éste que no es del agrado de cierto sector doctrinal, por el pretendido matiz de consideración negativa que introduce respecto de estas personas— «persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo». Pues bien, podemos concluir que si el fallecido no es considerado persona, la información relativa al mismo tampoco puede ser considerada dato de carácter personal (4). En tales casos, no es posible reconocer el ejercicio de los derechos reconocidos en la LOPD ante la inexistencia de sujeto de derecho alguno (5). En correspondencia con la Ley civil, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en repetidas ocasiones respecto

(4) MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., *La cesión o comunicación de datos de carácter personal*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 288-289; también GONZÁLEZ NAVARRO, F., «El derecho de la persona física a disponer de los datos de carácter personal que le conciernen», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, julio-diciembre de 1996; asimismo han sostenido esta postura algunas autoridades de control españolas: AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe 365/2006, sobre tratamiento y cesión de datos de personas fallecidas*, pág. 1; también, AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe sobre tratamiento de datos de personas fallecidas*, de 23 de mayo de 2003, pág. 2; todos estos documentos y los reseñados en las siguientes notas de la Agencia Española se pueden encontrar en www.agpd.es; AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, *Informe sobre el acceso a los datos de una persona fallecida obrantes en un determinado expediente de servicio de ayuda a domicilio*. Datospersonales.org, núm. 29-28 de septiembre de 2007, pág. 1, www.madrid.org.

(5) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Resolución de 12 de junio de 2007*, Expediente núm. E/344/2005.

de la negativa al reconocimiento de diversos derechos fundamentales a las personas fallecidas, por ejemplo, el derecho a la intimidad, por cuanto se considera de carácter personalísimo y su existencia se vincula a la dignidad de la persona. Circunstancias que han permitido a algún autor aplicar esta doctrina al derecho a la protección de datos (6).

Es obvio que la legislación de protección de datos establece dos presupuestos fácticos, cuales son el dato de carácter personal y su tratamiento, cuya concurrencia determina la aplicación de aquélla al supuesto de hecho de que se trate (7). En correspondencia con lo anterior, podemos observar que el artículo 2 del RPD, al referirse a los fallecidos, alude expresamente en su párrafo 4.º a los «datos», sin añadir a tal expresión la apostilla «de carácter personal». No obstante, este precepto es claro a este respecto, pues establece en su parte inicial que «este reglamento no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas». En este sentido, la nueva referencia introducida por el RPD no altera la concepción que se deducía de la LOPD, puesto que su silencio no puede interpretarse como un olvido o vacío que es necesario llenar, sino como una omisión voluntaria que quiere poner de manifiesto la exclusión de los tratamientos de estos datos del ámbito de aplicación de la Ley, por la falta del presupuesto básico de la persona.

Ahora bien, también parece claro que tal conclusión es aplicable solamente respecto de aquella información relativa a las personas una vez que han fallecido. En este sentido, hasta que no se posee la certeza del fallecimiento de la persona, no es posible sostener la exclusión de sus datos del ámbito de aplicación de la LOPD: los ficheros y los datos que contienen estarán sometidos a dicho régimen, pues, en pura lógica, la incertidumbre respecto de la vida del interesado, se resuelve en la imposibilidad de sostener su fallecimiento (8). Por supuesto, también serán de aplicación los principios y deberes como, por ejemplo, el de cancelación, cuando la persona cuya muerte no se podía afirmar por estar desaparecida, apareciese muerta (9). En nuestra opinión, parece claro que la misma solución debe aplicarse en los casos de declaración de fallecimiento, dada su asimilación a la muerte, según se dedu-

(6) SERRANO PÉREZ, M. M., *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Thomson-Civitas y Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2003, pág. 276.

(7) MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas», en *IDP: Revista Internet, Derecho y Política*, núm. 5, 2007, Universidad Abierta de Cataluña, págs. 51-52, www.idp.uoc.edu.

(8) Es obvio que las situaciones de indeterminación de la vida de las personas como, por ejemplo, el caso de los desaparecidos, no implica la exclusión de los datos de aquéllas del ámbito de aplicación de la LOPD. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe sobre el tratamiento de los datos para la localización de personas desaparecidas o en investigación criminal*, año 2000, pág. 1.

(9) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Informe sobre el tratamiento de los datos para la localización...*, pág. 2.

ce de los artículos 193 y siguientes del Código Civil. Sin embargo, no se puede predicar la misma solución para aquellos datos generados todavía en vida de tales individuos.

Hasta la fecha del fallecimiento sí existía una persona y sus datos eran de carácter personal. Por ello, existen ciertos aspectos relativos a esos datos que sí requieren la atención y protección que brinda la Ley. Con el fallecimiento se produce un hecho que, como consecuencia de la desaparición de la persona, es constitutivo de una nueva situación que condiciona de forma decisiva el tratamiento de numerosa información personal. De ahí que el RPD otorgue la facultad, a personas cercanas al fallecido, de reclamar la actualización de la información, previa notificación del fallecimiento. Establece el artículo 2.4, tras afirmar la no aplicación del Reglamento a los datos de los fallecidos, que «No obstante, las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, podrán dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de éste con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo, y solicitar, cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos».

2.1. LA SOLICITUD DE CANCELACIÓN DE LOS DATOS DE LAS PERSONAS FALLECIDAS EN EL REGLAMENTO DE PROTECCIÓN DE DATOS Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA LOPD

Como se deduce de la lectura del precepto mencionado, los familiares y personas análogas pueden hacer dos cosas: en primer lugar, notificar el fallecimiento del interesado al responsable y, en segundo lugar, solicitar la cancelación de sus datos con el fin de actualizar la información relativa al mismo que se alberga en el fichero, en su caso. Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza de las facultades de actuación reseñadas: son verdaderos derechos asimilables a los reconocidos por la legislación de protección de datos a los interesados sobre sus propios datos?

La Agencia Española de Protección de Datos se ha manifestado en fechas recientes respecto de esta cuestión, en nuestra opinión de forma muy acertada (10). Este informe se emitió en virtud de una consulta formulada a la Agencia, en la que se le solicitaba que informase sobre la aplicación de la normativa de protección de datos a las personas fallecidas y el modo de ejercicio de los derechos de la LOPD por parte de los herederos del fallecido. Tras recordar la no aplicación de esta normativa a los datos de los fallecidos, conforme establece el artículo 2.4 del RPD, afirma que las facultades conce-

(10) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: *Informe 61/2008, sobre aplicación de las normas de protección de datos a personas fallecidas.*

didadas a las personas mencionadas en el mismo no constituyen reconocimiento de los derechos establecidos en la LOPD. Más bien se trata de una comunicación que actúa como presupuesto necesario de cumplimiento del deber de actualización del responsable establecido en el artículo 4.4 de la LOPD. En efecto, debemos tener en cuenta que el fallecimiento es, precisamente, la situación fáctica que genera la inexactitud del fichero, por lo que el deber de actualizarlo del responsable depende de su conocimiento (11). Si bien sobre los familiares no recae un deber de notificación —el RPD dice que «podrán»—, sin embargo si no se realiza aquélla, no se puede alegar incumplimiento por el responsable del fichero de sus deberes.

Por otra parte, tampoco la solicitud de cancelación, cuando proceda, de los datos del fallecido, constituye ejercicio alguno del derecho de cancelación de la LOPD. Se trata de una reclamación tendente a permitir el cumplimiento del deber de actualización, al que ya nos hemos referido. Ahora bien, dicho deber recae sobre el responsable con independencia de la posibilidad de instar la cancelación por las personas mencionadas en el artículo 2.4. Por tanto, entendemos que si el responsable tuviere conocimiento del fallecimiento por otros medios distintos a la notificación, debería entonces proceder a dicha cancelación de oficio. Lógicamente, la cancelación de los datos no es consecuencia necesaria de la notificación del fallecimiento (12), pues en muchas ocasiones es preciso el mantenimiento de la información y de su tratamiento, con el fin de satisfacer sus fines. Así se deduce del artículo 16.5 de la LOPD (13).

La notificación está limitada al fallecimiento del interesado, el cual deberá ser acreditado de forma suficiente. La expresión goza de gran amplitud, lo cual parece admitir medios de acreditación o prueba que no sean fehacientes. Por ello, podría admitirse toda documentación que genere la apariencia de la muerte, aunque no sea emitida por una entidad o funcionario públicos que proporcionen fe pública del hecho: por ejemplo, la documentación del tanatorio o del cementerio, entre otros. La notificación y la solicitud de cancelación podrán efectuarse por los familiares y personas de relación análoga. Se trata de personas que mantenían con el fallecido relaciones de afectividad

(11) El Consejo de Estado manifiesta que la inexactitud «puede» derivar del fallecimiento. Aunque podría derivar aquélla de otra causa, sin embargo el artículo 2.4 del RPD parece pensar en el supuesto del óbito, como se deduce de la facultad concedida de notificar el mismo y solicitar después la cancelación, si procede. CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Proyecto de Reglamento de desarrollo de la LOPD*, 15 de noviembre de 2006, reseñado en AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe 61/2008...*, pág. 3.

(12) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe 61/2008...*, pág. 4.

(13) «Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado».

fácticas análogas a las de los diversos miembros de la familia. Sobre este punto, volveremos después cuando analicemos las personas legitimadas para acceder a la historia clínica de una persona fallecida.

En relación con lo anterior, es ya tradicional la discusión relativa a la naturaleza de la legitimación activa para el ejercicio de las acciones en defensa de los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen de las personas fallecidas. La Ley 1/1982, de 5 de mayo, ha adoptado diversas soluciones: en primer lugar, la persona designada en testamento, en segundo lugar, determinados familiares (cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos); y en tercer lugar, el Ministerio Fiscal (art. 4). La defensa de los derechos de la personalidad del fallecido se ha justificado desde diversos puntos de vista: la supuesta prolongación de la personalidad que propugnaba un sector de la doctrina alemana (14), la consideración de los herederos como fiduciarios que reciben el encargo de defender al fallecido en sus derechos (15), encargo en interés ajeno que les convierte en custodios de su buen nombre o reputación (16); o la inclusión en la herencia del derecho a exigir respeto a la memoria del fallecido (17). En principio, se han sostenido tres posibles causas de legitimación: la transmisión sucesoria, el otorgamiento *ex novo* de un derecho por la Ley, y el reconocimiento legal del ejercicio de la acción en defensa de la memoria del fallecido (18). Como dispone el Preámbulo de la Ley 1/1982, el objeto de protección de estas acciones es la memoria del fallecido, de donde se deduce la posibilidad de que pueda defenderse por otras personas (19). En la sentencia 190/1996, de 25 de noviembre, el Tribunal Constitucional afirma que la memoria, aunque no constituye objeto de un derecho fundamental, sin embargo sí es interés digno de protección. Como afirma GRIMALT SERVERA, cuan-

(14) LARENZ, K., *Derecho Civil. Parte General*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pág. 163.

(15) O'CALLAGHAN, X., *La Libertad de expresión y sus límites: Honor, intimidad e imagen*, EDESA, Madrid, 1991, pág. 73; también, CREVILLÉN SÁNCHEZ, C., *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Actualidad Editorial, Alcobendas (Madrid), 1995, pág. 55.

(16) ALONSO PÉREZ, M., «La protección civil de la personalidad pretérita: regulación positiva», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, J. M. GONZÁLEZ PORRAS y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (Coords.), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, págs. 117-137.

(17) SÁNCHEZ CALERO, F. J., «Comentario al artículo 659 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1990, pág. 21; también SANCHEZ REBULLIDA, F., «Comentario al artículo 659 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1991, pág. 1662.

(18) GARCÍA PÉREZ, C., *Titulares de los bienes de la personalidad: legitimación para defenderlos. Especial referencia a la Ley Orgánica 1/1982*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 106-10.

(19) BODAS DAGA, M. E., *La defensa post mortem de los derechos de la personalidad*, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 152.

do se lesiona la memoria se perturba el recuerdo que tienen las personas, pero no se vulnera derecho de la personalidad alguno (20).

Ahora bien, la mayoría de la doctrina, así como el Tribunal Constitucional, sostienen que el ejercicio de las acciones a que se refieren los artículos 4 a 6 de la Ley 1/1982 no constituyen un supuesto de derecho propio. En el caso de los familiares a que se refiere el artículo 4.2, se trata de un supuesto de legitimación basado en la existencia de un interés propio que se ve perjudicado por el ataque a la memoria del fallecido. También en el supuesto de las personas designadas en el testamento, se puede considerar que se trata de personas afectadas por dichas vulneraciones (21). Por su parte, el Tribunal Constitucional ha avalado la posibilidad de solicitar el amparo por quien no es titular directo del derecho vulnerado. En la sentencia 214/1999, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman), se afirmó que el amparo se puede plantear, no sólo por los titulares de un derecho subjetivo, sino también por quienes invocan un interés legítimo: Violeta Friedman estaba legitimada, pues la ofensa se dirige contra un colectivo al que pertenece, por lo que ostenta dicho interés.

La doctrina ya se había planteado las posibilidades de actuación de los familiares del fallecido respecto de sus datos personales generados en vida. Algunos autores admiten la aplicación analógica de la Ley 1/1982 para cubrir lo que, a su juicio, constituye un vacío de la LOPD, mediante la admisión de los supuestos de transmisión de derechos y acciones que se recogen en la misma y en otras leyes (22). Sobre la base de la cercanía existente entre el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos, también se ha admitido el ejercicio de derechos propios por parte de los familiares, con el fin de evitar la quiebra de régimen de protección de datos (23). En nuestra opinión, la facultad de notificación y la solicitud de cancelación del artículo 2.4 del RPD pueden constituir un supuesto de interés legítimo de los mencionados en dicho precepto. Como vamos a ver a continuación, existen supuestos concretos en los que los familiares pueden tener derechos sobre los datos del fallecido, sin embargo parece que las facultades antes mencionadas presuponen la existencia de un interés legítimo: respetar la memoria y el nombre del fallecido, por ejemplo. Por lo demás, la legitimación del artículo 2.4 es similar a la establecida en el artículo 4.2 de la Ley 1/1982. Aunque en

(20) GRIMALT SERVERA, P., *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 75.

(21) CABEZUELO ARENAS, A. L., «Breves notas sobre la protección *post mortem* de honor, intimidad e imagen», en *Diario La Ley*, núm. 4708, de 8 de enero de 1999, págs. 1577-1579; también, GARCÍA PÉREZ, C., *ob. cit.*, pág. 120.

(22) ORTÍ VALLEJO, A., *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de los ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*, Comares, Granada, 1994, pág. 111 y sigs.

(23) SERRANO PÉREZ, M. M., *ob. cit.*, pág. 277.

este precepto solamente se alude a familiares, sin embargo parece obvio, como ya se ha sostenido (24), que el mismo debe ser interpretado de forma extensiva. Incluso, también se ha afirmado que debería ampliarse la legitimación a aquellas personas que mantenían vínculos de amistad con el fallecido (25). En nuestra opinión, esta solución estaría más justificada, si cabe, en el caso del artículo 2.4 del RPD, puesto que el fin que se persigue es facilitar la adecuación de los datos a la realidad generada por el fallecimiento, por lo que cualquiera que fuera conocedor de tal hecho debería estar facultado, al menos, para notificarlo.

En este sentido, la Ley reguladora del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, adopta una posición de extensión de la legitimación para notificar el fallecimiento al Registro Civil: según el artículo 84, «deberán promover la inscripción por la declaración correspondiente los parientes del difunto o habitantes de la misma casa, o, en su defecto, los vecinos. Si el fallecimiento ocurre fuera de casa, están obligados los parientes, el jefe del establecimiento o cabeza de familia de la casa en que hubiera ocurrido o la autoridad gubernativa». Si todas estas personas están legitimadas para notificar el fallecimiento con el fin de incluir esta información en el Registro, que constituye prueba plena de los hechos inscritos, mayor razón debería haber para posibilitar la notificación del fallecimiento a otros ficheros que no proporcionan un efecto jurídico de tal naturaleza. La solución adoptada por la Ley del Registro Civil se justifica por el interés en mantener actualizada la información contenida en el mismo, para lo cual puede servir la declaración de cualquier persona que tenga noticia directa del fallecimiento: se trata de personas que han podido presenciarlo. Parece, por ello, razonable pensar que idéntico objetivo se puede conseguir en la actualización de los datos de cualquier fichero, sobre todo cuando la legislación de protección de datos impone al responsable un deber en tal sentido.

De todas formas, existe un factor que podría generar ciertas dificultades de asimilación, o siquiera de acercamiento, de las regulaciones de la Ley 1/1982 y del RPD. En el primer caso, la legitimación otorgada en los diferentes casos persigue la defensa ante una vulneración de la memoria del fallecido (de ahí que se amplíe aquella, por ejemplo, al Ministerio Fiscal). En el segundo caso, se trata de unas facultades que no tienen por objeto la reacción ante un ataque, sino más bien lo contrario: se pretende informar del fallecimiento al responsable del tratamiento, con el fin de poder evitar posteriores reclamaciones y, en su caso, de solicitarle la cancelación, sin que la misma lleve aparejada, en un primer momento, sanción alguna.

Por otra parte, en muchas ocasiones el tratamiento de los datos de personas que han fallecido puede constituir una vulneración, no sólo del derecho

(24) GRIMALT SERVERA, P., *ob. cit.*, págs. 77-78.

(25) CABEZUELO ARENAS, A. L., *ob. cit.*, pág. 1579.

a la protección de datos de aquéllas, sino también de otros bienes jurídicos y derechos reconocidos en la Constitución. En particular, nos referimos a los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen. En relación estos derechos, los artículos 4 a 6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen permiten que las personas designadas por el fallecido en el testamento, determinados familiares y el Ministerio Fiscal puedan ejercitar la acciones correspondientes en defensa de estos derechos. Puede ocurrir que el tratamiento de los datos afecte a tales derechos y no se establezca la protección adecuada de los mismos. Por esta razón, afirma la Agencia Española de Protección de Datos que, aunque la LOPD no sea aplicable a la información de personas fallecidas, es necesario que el responsable del tratamiento adopte las medidas necesarias y cumpla los deberes que correspondan para evitar el conocimiento de tales datos en defensa de los derechos y bienes mencionados (26).

Aunque el RPD no alude a otros supuestos, también se ha planteado la posibilidad de reconocer a terceros el derecho de acceso a los datos de la persona fallecida. La Agencia Española ha reconocido tal derecho a los herederos del fallecido, siempre que el acceso sea un medio de preservación de los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen, derechos para cuya defensa están facultados, en virtud de la Ley 1/1982 (27). Sin embargo, no se les reconoce derecho de acceso alguno fuera de tales supuestos (28). De esta forma, no son titulares del derecho de acceso reconocido en la LOPD, sino de una facultad de defensa de otros bienes jurídicos reconocida por la Ley 1/1982. En este sentido, los herederos tienen derecho a conocer los datos del causante que sean de interés por su posición como tales herederos: por ejemplo, el derecho a conocer la composición del caudal hereditario. Pero, en estos casos el derecho a conocer esta información no es manifestación del derecho de acceso de la LOPD, sino una facultad derivada del fenómeno sucesorio. Como comprobaremos más adelante, se trata de una solución idéntica a la establecida en la legislación sobre información y documentación clínica, en la que el acceso a la historia por parte de terceros se basa en su propio derecho a la salud, no el reconocimiento de los derechos consagrados en la LOPD.

En cualquier caso, la legitimación en estos casos solamente alcanza al acceso a los datos del fallecido, sin que se justifique el conocimiento de los datos relativos a otras personas vivas conectados con los anteriores, por cuanto los

(26) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe 365/2006...*, pág. 2; también, AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Resoluciones de 28 de abril de 2005 y 28 de octubre de 2005*.

(27) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe sobre el ejercicio del derecho de acceso por los herederos del afectado*, año 2002, pág. 1.

(28) En el mismo sentido, GUERRERO PICÓ, M. C., *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Thomson-Civitas y Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2003, págs. 229-232.

mismos sí son objeto de protección por parte de la normativa de protección de datos y se someten, por tanto, a su régimen jurídico —por ejemplo, a la necesidad de que concurra el consentimiento del interesado— (29). A este respecto, el artículo 18 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, es más claro, según vamos a comprobar, al prohibir el acceso a los datos de la historia clínica que puedan perjudicar a terceras personas y a las anotaciones subjetivas incluidas por los profesionales médicos.

Sin embargo, la solución anterior no ha sido la única adoptada en los países de nuestro entorno. En algunos casos, se ha otorgado el acceso a los datos del fallecido a determinados terceros. Así, el artículo 14.4 de la Ley argentina de Habeas Data establece que «el ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo —derecho de acceso— en el caso de los datos de personas fallecidas le corresponderá a sus sucesores universales». En refuerzo de dicha facultad, el artículo 34 de la misma Ley otorga a los sucesores en general la legitimación activa para el ejercicio de la acción de protección de datos personales o de *habeas data*, por la que, entre otros fines, se «podrá tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos...». Es decir, se trata de una acción o mecanismo procesal que sirve de cauce para el ejercicio del derecho de acceso. En este caso, no consideramos que se reconozca un verdadero derecho de acceso a tales sucesores, por cuanto en este precepto solamente se habla de ejercicio. Sin embargo, tampoco alcanzamos a entender cuál puede ser la causa que justifique esta declaración general, sin que el mero fallecimiento pueda legitimar tal solución. Es decir, el ejercicio del acceso por parte de los sucesores debe justificarse en cada caso por algún motivo: necesidad de conocer los bienes del causante, preservación de la salud, posibles beneficiarios de un seguro, etc. Sin embargo, no puede existir una justificación de carácter general que autorice al ejercicio en cualquier circunstancia de dicho derecho. Por lo demás, no se trata del ejercicio de un derecho perteneciente al fallecido, por razones obvias ya señaladas. Por todo lo anterior, consideramos que no es adecuado a la naturaleza de este derecho el reconocimiento de una facultad de ejercicio general a los sucesores del fallecido.

2.2. EL ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA DE LAS PERSONAS FALLECIDAS

Una manifestación clara de lo anterior es el supuesto del tratamiento de los datos sanitarios de personas fallecidas. Es innegable que, en multitud de supuestos, está plenamente justificado el tratamiento de datos de perso-

(29) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Resolución de 8 de septiembre de 2006*. Procedimiento sancionador PS/00043/2006.

nas fallecidas, con lo que quiebra así, el principio de calidad de los datos, concretamente su manifestación del deber de actualización. Antes de entrar en el análisis de estas cuestiones, debemos poner de manifiesto que en estas líneas vamos a referirnos al acceso por parte de los familiares y allegados, ya que es éste el supuesto al que se refiere el artículo 2.4 del RPD, con el que pretendemos contrastar la regulación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Por supuesto, existen otras personas que por motivos profesionales acceden a las historias clínicas: los profesionales médicos, el personal de administración y los terceros externos y ajenos a la organización sanitaria (30). Todos ellos poseen diversas posibilidades de acceso a la historia clínica, conforme se deduce de la Ley 41/2002 y ha puesto de manifiesto la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid (31). Sin embargo, debemos centrar nuestro análisis en los sujetos y grupos aludidos: familiares y allegados o asimilados.

Existen otros casos de acceso, justificados por razón de un proceso judicial, epidemiológicos, de investigación o docencia. En relación con el acceso a los datos para la satisfacción de estos fines, el artículo 16.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (32), establece que «el acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso». Como podemos comprobar, este precepto no establece distinción alguna entre pacientes vivos o fallecidos y remite a la LOPD para regular el acceso con dichos fines. Pues bien, si tenemos en cuenta la exclusión del ámbito de aplicación de esta normativa a los datos de los fallecidos, unido a la

(30) Sobre el acceso a la historia clínica por parte de estas personas, FERNÁNDEZ-GALIANO, B., *Los límites al acceso a las historias clínicas*. Datospersonales.org, núm. 21, mayo de 2006. Esta publicación se puede encontrar en www.madrid.org

(31) AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, «Recomendación 2/2004, de 30 de julio, sobre custodia, archivo y seguridad de los datos de carácter personal de las historias clínicas no informatizadas», en *BOCM* núm. 191, de 12 de agosto de 2004.

(32) *BOE* núm. 274, de 15-11-2002.

reducción de exigencias que la LOPD establece respecto del tratamiento de estos datos, podríamos afirmar que este supuesto de acceso no se somete a las prescripciones establecidas en el artículo 18 de la Ley 41/2002, que analizaremos a continuación. Eso sí, siempre que concurra el consentimiento del paciente si sus datos no se han anonimizado.

El artículo 18.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, establece que «los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso, el acceso de un tercero a la historia clínica, motivado por un riesgo para su salud, se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros» (33). Se trata de información cuyo tratamiento responde a una variedad amplia de objetivos —sanitarios, de afirmaciones personales, entre otros—, por lo que era necesaria la promulgación de una regulación que contemplase el acceso a estos datos desde distintas ópticas y con diversos propósitos, ante los cambios que la ciudadanía ha sufrido en sus derechos y la necesidad de establecer garantías de ejercicio de los mismos (34). En consonancia con la amplitud de fines a los que se puede destinar la información de salud, el concepto de dato médico —como tipo de dato de salud, pues este último se considera, en pura lógica, más amplio (35)— también debe entenderse en un sentido extensivo, con el fin de incluir en el mismo informaciones como las de carácter genético, las cuales son consideradas como datos de salud de las personas (36),

(33) Este artículo y los demás de la Ley 41/2002, relativos al acceso a la historia clínica, tenían como precedente, siquiera incompleto, el artículo 61 de la Ley 17/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, según el cual: «En cada Área de Salud debe procurarse la máxima integración de la información relativa a cada paciente, por lo que el principio de historia clínico-sanitaria única por cada uno deberá mantenerse, al menos, dentro de los límites de cada institución asistencial. Estará a disposición de los enfermos y de los facultativos que directamente estén implicados en el diagnóstico y el tratamiento del enfermo, así como a efectos de inspección médica o para fines científicos, debiendo quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica. Los poderes públicos adoptarán las medidas precisas para garantizar dichos derechos y deberes».

(34) RIPOL CARULLA, S., «El tratamiento de los datos médicos y genéticos en la Administración sanitaria», en *El derecho a la intimidad y a la privacidad y las Administraciones Públicas* (Dir.: BELLO JANEIRO, D.; Coord.: HEREDERO HIGUERAS, M.), Escuela Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1999, pág. 144 y sigs.

(35) LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «El tratamiento jurídico de los documentos y registros sanitarios informatizados y no informatizados», en *Información y Documentación Clínica*, vol. II, Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1997, pág. 586 y sigs.

(36) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe sobre el tratamiento de los datos para la localización de personas desaparecidas...*, pág. 2.

o la derivada de la documentación administrativa incluida en las historias clínicas relativa a los pacientes (37).

Es obvio que los datos incluidos en la historia clínica hacen referencia a patologías y otros aspectos de épocas pasadas, en las que la persona estaba viva. Este precepto admite el acceso a determinados datos contenidos en la historia limitado, según el mismo, a aquellas personas que mantenían relaciones familiares con el fallecido o de afectividad similar y se requiere la voluntad expresa del fallecido para impedir el acceso. Como se puede comprobar, se trata de una solución diferente a la establecida cuando el paciente está todavía vivo, pues en tal caso el artículo 18.2 de la Ley establece que «el derecho de acceso del paciente a la historia clínica puede ejercerse también por representación debidamente acreditada». Es decir, el derecho corresponde en este caso al interesado, con independencia de que el mismo se ejerza a través de terceras personas. De forma similar, el artículo 5.1 de la Ley establece que las personas con relación familiar o de hecho pueden acceder a la historia clínica del paciente vivo cuando éste consienta de forma expresa o tácita (38). Como se puede comprobar, en este caso se admite la declaración tácita de voluntad, a diferencia de la prohibición establecida en el artículo 18.3 respecto del acceso a la historia de las personas fallecidas, que debe ser expresa. De todas formas, la diferencia principal entre ambos supuestos radica, en nuestra opinión, en los mecanismos jurídicos de acceso reconocidos a los terceros, pues parece que en el caso de los datos de personas vivas no se reconoce a aquéllos derecho alguno en tal sentido ni se puede afirmar que nos encontramos ante un supuesto de cotitularidad del derecho a la información sanitaria (39). En el supuesto de las personas fallecidas, la Ley 41/

(37) En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Europa en la Recomendación número R (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre Protección de Datos Médicos, que considera dato médico: «los datos de carácter personal relativos a la salud de la persona. Afecta igualmente a datos manifiesta y estrechamente relacionados con la salud, así como con las informaciones genéticas». Se puede consultar el texto de esta resolución en http://www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_co-operation/Data_protection/

(38) Este requerimiento no se incluyó en las regulaciones anteriores. Concretamente, el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, establecía, en su apartado 5.º, que: «Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:... 5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento». No obstante, se sostenía por la doctrina que el acceso de los familiares y asimilados a la historia clínica debía permitirse sólo en aquellos casos en los que el paciente no podía recibir la información, estableciendo así un criterio de supletoriedad respecto del paciente. ROMEO CASABONA, C. M., «Aspectos específicos de la información en relación con los análisis genéticos y con las enfermedades transmisibles», en *Información y Documentación Clínica*, vol. I, Consejo General del Poder Judicial-Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1997, pág. 317.

(39) OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E., «El derecho a la información sanitaria en la Ley 41/2002», en *Cuadernos de Bioética*, XVII, 2006/1.ª, pág. 31.

2002 no es tan clara, pues admite el acceso si no se prohíbe por el interesado y elimina, por ello, la autorización, a la vez que va más allá del ejercicio del acceso por representación, como es lógico.

Sin embargo, cuando estas personas soliciten el acceso por motivos de riesgo para su propia salud, se admite el acceso a los datos cuyo conocimiento se justifique por dicha causa. Aunque la redacción de este precepto no es muy clara, es lógico afirmar que la voluntad del fallecido no puede evitar el acceso a la historia en estos supuestos. Es obvio que la protección de los datos de aquél encuentra un límite legítimo en la protección de la salud de los familiares y personas que mantuvieron relaciones de diversa índole con el primero. En este sentido, el Preámbulo de la Ley 41/2002 pone de manifiesto la necesidad de conjugar los derechos individuales con la protección de la salud pública (40). Ahora bien, el objetivo del acceso de familiares y similares puede satisfacerse con el conocimiento, exclusivamente, de información médica. De ahí la prohibición de acceder a los datos del fallecido pertenecientes al ámbito de su vida íntima —que no añaden más valor a los datos de las patologías ya detectadas— y a las apreciaciones subjetivas de los profesionales que asistieron al difunto. En este último caso, se pretende proteger la intimidad de estos profesionales, pues en caso contrario se mermaría en gran medida el desarrollo adecuado de su profesión. Esta fue la tesis que sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso Gaskin* (41).

Gaskin era un ciudadano británico que solicitó el acceso a los ficheros de una institución en las que había pasado parte de su vida infantil y juvenil, con el fin de conocer determinada información referente a su formación. El Tribunal resolvió negativamente su pretensión, pues entendía que dicho acceso podía poner en peligro la integridad de los archivos públicos, así como los derechos de los educadores y trabajadores de la institución que participaron en la educación del reclamante, ya que se alegaba que en tales ficheros se incluían apreciaciones subjetivas, psicológicas y demás, cuyo conocimiento por el interesado no estaba justificado. En fin, idénticas soluciones han sido propuestas por otros organismos y grupos de trabajo en esta materia (42).

Existen determinadas categorías de datos de salud que poseen ciertas especialidades respecto de su acceso por terceros. Pensemos, por ejemplo, en

(40) «...Se manifiesta así una concepción comunitaria del derecho a la salud, en la que, junto al interés singular de cada individuo, como destinatario por excelencia de la información relativa a la salud, aparecen también otros agentes y bienes jurídicos referidos a la salud pública, que deben ser considerados, con la relevancia necesaria, en una sociedad democrática avanzada».

(41) *Gaskin v. the United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 160, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Published+case+law/Citation/>

(42) RED IBEROAMERICANA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *El tratamiento de datos de salud en relación con la historia clínica*, documento elaborado por el Grupo de Trabajo reunido en Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 3-5 de mayo de 2006, pág. 14.

los datos genéticos (43). Se trata de una información que puede afectar, no sólo a las personas a quienes pertenece la misma, sino también, por su naturaleza, a los familiares consanguíneos. En el caso de que exista riesgo de padecer una enfermedad derivada de la configuración genética del sujeto, parece obvio que el facultativo puede informar a los familiares potencialmente afectados si el paciente no desea hacerlo, siempre que exista proporcionalidad entre el conocimiento de los datos y la posibilidad de prevenir la enfermedad (44). Como se puede comprobar, se trataría de una solución cercana a la del artículo 18.3 de la Ley 41/2002. Quizá, la especial naturaleza de los datos genéticos, a la que antes hemos aludido, pudiera hacer pensar que, en realidad, los familiares acceden a información propia, de tal forma que no tendrían que sufrir limitación alguna al respecto. Así, se ha afirmado que los datos genéticos pueden ser relevantes para la salud de un grupo familiar, puesto que sujetos y grupo comparten determinada información genética (45), lo cual les convierte en miembros de un mismo grupo (46).

(43) La concepción de los datos genéticos como un tipo de dato de salud es aceptada de forma unánime. No obstante, de tal afirmación no se puede obtener la conclusión de que los mismos reciben una protección reforzada, puesto que determinados fines de su tratamiento (policiales, de seguridad pública) pueden ocasionar el efecto contrario. En este sentido, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Protección de datos genéticos: nuevos derechos para nuevas biotecnologías», en *Revista Española de Protección de Datos*, núm. 1, julio-diciembre de 2006, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid-Civitas, Madrid, 2007, pág. 73.

La consideración de los datos genéticos como datos de salud había sido puesta en tela de juicio por APARICIO SALOM, quien entendía que había que distinguir entre la información obtenida y su interpretación, de tal forma que sólo consideraba dato personal la segunda. APARICIO SALOM, J., *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pág. 205. Sin embargo, no es esta la posición mayoritaria, puesto que la información lo es con independencia de la necesidad o no de realizar posteriores estudios para su comprensión. En este sentido, DE MIGUEL SÁNCHEZ, N., «Investigación y protección de datos de carácter personal: una aproximación a la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica», en *Revista Española de Protección de Datos*, núm. 1, julio-diciembre de 2006, Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid-Civitas, Madrid, 2007, págs. 147-148. En nuestra opinión, siempre que la identificación del sujeto no requiera esfuerzos desproporcionados, no se puede excluir esta información del concepto de dato de carácter personal.

(44) La Recomendación del Consejo de Europa número R (92) 3, sobre pruebas genéticas y cribado con fines sanitarios, admite tal información en caso de riesgo genético grave para los familiares y sus hijos.

(45) SÁNCHEZ-CARO, J. y SÁNCHEZ-CARO, J., *El médico y la intimidad*, Díaz de Santos, Madrid, 2001, pág. 167. ROMEO CASABONA recuerda, como supuesto que justifica tal concepción, la existencia de un gen patológico heredado. ROMEO CASABONA, C. M., *ob. cit.*, pág. 321.

(46) GRUPO DE TRABAJO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE: *Documento de trabajo sobre datos genéticos*, de 17 de marzo de 2004, págs. 5 y 8. Se puede obtener en http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2004/wp91_es.pdf

Sin embargo, la doctrina está de acuerdo en considerar que los datos genéticos son datos de carácter personal, respecto de los cuales se reconocen a cada uno derechos de contenido personal y de ejercicio individual (47). El artículo 18 de la Ley considera que los datos de la historia clínica —entre los que se pueden incluir los genéticos— son titularidad del paciente exclusivamente. No obstante, como sostiene NICOLÁS JIMÉNEZ, la familia, si bien no es sujeto jurídico, se puede considerar sujeto biológico respecto de estos datos, por lo que es admisible el acceso y conocimiento de los datos propios de su genotipo (48). En esa misma línea, el Grupo de trabajo del artículo 29 afirma que los datos genéticos son «información compartida», circunstancia que justifica el derecho de los familiares a acceder a los mismos cuando puedan tener repercusiones para su salud y su vida futura (49). Sin embargo, no se puede negar, como sostiene la doctrina mayoritaria, que solamente se debe considerar interesado a la persona a quien pertenecen los datos genéticos, sin admitir la atribución de tal consideración al colectivo familiar, pues ello supondría desnaturalizar el derecho a la protección de datos, al erosionar el control que el individuo debe tener sobre sus datos (50). En tal caso, se estaría otorgando un derecho de acceso a los familiares, de tal forma que el paciente solamente podría actuar de modo reactivo —excepción—, con lo que el límite al derecho fundamental se convertiría en regla general (51).

En el supuesto de los datos genéticos de personas adoptadas o que han sido engendradas mediante reproducción asistida con donante (RAD), el derecho a la salud también legitima el acceso a los datos de los padres biológicos, siempre que concurra situación de peligro. Sostienen algunos que, por motivos prácticos y de facilidad de acceso a la información, el dato de los padres biológicos debería figurar en la historia clínica del paciente, cuando concurra dicha circunstancia de paternidad (52). En cualquier caso, la información de interés en tales casos son los datos genéticos en sí, no su pertenencia, aunque no debemos olvidar que la legislación de adopción otorga a los hijos el derecho a conocer a sus padres biológicos (53). Otro supuesto parti-

(47) DE MIGUEL SÁNCHEZ, N., *Tratamiento de datos personales en el ámbito sanitario: intimidad versus interés público*, Tirant lo Blanch, colección administrativa núm. 14, Valencia, 2004, págs. 191-192.

(48) NICOLÁS JIMÉNEZ, P., *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya de Derecho y Genoma Humano y Comares, Bilbao-Granada, 2006, págs. 240-241.

(49) GRUPO DE TRABAJO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE, *ob. cit.*, pág. 9.

(50) DE MIGUEL SÁNCHEZ, N., *ob. cit.*, págs. 191-192.

(51) DE SOLA, C., «Privacidad y datos genéticos: situaciones de conflicto (I)», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 1, 1994, pág. 183 y sigs.

(52) NICOLÁS JIMÉNEZ, P., *ob. cit.*, págs. 263-264.

(53) Establece el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, que «las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su

cular es el relativo al dato de la enfermedad del VIH (SIDA). En este caso, el derecho a la salud posibilita el acceso a dicha información por parte de la pareja, ante el alto índice de contraer la enfermedad de aquélla. De la misma forma, los familiares que se encuentren en situaciones que puedan considerarse de riesgo también deberían ser informados (54).

En general, se puede comprobar que la solución adoptada en todos estos supuestos es idéntica a la que la Ley 41/2002 establece en el artículo 18.3. El acceso por parte de terceros a la historia clínica de personas fallecidas se limita a familiares y personas con relación análoga, sin que la prohibición del fallecido pueda evitar dicho acceso cuando exista un riesgo grave para la salud de aquéllos (55), en atención al principio de proporcionalidad, lo que implica la necesidad de resolver caso por caso (56). En estos supuestos, así como en los de enfermedades hereditarias, SÁNCHEZ-CARO sostiene que no se trata tanto de un problema de reconocimiento de un derecho de acceso a la historia clínica, sino más bien de la existencia de un deber por parte del facultativo de proporcionar la información a las personas afectadas, motivado por la existencia de una situación de estado de necesidad que requiere, para su apreciación, la ponderación de diversas circunstancias, en particular el nivel de gravedad de la enfermedad (57). Se trata de una posición que posee cierto interés, por cuanto comporta el establecimiento de un mecanismo de tutela de la posición de las personas afectadas por parte de la Administración sanitaria, que debe velar por el cumplimiento de dicho deber, pero sin llegar al otorgamiento de derechos subjetivos que proporcionen a aquéllas facultades de protección derivadas de su vulneración. Como dispone el artículo 18 de la Ley 41/2002, el derecho de acceso a la historia clínica solamente se reconoce al paciente, como manifestación del derecho general a la informa-

minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública de Protección de Menores u organizaciones autorizadas para tal fin».

(54) En el caso de que sea el médico quien sufre la enfermedad, numerosas entidades han manifestado que no es necesaria la información, salvo que el mismo desarrolle actuaciones invasivas. No obstante, debe evitar los riesgos, apoyarse en el consejo de expertos y se debe promocionar el desarrollo de actividades profesionales alternativas. DE MIGUEL SÁNCHEZ, N., *ob. cit.*, pág. 93 y sigs.

(55) AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, *Informe sobre el acceso a los datos de una persona fallecida obrantes en un determinado expediente de servicio de ayuda a domicilio*, Datospersonales.org, núm. 29, 28 de septiembre de 2007, pág. 1, www.madrid.org

(56) GRUPO DE TRABAJO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE, *ob. cit.*, pág. 9.

(57) SÁNCHEZ-CARO, J., y ABELLÁN, F., *Datos de salud y datos genéticos. Su protección en la Unión Europea y en España*, Comares, Granada, 2004, págs. 45-46.

ción que el artículo 5 de esta Ley le otorga. Sin embargo, no se trata de una posición unánime, pues otros autores consideran que los familiares y similares poseen un verdadero derecho a la información (58), a pesar del silencio de la Ley al respecto, que no emplea en ningún caso tal expresión, *a contrario* de los términos utilizados respecto del paciente (arts. 5 y 18).

En relación con lo anterior, es necesario determinar si el acceso a la historia clínica reconocido a los familiares y allegados por la Ley 41/2002 es o no asimilable al derecho de acceso reconocido por el artículo 15 de la LOPD a los interesados. En principio, la contestación afirmativa a esta interrogante no parece plantear mayores problemas: se trata de un derecho de los interesados respecto de cualquier fichero en general y de los pacientes en el caso de la historia clínica. Sin embargo, en el supuesto del ejercicio de acceso a los datos de fallecidos, con independencia de la naturaleza del fichero, la asimilación no es posible, por cuanto no se trata de verdaderos derechos subjetivos como manifestaciones del derecho a la protección de datos. Según se deduce del artículo 2.4 del RPD, en el caso de la cancelación de los datos de personas fallecidas los familiares y allegados gozan de una facultad de notificación del fallecimiento, con el fin de facilitar al responsable del tratamiento el cumplimiento del deber de actualización de los datos del artículo 4 de la LOPD. No se reconoce por este precepto el derecho de cancelación que la LOPD otorga al interesado y cuyo Reglamento califica de personalísimo (art. 23 del RPD), calificación ésta que implica la extinción del derecho a la muerte de su titular (59). En el caso del acceso a la historia clínica del fallecido, los familiares y asimilados están facultados para el acceso, el cual es una manifestación y facultad propia, según hemos señalado anteriormente, de un derecho a su salud, no como reconocimiento de un derecho general de acceso. Sin embargo, no siempre se ha establecido esta distinción entre acceso del interesado y de los allegados de forma nítida.

En relación con lo anterior, la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid ha reconocido a los familiares de una persona fallecida el derecho a acceder a los datos incluidos en su historial médico, aplicando, para ello, el régimen del derecho de acceso reconocido por la LOPD y sus normas reglamentarias (60). Estima la Agencia que, aunque el hospital facilitó el acce-

(58) ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *Derechos Fundamentales y protección de datos genéticos*, Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, Madrid, 2007, pág. 307; también, GRUPO DE TRABAJO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 DE LA DIRECTIVA 95/46/CE, *ob. cit.*, págs. 8-9.

(59) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe 365/2006...*, pág. 1.

(60) AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, *Resolución sobre el derecho de acceso a los datos personales contenidos en la historia clínica de un paciente fallecido en un hospital, ejercitado por la hija del mismo*,

so a la historia a un familiar del fallecido, lo hizo fuera del plazo establecido para ello en el artículo 12 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, de desarrollo de la LORTAD —vigente en esas fechas, según establecía la Disposición Transitoria 3.^a de la LOPD—, que era de un mes. A continuación, la Agencia aludía al artículo 18.2 de la Ley 41/2002, que admite, como sabemos, el ejercicio del derecho de acceso del paciente por medio de representante. Sin embargo, no alcanzamos a entender qué argumento justifica la aplicación de un precepto como el mencionado a un supuesto de acceso a la historia clínica de un fallecido, ya que la representación está pensada para los casos de acceso por parte de pacientes vivos: es el paciente el que accede mediante sus representantes, no se trata del acceso de éstos por sí mismos. En el caso de fallecimiento, no hay paciente a quien representar, por lo que el reconocimiento de un derecho de acceso debe hacerse necesariamente y de forma directa a las personas distintas de aquél. En virtud de un criterio básico de interpretación sistemática, el artículo 18.2 tiene como objetivo completar lo dispuesto en el párrafo anterior del mismo precepto, sin que deba aplicarse al supuesto de los pacientes fallecidos, recogido en un párrafo posterior. Es decir, si se accede a la historia en representación del paciente, éste está vivo. En caso contrario, el acceso de terceras personas no se realiza en virtud del derecho de acceso, por lo que no se entiende la aplicación del régimen del derecho de acceso de la normativa de protección de datos.

Por otra parte, no se especifica en la resolución la causa legitimadora del reconocimiento del acceso a la hija del fallecido, concretamente la concurrencia de un riesgo grave para la salud de aquélla o la ausencia de prohibición de acceso por el fallecido (art. 18.3). ¿Por qué alude la resolución de forma expresa a este precepto si no lo aplica de forma adecuada? Quizás, se parte del presupuesto de que no se trata de un supuesto de acceso a una historia de una persona fallecida, por lo que aquél no es aplicable. Sin embargo, como se deduce de los hechos relatados en la propia resolución, se trata de un supuesto de paciente fallecido. Por todas estas razones, no alcanzamos a entender la argumentación sostenida por la Agencia. En nuestra opinión, se debía facilitar el acceso a la historia porque no constaba negativa expresa por parte de su padre en vida, sin que ello suponga en ningún caso el reconocimiento del derecho de acceso de la LOPD. Tal vez pueda admitirse la aplicación del régimen de ejercicio de este derecho establecido por dicha normativa, ante la ausencia de una regulación específica. Pero de dicha solución no se puede colegir la existencia de un derecho de acceso de terceras personas en los términos señalados.

Por lo demás, cuando concurren los presupuestos anteriormente mencionados, los familiares y similares podrían acceder a la historia clínica de di-

Datospersonales.org, núm. 26, 31 de marzo de 2007, págs. 1-3; también *Resolución sobre plazo del derecho de acceso a los datos de los fallecidos*, Datospersonales.org, núm. 32, 31 de marzo de 2008, págs. 1-2, www.madrid.org

versas formas, incluso mediante la copia de la historia, limitada, eso sí, a aquella información relativa a la enfermedad: se excluirán las apreciaciones subjetivas de los médicos, los datos pertenecientes a la intimidad del paciente y los de terceras personas reseñados. El acceso a que se refiere el artículo 18 hace referencia a la posibilidad de conocer el contenido de la historia, objetivo este que puede satisfacerse mediante su mera visualización y, por supuesto, facilitando una copia.

Una cuestión que requiere algún detenimiento es la relativa al significado de la expresión «personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho», empleada por el artículo 18.3 de la LOPD. La solución no puede ser la misma, según cual sea la razón que justifique el acceso. En el caso de que el acceso sea posible por ausencia de prohibición del fallecido, estimamos que la expresión «relaciones de hecho» viene referida a personas que mantenían con el fallecido una relación de afectividad análoga a las existentes entre los miembros de una familia. Estamos pensando en aquellos supuestos en los que existía una relación de convivencia de hecho mantenida en el tiempo, o en aquellos casos en los que existían lazos que, sin constituir un supuesto de relación paterno-filial, generan relaciones de afectividad similar (por ejemplo, el acogimiento). Por supuesto, hay que entender incluidas todas aquellas situaciones fácticas cercanas a las nuevas formas de familia consagradas por la legislación del Código Civil en materia de matrimonio. Sin embargo, la interpretación extensiva tiene algunos límites, de forma que no es admisible una amplitud desmesurada del significado de los términos que permita acoger supuestos de amistad o compañerismo. La exigencia de que no concurra prohibición del paciente significa que la Ley establece ciertas reservas que se materializan con aquella manifestación de voluntad y que, de no establecerse, no podrían deducirse. Las relaciones mencionadas son de difícil prueba y valoración, por lo que no son admisibles como causa que legitime el acceso. En cualquier caso, si el acceso se justifica por la existencia de riesgo grave para la salud de un tercero, es obvio que no se puede establecer la limitación en la legitimación subjetiva del acceso antes mencionada. De esta forma, en tales casos podrá acceder a la historia cualquier persona que se encuentre en dicha situación, sin que su derecho a la salud pueda verse condicionado por su mayor o menor cercanía al fallecido.

3. LOS DATOS DE LAS PERSONAS FALLECIDAS CONTENIDOS EN EL REGISTRO CIVIL

El artículo 2.3.d) de la LOPD establece que: «Se regirán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica los siguientes tratamientos de datos personales: ...los derivados del

Registro Civil y del Registro Central de penados y rebeldes». Es decir, el precepto establece la aplicación de la normativa de protección de datos (61), lo cual requiere una adecuación de los criterios de una y otra (62). Como ya sabemos, el RPD otorga a los familiares y similares la facultad de comunicar el dato del fallecimiento y solicitar, en su caso, la cancelación del dato. Es necesario, por tanto, analizar el régimen de la Ley del Registro Civil para comprobar su adaptación a la normativa de protección de datos.

Como hemos señalado en páginas anteriores, no parece existir mayor problema en la facultad de notificación del fallecimiento al Registro Civil. El artículo 84 de la Ley del Registro Civil permite promover la inscripción, lo cual conlleva la notificación de los familiares o habitantes de la misma casa y vecinos. Se trata de una solución que amplía el elenco de facultados por el artículo 2.4 del RPD. No obstante, la aplicación conjunta, o en su caso subsidiaria —según se adopte una u otra opción—, de ambas regulaciones no plantea, en este caso, mayor problema y admite la intervención de los mencionados en la LRC. Ahora bien, ¿qué solución es aplicable respecto de la solicitud de cancelación a que se refiere el RPD? No existe mayor problema al respecto, por cuanto no es admisible la cancelación de los asientos relativos al fallecido. No obstante, sí debemos tener en cuenta que se practican notas de referencia al margen de las inscripciones, en las que se deja constancia de ciertos hechos relativos a la persona. El artículo 39 establece que «al margen de la inscripción de nacimiento, se pondrá nota de referencia a las de matrimonio, tutela, representación y defunción del nacido. En estas inscripciones se hará constar, a su vez, referencia a la de nacimiento». Como se puede comprobar, no se practica la cancelación en virtud del fallecimiento, puesto que el Registro Civil cumple una función de publicidad de las situaciones y hechos relativos al estado civil de las personas, lo cual requiere dejar constancia de aquéllos. Por otra parte, las notas de referencia deben practicarse de oficio en virtud de la notificación del hecho del fallecimiento, como parece deducirse del artículo 39, precepto dirigido al funcionario del Registro. Por lo tanto, no se recoge regla similar a la establecida en el RPD sobre solicitud de cancelación.

Por lo demás, el acceso a los datos de personas fallecidas del Registro Civil tampoco genera mayores problemas, puesto que: «El Registro es público para quienes tengan interés en conocer los asientos, con las excepciones que prevean ésta u otras leyes» (art. 6.1), lo cual conlleva la posibilidad de

(61) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe 2/2004 sobre competencias de la Agencia en relación con el Registro Civil*.

(62) La Agencia ha manifestado en alguna ocasión que el artículo 2.3.d) establece la aplicación supletoria de la LOPD a los tratamientos de datos en el Registro Civil. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Resolución número R/00438/2005*, de 24 de mayo de 2005, pág. 2.

que cualquiera con dicho interés pueda acceder a aquellos datos. Por tanto, podemos concluir que la aplicación de la regulación de protección de datos a los tratamientos efectuados por el Registro Civil no plantea dificultades respecto de aquella información contenida en el mismo relativa a las personas fallecidas. De esta forma, las personas mencionadas en la LRC pueden notificar el fallecimiento y la nota de referencia —que no cancelación— se practicará de oficio. Por otra parte, cualquier interesado puede acceder a los datos de los fallecidos.

4. TRATAMIENTO DE DATOS DE PERSONAS FALLECIDAS CON FINES HISTÓRICOS

Obviamente, los datos relativos a personas fallecidas pueden revestir carácter histórico, dado el plazo que haya transcurrido de su existencia. Debemos, antes que nada, puntualizar el sentido de la expresión «tratamiento de datos con fines históricos» repetida en diversas ocasiones en la legislación de protección de datos. En la LOPD, el artículo 4.2 establece que, en relación con la finalidad del tratamiento: «No se considerará incompatible el tratamiento posterior de éstos con fines históricos, estadísticos o científicos», es decir, que siempre se admitirán estos fines en relación con los que se hubiesen manifestado al recoger los datos (63). El artículo 5.5 exonera del deber de información al interesado cuando los datos se hayan recabado de persona distinta a aquél, siempre que, entre otros supuestos, «...el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos,...». En fin, el artículo 11.2.e) establece que no será necesario el consentimiento del interesado para la cesión de sus datos «cuando la cesión se produzca entre Administraciones públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos» (64). Como se puede comprobar, la Ley rebaja los requerimientos genera-

(63) Idéntica fórmula contiene el artículo 9.1 del RPD.

(64) Por su parte, se afirma en el Considerando 29 de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos: «Considerando que el tratamiento ulterior de datos personales, con fines históricos, estadísticos o científicos no debe, por lo general, considerarse incompatible con los objetivos para los que se recogieron los datos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías adecuadas; que dichas garantías deberán impedir que dichos datos sean utilizados para tomar medidas o decisiones contra cualquier persona». El artículo 6.1 de la Directiva dispone que: «Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean: recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; no se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas... Conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron

les exigidos cuando los tratamientos, el acceso y las cesiones tienen, entre otros, fines históricos (65). Aunque con esta solución se pretende facilitar la investigación y realización de estudios históricos, sin embargo existe en la LOPD alguna contradicción con dicho objetivo, puesto que, como manifiesta APARICIO SALOM, la exoneración del consentimiento únicamente cuando la cesión se realiza entre Administraciones públicas, dificulta la labor de los investigadores e historiadores que no trabajen para una institución de tal carácter o no exista una habilitación legal en tal sentido (66).

Es necesario determinar, por tanto, qué son fines históricos. Según el artículo 9.2 del RPD, «para la determinación de los fines a los que se refiere el párrafo anterior se estará a la legislación que en cada caso resulte aplicable y, en particular, a lo dispuesto en la Ley 12/1989, de 9 de mayo, reguladora de la función estadística pública; la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, y la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica, y sus respectivas disposiciones de desarrollo, así como a la normativa autonómica en estas materias». Por lo tanto, parece obvio que el carácter histórico del tratamiento, de sus fines, debe determinarse con arreglo a lo establecido en la regulación sobre la materia. Pues bien, el artículo 48 de la Ley de Patrimonio Histórico establece que: «A los efectos de la presente Ley, forma parte del Patrimonio Histórico Español el patrimonio documental y bibliográ-

recogidos o para los que se traten ulteriormente. Los Estados miembros establecerán las garantías apropiadas para los datos personales archivados por un período más largo del mencionado, con fines históricos, estadísticos o científicos.

(65) En este sentido, el RPD establece la facultad de las autoridades de control de permitir el mantenimiento de los datos cuyo tratamiento persiga dichos fines. Artículo 9.2: «Por vía de excepción a lo dispuesto en el apartado 6 del artículo anterior, la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, las autoridades de control de las comunidades autónomas podrán, previa solicitud del responsable del tratamiento y conforme al procedimiento establecido en la sección segunda del capítulo VII del título IX del presente reglamento, acordar el mantenimiento íntegro de determinados datos, atendidos sus valores históricos, estadísticos o científicos de acuerdo con las normas a las que se refiere el apartado anterior».

Por su parte, dispone el artículo 157 lo siguiente: «1. El procedimiento para obtener de la Agencia Española de Protección de Datos la declaración de la concurrencia en un determinado tratamiento de datos de valores históricos, científicos o estadísticos, a los efectos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en el presente Reglamento se iniciará siempre a petición del responsable que pretenda obtener la declaración. 2. En el escrito de solicitud, el responsable deberá: a) Identificar claramente el tratamiento de datos al que pretende aplicarse la excepción; b) Motivar expresamente las causas que justificarían la declaración; c) Exponer detalladamente las medidas que el responsable del fichero se propone implantar para garantizar el derecho de los ciudadanos. 3. La solicitud deberá acompañarse de cuantos documentos o pruebas sean necesarios para justificar la existencia de los valores históricos, científicos o estadísticos que fundamentarían la declaración de la Agencia».

(66) APARICIO SALOM, J., *ob. cit.*, págs. 178-179.

fico, constituido por cuantos bienes, reunidos o no en archivos y bibliotecas, se declaren integrantes del mismo en este capítulo. El patrimonio documental y bibliográfico se regulará por las normas específicas contenidas en este Título. En lo no previsto en ellas le será de aplicación cuanto se dispone con carácter general en la presente Ley y en su régimen de bienes muebles». Podemos considerar, por tanto, tratamiento con fines históricos el de los documentos antes reseñados y que se especifican en el artículo 49, que vamos a analizar a continuación.

Con plena seguridad, el principal problema que plantean los datos contenidos en ficheros históricos es el relativo a su acceso y consulta. El tratamiento con fines históricos hace referencia a todas aquellas operaciones referidas a información que cuenta con un tiempo de existencia más o menos largo. Así parece deducirse de la legislación de Patrimonio Histórico, que considera con valor histórico los documentos con un determinado plazo de antigüedad, según su procedencia: en palabras de la propia Ley, es lo que se denomina Patrimonio Documental. Según el artículo 57.1.c) de la Ley de Patrimonio Histórico, «la consulta de los documentos constitutivos del patrimonio documental español a que se refiere el artículo 49.2 se atenderá a las siguientes reglas: los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos».

Por su parte, dispone el artículo 49.2, 3 y 4 de la Ley que «forman parte del patrimonio documental los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras Entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios. Forman igualmente parte del patrimonio documental los documentos con una antigüedad superior a los cuarenta años generados, conservados o reunidos en el ejercicio de sus actividades por las entidades y asociaciones de carácter político, sindical o religioso y por las entidades, fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado. Integran asimismo el patrimonio documental los documentos con una antigüedad superior a los cien años generados, conservados o reunidos por cualesquiera otras entidades particulares o personas físicas».

Como ha señalado la Agencia Española de Protección de Datos, cuando los datos hacen referencia a personas fallecidas será necesario que hayan transcurrido veinticinco años desde la fecha de su muerte, o cincuenta de

antigüedad del documento, si la fecha de aquella no es conocida (67). En el mismo sentido se pronunció la Agencia sobre el acceso a datos personales de las sentencias judiciales con fines científicos (68). En algunas ocasiones, esta autoridad ha realizado algunas afirmaciones que plantean ciertos problemas de encaje con la letra y el sentido de la norma. Así, por ejemplo, afirmó que cuando no sea posible determinar si la persona a la que se refieren los datos ha fallecido o no, se aplicará el plazo de los cincuenta años de existencia del documento (69). En realidad, el artículo 57.1.c) establece dicho plazo cuando no se pueda determinar la fecha de la muerte, no la muerte en sí misma. En tales casos, el sentido literal de la norma y la imposibilidad de determinar el fallecimiento impondrían como solución la prestación del consentimiento del interesado. Sin embargo, su desaparición condiciona el cumplimiento de este requisito. En tales casos, consideramos que podrían aplicarse los dos plazos establecidos por la norma: en los supuestos en los que, por aplicación del Código Civil se pueda obtener declaración de fallecimiento, la misma servirá de fecha inicial para calcular los veinticinco años a que se refiere el artículo 57.1.c). Cuando no se haya obtenido dicha declaración, por cualquier motivo, podrá aplicarse el plazo de cincuenta años de vida del documento.

De todas formas, el supuesto de hecho del artículo 57.1.c) de la Ley de Patrimonio Histórico requiere cierto detenimiento, pues parece acotar su aplicación a una determinada categoría de datos personales, no a todos en general. En efecto, este precepto hace referencia a los datos de cualquier naturaleza «que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen». En los diversos informes de la Agencia, antes mencionados, parece adoptarse una interpretación general, que tiene en cuenta todos los datos personales. Sin embargo, el tenor literal del precepto se refiere expresamente a la información que afecte a bienes jurídicos concretos, como son la intimidad, el honor, la imagen o la seguridad personal. En nuestra opinión, debe abogarse por una interpretación restrictiva que limite la protección de la Ley de Patrimonio Histórico a la defensa de bienes jurídicos de la importancia de los mencionados. Fuera de estos casos y respecto de los fallecidos, deberíamos continuar sosteniendo que los datos de éstos no son personales, por lo que la cobertura normativa debe relajarse, sin perjuicio de la aplicación del deber de actualización y la facultad reconocida en el artículo 2.4 del RPD.

(67) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe del año 2002 sobre publicación en Internet de datos históricos*, pág. 1. www.agpd.es

(68) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe del año 2000 sobre el alcance del concepto de datos históricos con fines científicos o de investigación*, pág. 1. www.agpd.es

(69) AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Informe jurídico 78/2008 sobre el acceso a los archivos históricos universitarios*, pág. 2. www.agpd.es

No obstante, hemos de observar que los plazos establecidos para limitar el acceso a los documentos históricos vienen únicamente referidos a los documentos incluidos en el artículo 49.2 de la LPH. Es decir, a los documentos de los organismos o entidades de carácter público, de las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras Entidades públicas y los empleados y tratados, en la gestión de un servicio público, por personas privadas, físicas o jurídicas. Las resoluciones e informes de la Agencia Española de Protección de Datos, a las que nos hemos referido, tienen por objeto el análisis de documentos de carácter público, exclusivamente: archivos históricos universitarios públicos, base de datos sobre personal de los Cuerpos de Seguridad de la Guerra Civil y archivos de sentencias judiciales. Por lo tanto, no se aplicarán aquellas reglas al acceso de los documentos generados y gestionados por entidades privadas y personas físicas en los términos establecidos en los párrafos 3.º y 4.º del artículo 49. Ante la ausencia de una *lex specialis* al respecto, debemos acudir a lo dispuesto en la LOPD y su Reglamento, como regulación general sobre el acceso a los datos personales contenidos en tales documentos.

En relación con lo anterior, tanto el artículo 6 de la LOPD, relativo al régimen de tratamiento de datos, como el artículo 11, sobre cesiones de datos, no exoneran de la necesidad del consentimiento cuando se persiguen fines históricos. Únicamente en el segundo precepto se exceptúa dicho consentimiento cuando la cesión se produzca entre Administraciones. Por lo tanto, cuando los datos contenidos en documentos de personas físicas o entidades privadas pertenezcan a una persona viva, se requerirá su consentimiento. En el supuesto de que haya fallecido, es aplicable el régimen general de exclusión del ámbito de aplicación de la regulación de protección de datos a aquéllos relativos a los fallecidos. Si analizamos bien esta solución, en realidad no difiere de la contenida con carácter especial en la LPH para los documentos de Administraciones y entidades públicas (art. 49.2). En estos casos, se requiere el consentimiento del interesado, si no ha fallecido, lo cual coincide con lo dispuesto en la LOPD. En el caso de que haya fallecido no se somete al régimen de la LOPD y Reglamento, solución esta que también se aplica para los datos de documentos públicos, puesto que los plazos de veinticinco y cincuenta años se aplican a aquella información que afecta a bienes jurídicos determinados, como la intimidad, honor, imagen, seguridad personal, no a la que es objeto del derecho fundamental a la protección de datos.

Si bien el derecho a la intimidad hace referencia a toda la información que se incluye dentro de lo que podemos denominar «vida privada» y que, por tanto, no es de acceso público, el derecho a la protección de datos ofrece cobertura tanto a la información privada como aquella pública o de conocimiento general (70). Ello es así porque en el primer caso se pretende preser-

(70) Según el TC «(el derecho a la protección de datos) también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de

var de los demás un reducto en la vida del individuo con el fin de mantener un nivel mínimo de calidad de vida (71), para lo cual otorga a su titular la facultad para exigir que se eviten las intromisiones en dicho ámbito (72); mientras que el derecho a la protección de datos tiene por objeto impedir la creación y gestión de perfiles de personalidad del sujeto (teoría del mosaico) (73), evitando con ello que se conozca y gestione esta información y se puedan condicionar las decisiones de aquél y el libre desarrollo de su personalidad (74). Algunos autores han sostenido que el concepto de dato de carácter personal acuñado por la norma y consagrado por la jurisprudencia es un tanto desmesurado, sin que tal interpretación se justifique en defensa de la dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad (75). Disentimos de tal opinión, por cuanto la elaboración y tratamiento de los mencionados perfiles requieren de la más variada información, ya sea de ámbito público o privado. La potencialidad que ofrece la informática en tales operaciones es muy elevada, de tal forma que debe mantenerse el control sobre todas esas informaciones para lograr una adecuada protección.

cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado...» STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.º

Por su parte, la Audiencia Nacional afirma que «la protección de datos que se reconoce en el artículo 18.4 de la CE, extiende su protección no a los datos íntimos de la persona —que se protegen en el derecho a la intimidad del art. 18.1 de la CE— sino a los datos de carácter personal (STC 292/2000)... De lo dicho se infiere que no es preciso, en modo alguno, que se haya vulnerado el derecho a la intimidad, ni que el dato afecte a esa esfera íntima de la persona, para que pueda ser sancionada una conducta material de protección de datos, pues ese derecho fundamental —art. 18.4— tiene un objetivo distinto y una dimensión que excede de la del derecho a la intimidad». SAN de 11 de febrero de 2004, FJ 5.º

(71) Numerosas sentencias del Tribunal Constitucional han consagrado esta doctrina: SSTC 197/1991, de 17 de octubre; 57/1994, de 18 de febrero; 143/1994, de 9 de mayo; 98/2000, de 10 de abril; 127/2003, de 30 de junio, por citar algunas.

(72) SSTC 10/1984, de 26 de noviembre; 89/1987, de 3 de junio; 197/1991, de 17 de octubre, o 144/1999, de 22 de julio.

(73) El Tribunal Constitucional alemán proclamó esta doctrina en la famosa sentencia de 15 de diciembre de 1983, sobre constitucionalidad de algunos artículos de la Ley de Censo; en España, MADRID CONESA, F., *Derecho a la intimidad, informática y estado de Derecho*, Universidad de Valencia, 1984.

(74) No vamos a detenernos ahora en la discusión relativa a la necesidad de crear o no un nuevo derecho para proteger el bien jurídico mencionado. Sea como fuere, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de la primera opción. En cualquier caso, la dualidad de posiciones ha tenido reflejo, a su vez, en las diversas soluciones adoptadas por los textos constitucionales europeos, que van desde la mención expresa, pasando por una alusión indirecta, hasta el silencio. Sobre esta cuestión, ARENAS RAMIRO, M., *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa* (prólogo de José Luis PIÑAR MAÑAS), Tirant lo Blanch y Agencia Española de Protección de Datos, Valencia, 2006, págs. 378-381.

(75) GUICHOT, E., *Datos personales y Administración Pública*, Thomson-Civitas y Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2005, págs. 152-153.

RESUMEN

PROTECCIÓN DE DATOS

Este artículo tiene por objeto el análisis de la aplicación de la regulación de protección de datos a las personas fallecidas. Se trata de una cuestión que, no obstante, el silencio de la Ley Orgánica de Protección de Datos, tanto la Agencia Española de Protección de Datos como un gran sector de la doctrina, apoyados en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, habían resuelto sin mayores problemas. La ausencia de personalidad conlleva la imposibilidad de reconocer la existencia de datos personales y, por ende, de la aplicación del mencionado régimen. No obstante la exclusión del ámbito de aplicación de la LOPD, su nuevo Reglamento de desarrollo ha incluido un precepto relativo a la notificación y, en su caso, cancelación de los datos de los fallecidos. Pues bien, esta solución requiere un análisis respecto de la naturaleza jurídica de dichos actos, cuestión similar a la que se planteó respecto de la defensa de la intimidad, el honor y la propia imagen de los fallecidos en la Ley 1/1982, de 5 de mayo (derechos de las personas mencionadas en el Reglamento, ejercicio de derechos propios o transmisión de los mismos; facultades jurídicas).

Por otra parte, el tratamiento de los datos de fallecidos puede realizarse en distintos ámbitos y con diversos fines, lo cual requiere analizar también otras normativas referentes a sectores temáticos específicos. Así, vamos a estudiar las cuestiones relacionadas con dicha información en el ámbito sanitario, en el Registro Civil y los tratamientos realizados con fines históricos.

ABSTRACT

DATA PROTECTION

The object of this article is to analyse the application of data protection regulations to deceased persons. This is a matter that, despite the silence of the Organic Act on Data Protection, both the Spanish Data Protection Agency and a large sector of doctrine have settled without too many problems, leaning on the Civil Code and Constitutional Court case law. Because there is no personality involved, it is impossible to acknowledge the existence of personal data and therefore impossible to apply data protection rules. Notwithstanding this exclusion from the sphere of application of the Organic Act on Data Protection, the new regulation implementing the act has included a rule on the notification and, where appropriate, cancellation of the data of the deceased. This solution requires analysis with respect to the legal nature of said acts, a question similar to the one raised with respect to the defence of the privacy, honour and image of the deceased in Act 1/1982 of 5 May (right of the persons mentioned in the regulation, exercise of one's own rights or transfer thereof; legal faculties).

Furthermore, the data of deceased persons can be processed in different fields and for different purposes, which means analysis is also required of other rules referring to specific theme sectors. This paper studies the question related with said information in the health field, in the Civil Registry and in processing for historical reasons.

(Trabajo recibido el 05-06-08 y aceptado para su publicación el 10-10-08)

Por la obligatoriedad de la inscripción de la explotación agraria en el Registro Mercantil

por la

DOCTORA ESTHER MUÑIZ ESPADA
*Profesora Titular de Universidad
Universidad de Valladolid*

SUMARIO

1. LA INSCRIPCIÓN COMO COOPERACIÓN AL ESTATUTO JURÍDICO DE LA EMPRESA O EXPLOTACIÓN AGRARIA.
2. VENTAJAS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA EMPRESA O EXPLOTACIÓN AGRARIA EN EL REGISTRO.
3. UN ULTERIOR APROVECHAMIENTO.
4. LA VOCACIÓN DEL REGISTRO MERCANTIL A LA EXTENSIÓN SUBJETIVA.
5. EL MODELO ITALIANO.
6. LA ESPECIALIDAD DE LA EMPRESA AGRARIA O LA IDENTIFICACIÓN COMERCIAL.
7. LA CONSTANCIA REGISTRAL.
8. EFECTOS.

1. La agricultura se tiene que dotar de medios jurídicos indispensables para un buen desarrollo. Lo dijo ya Jovellanos en el siglo XVIII: el futuro de la agricultura pende directamente de las leyes. Entre las variantes que influyen en el impulso al desarrollo agrario no es de carácter menor el estatuto jurídico de la explotación agraria o la configuración jurídica del propio patrimonio profesional del agricultor y su publicidad. Un adecuado régimen para la explotación agraria y su sistema de publicidad influye en la superación de las defi-

ciencias estructurales; no son pocos los problemas que aquejan a este sector, pues, junto a esto, habría que añadir los problemas coyunturales para la expansión, las consecuencias negativas de algunas reformas de la PAC, y, en algunos ordenamientos, la falta de suficiente flexibilidad de la reglamentación en el tratamiento de los elementos del patrimonio profesional del agricultor. En todo caso, el tema interesa porque las cuestiones de publicidad plantean, de fondo, «el reexamen del estatuto de la empresa agraria» (1).

Por otra parte, en los aspectos estructurales y organizativos de la agricultura debería seguirse profundizando en hacer esfuerzos liderados desde el Derecho comunitario, en aras de la armonización del Derecho agrario en Europa; así, también, por ejemplo, en el ámbito, que ahora nos interesa, de la inscripción de la explotación agraria. Incluso, pensar en un registro único europeo para la inscribibilidad de las empresas o explotaciones agrarias. Esto me parece un complemento importante o, al menos, una base desde la que fomentar la política europea de desarrollo de las tecnologías de la información, que tienen un gran papel estratégico en el ámbito regional y estructural, con implicaciones sobre el desarrollo rural y la política de libre competencia. La inscribibilidad formaría parte de una mejor coordinación de las políticas de la UE, sobre todo para la renovación de sus estructuras económicas (2). En definitiva, estas tecnologías forman parte de los desafíos del desarrollo social y de la globalización.

Un registro de empresas agrarias europeo me parece también importante de cara al objetivo de una definición general de la noción de empresa agraria y para el reconocimiento en la UE de un estatuto jurídico uniforme aplicable en todos los Estados miembros, de lo que ya se habló en una decisión de la Comisión del año 1975 y ha sido también reivindicado jurisprudencialmente (3). Legislaciones como la francesa (recientemente puede verse la nueva Ley de orientación, de 5 de enero de 2006), siguen, en parte, distinguiendo entre explotación agraria y empresa agraria, y esta distinción parecería traslucir ciertas connotaciones para la primera de ellas, pudiendo parecer aquélla de menor

(1) Así lo dice también MASINI, S., «Pubblicità dell'impresa agricola e riflessi sullo statuto speciale dell'imprenditore», en *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, fasc. 10, 1994, pág. 543.

(2) A algunas de estas cuestiones hace referencia STROHMEIER, R., «Informations- und Kommunikationstechnologien- Motor für die Landwirtschaft und die Entwicklung des ländlichen Raumes», en *Agrar und Umweltrecht*, mayo de 2007, pág. 18, para la población que vive en las zonas rurales de Europa su bienestar no puede ser garantizado más que por la agricultura, lo cual debe considerarse en el más amplio contexto: lo que comprende la protección del hábitat natural, la calidad de los productos agrícolas o hacer preferente la zona rural para los jóvenes agricultores, junto con actividades innovadoras que puedan reemplazar la opción hacia las zonas urbanas.

(3) Sentencia Wachauf- Rép. Fed. de Alemania de 13 de julio de 1989 del TJCE, otras son las de 28 de febrero de 1978, Asunto *Azienda avícola Sant'Anna*, 85/77 y la de 18 de diciembre de 1986, Asunto *Villa Banfi*, 312/85.

consideración o de carácter subsidiario. En todo caso, la relación entre ambas refleja una particular evolución caracterizada por la promoción de la primera, como modelo de tipo tradicional y fomento de la explotación familiar, y el desarrollo de la segunda correspondería a una mayor inquietud por la viabilidad de la *azienda* agraria (3bis).

Los programas comunitarios de desarrollo rural vigentes en el periodo 2000-2006 ya no exigían que el agricultor, solicitante de las ayudas, sea un agricultor profesional; lo que se impulsa es la viabilidad de las explotaciones agrarias, dándose entrada para ello a nuevas formas tanto de arrendamiento como de explotación. Si la superficie rural equivale, como se ha dicho, al 90 por 100 del territorio y la población rural al 20 por 100 de la población total, el campo no puede subsistir si las actividades económicas que en él se desarrollan se mantienen cerradas a toda innovación, por eso la Ley 49/2003, de arrendamientos rústicos, apostaba por la apertura de esta actividad a cualquier persona, sin perjuicio de los programas específicos de formación en técnicas de producción agrícola que se puedan desarrollar y apoyar desde las administraciones públicas. La Exposición de Motivos de la Ley 49/2003 reconoce que el «agricultor a título principal» era el elemento central en el edificio de las estructuras agrarias europeas, desde los reglamentos socio-estructurales de 1972; sin embargo, el criterio comunitario cambia en el importante Reglamento (CE) número 1257/1999 del Consejo, de 17 de mayo de 1999, sobre la ayuda al desarrollo rural a cargo del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, por el que se modifican y derogan determinados Reglamentos. Esta norma prescinde por completo de la figura del agricultor a título principal, aunque respete la normativa en la materia de cada Estado miembro, basando la política estructural en el criterio de viabilidad de las explotaciones agrarias. La evolución reciente de la titularidad de las explotaciones en España muestra un notable descenso de las explotaciones individuales, en tanto que aquellas cuyo titular es una persona jurídica privada están adquiriendo un papel muy destacado en la reestructuración de la agricultura española, sin que suponga desconocer el papel y la necesaria protección de la explotación familiar, imprescindible para garantizar un adecuado desarrollo social del medio rural.

Estoy de acuerdo, por tanto, con la propuesta del Profesor DE LA CUESTA, para una posible reforma de la Ley de modernización de explotaciones agrarias de 1995, cuando expresa que «es posible mantener la consideración de destinatarias prioritarias de ciertas ayudas de desarrollo rural a las explotaciones de ciertas características, que básicamente se resumen en la viabilidad

(3bis) Vid. HUDALT, J., «Propriété et exploitation dans l'évolution récente de la législation agricole», en *Gaz. du Pal.*, 20 juin 1985, pág. 336 y sigs.; «L'entreprise agricole face à l'évolution de la législation en France et dans la CEE», en *Séance de 28 de abril de 1993*, Académie d'Agriculture de France.

económica de la explotación a tenor del artículo 5 del Reglamento CE número 1257/99 del Consejo de 17 de mayo»; «por ello en el artículo que la Ley dedique a las definiciones (en la redacción actual es el art. 2) habría que acomodar esas definiciones a esta exigencia básica y, en consecuencia, prescindir de muchas de las referencias a su titular, que, por otra parte, nunca pueden excluir a las personas jurídicas, cada vez más con más frecuencia titulares de explotaciones. En consecuencia, el criterio de profesionalidad que se aplica hoy a la persona física y sólo de forma indirecta y, por ende, discriminatoria al titular de explotación a través de una persona jurídica, debe ceder el paso a otras consideraciones no conectadas con la apariencia formal (fácilmente alcanzable sin que por ello se modernice la agricultura), y conectadas, por el contrario, con la realidad material de las explotaciones que es hoy mucho mejor conocida que en el año 1995 por las Administraciones en virtud de los datos en los que se basa el pago único por explotación implantado desde el año 2004, y por los registros de otros elementos de la explotación (maquinaria, derechos de producción, etc.) de los que también son titulares las administraciones públicas.

En consecuencia es aconsejable prescindir de las definiciones contempladas en los apartados 5, 6, 8 y 9 del artículo 2 de la LMEA, y sustituir tales definiciones por la definición de explotación viable, que sería aquella explotación dotada de elementos suficientes (fondo agrícola) para su prosperabilidad, tanto en lo que respecta a bienes corporales como a bienes incorporeales, que supere un listón mínimo en relación con su dimensión, empleo de trabajo y rendimiento económico, y se encuentre por debajo de otro nivel máximo en cuanto a esas variables, a partir del cual se considere innecesario priorizar tal explotación a efectos de ayudas».

«Ha llegado el momento de suprimir cualquier mención del carácter familiar de la explotación agraria, como las que llevan actualmente a cabo los artículos 3 y 4 de la LMEA, que no extraen de tal mención ninguna consecuencia jurídica. En consecuencia, bastaría con regular la posibilidad de que el titular sea tanto una sola persona física, como una persona jurídica o como titularidad compartida (*cuasi* personificada), dando así cumplimiento a las exigencias del artículo 30.1 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, ya que las situaciones de comunidad, en cuanto a la titularidad de los elementos de la explotación, no tienen por qué aparecer como cotitularidad de la explotación, y de hecho no aparecen como tales en los registros relativos al pago único por explotación» (4).

A efectos económicos y jurídicos, el concepto de empresa o explotación agraria debe expresar y responder, por tanto, a la viabilidad de la *azienda*

(4) Documentos para un *Estudio y debate para una reforma de la legislación agraria*, dir. por MUÑIZ ESPADA. Actividad del Observatorio de legislación y apoyo al sector agrario, pesquero y alimentario, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino.

agraria, y a la facilidad de negociabilidad respecto de los bienes que le sirven de soporte como base para su desarrollo, y para ello es esencial la función que aporta el Registro Mercantil.

2. Las diferencias dogmáticas entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil que en algunos ordenamientos todavía se siguen haciendo sobre determinadas instituciones, en mi opinión están generando una falta de adaptación a la realidad con consecuencias negativas en el tráfico jurídico y, por tanto, en la economía. Más realista es, por ejemplo, la consideración unitaria adoptada por la Ley concursal de 9 de julio de 2003, aunque para la empresa agraria hubiera que hacer diversas matizaciones por la importancia estratégica del mantenimiento de la unidad de la explotación. En este ámbito de la empresa, y en concreto en relación con el Registro Mercantil, la diferenciación de sistemas y ciertas rémoras históricas han provocado, entre otras consecuencias, y por lo que a nosotros ahora nos interesa, lagunas importantes en el artículo 16 del Código de Comercio. La actividad agraria va más allá de la mera explotación de la tierra, transformando los bienes y comercializándolos, en este sentido nada distinto, por tanto, de cualquier otra actividad mercantil. No sólo esto: está sumamente profesionalizada y cada vez más bajo la titularidad no de personas físicas sino jurídicas. Con lo cual no sólo deberían inscribirse en el Registro Mercantil las entidades agrarias que son mercantiles por la forma, sino que habría que extenderlo incluso a aquellas que, sin ninguna personalidad jurídica, constituyen, sin embargo, una empresa por la función económica que desarrollan, abarcando, entonces, a la explotación agraria individual. Con esta afirmación se produce la sorprendente consecuencia de que es facultativo para el empresario individual (art. 19.1 del Código de Comercio, salvo para el naviero) y lo intento hacer obligatorio para el empresario agricultor. Una solución sería, entonces, conformarse con un simple registro administrativo, donde consten todas las empresas agrarias, sean de la naturaleza que sean, incluso un registro con alcance europeo. Sin embargo, no tendría los mismos efectos que concede el Registro Mercantil. Por esto, el planteamiento podría verse como una proposición de *lege ferenda* con una consideración de alcance más general, de *lege ferenda* cabe que el Registro Mercantil sea obligatorio para todos; al hilo de ello, podría pensarse en una modificación de los criterios sobre la inscripción del empresario individual general. No olvidemos que las reivindicaciones en orden al carácter profesional de algunos empresarios individuales son permanentes, y una forma de conseguirlo mejor es mediante la inscripción.

Veamos entonces las razones para su inscribibilidad:

La falta de obligatoriedad de la inscripción de la explotación agraria dificulta un análisis correcto sobre las unidades productivas, impidiendo, en alguna medida, una completa información y la posibilidad de intervención con medidas mejor orientadas y adecuadas; sin esto, no es posible identificar

radicalmente sus problemas y sus necesidades. Se requiere, por tanto, de un Registro de empresas agrarias con la extensión subjetiva más amplia posible, con independencia de su lógica organizativa, que responda a la eficiencia, transparencia y lealtad en el mercado. Esta función la asume, en nuestro caso, el Registro Mercantil (5) (teniendo como misión el Registro Mercantil Central la ordenación y tratamiento de los datos procedentes de los registros territoriales, para vertebrar la organización registral) (6), que hace transparente la identidad y la actividad del empresario.

La inscribibilidad de la empresa agraria implica el control del ejercicio efectivo y profesional de toda la actividad que la ley califica de naturaleza agraria.

De esta manera se abordaría con mayor realismo el tema de las actuales estructuras agrarias y su evolución; a su vez, permitiría, también, maximizar los recursos y su destino (7).

La obligatoriedad de la inscripción de la explotación agraria en el Registro Mercantil constituiría un específico instrumento o un instrumento más en el espacio europeo de la información, también para una mejor aplicación en la distribución y orientación de las ayudas comunitarias. La información es un valor económico en sí mismo, derivado también de la transparencia que aporta al mercado a través de una mayor seguridad a las operaciones y transacciones comerciales (8). «El interés del mercado en conocer los hechos relativos al mundo de la empresa garantiza la exigencia básica de un correcto desarrollo económico constituido por la exigencia de la transparencia en los asuntos relativos a todos los sujetos que operan en el mundo de la producción y de los negocios» (9). Como se ha insistido, «la existencia de

(5) A la inscripción en el Registro de la Propiedad se refiere, de manera particular, el artículo 8 de la LH, permitiendo inscribir como una sola finca, bajo un mismo número, «toda explotación agrícola, con o sin casa de labor, que forme una unidad orgánica, aunque esté constituida por predios no colindantes, y las explotaciones industriales que formen un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí», también el artículo 44.3 del RH. Sobre ello, vid. VELASCO FERNÁNDEZ, S., *La empresa agraria*, Universidad de Valladolid, Tesis, 1973, pág. 75 y sigs.

(6) Con la preparación del material que se publicará diariamente en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* —arts. 386.1 y 390.1 RRM—.

(7) Puede verse, en este sentido, VILADOMIU, L./ROSELL, J., *De la explotación agraria a la empresa agraria*.

(8) Vid. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F., «La función económica de los sistemas registrales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, pág. 875 y sigs.

(9) MODICA, R., en comentario al artículo 2 del Decreto Legislativo de 18 de mayo de 2001, n. 228, «Orientamento e modernizzazione del settore agricolo a norma dell'articolo 7 della legge 5 de marzo de 2001, n. 57», *Revista di Diritto Agrario*, fasc. 2, 2002, pág. 238. «La inscripción, con sus exigencias formales y de seguridad, favorece nuevas clasificaciones y hace más segura la distinción entre las diversas actividades económicas», RUGGIERO, A., «Estensione della registrazione alle imprese agricole», en *Rivista del Notaio*, 1996, pág. 19.

instituciones que garanticen —eficaz y eficientemente— la seguridad de las transacciones es considerada de forma cada vez más general como un requisito esencial para un eficaz funcionamiento de la vida económica»; «cuanto más eficientemente preste su función un sistema registral, en mayor medida contribuirá al crecimiento económico»; «la finalidad esencial de todo sistema institucional consiste en reducir todo lo posible los costes transaccionales y, especialmente, su componente subyacente fundamental, cuales son los casos de información o incertidumbre» (10).

La información en sí misma forma parte de las fuerzas motoras de la economía, ayudando al crecimiento de la economía en general. Strohmeier hace constar que las tecnologías de la información y de la comunicación son en la actualidad el componente más dinámico de las inversiones de capitales en Europa, representan el 20 por 100 de las inversiones totales, aumentándose este porcentaje en países más innovadores, como Finlandia y Suecia. Representan más del 5 por 100 del producto interior bruto en la UE, un sector que aumenta a un ritmo vertiginoso. El sector agrícola se ha incorporado con mucho retraso a la utilización de las tecnologías de la información, es una industria que se ha mantenido dentro de la tradición, pero que ofrece muchas posibilidades de integrar las tecnologías de la información y de la comunicación en sus modelos comerciales (11), ayudando a la agricultura a mejorar su eficiencia.

También tiene importancia esta defensa de la inscribibilidad en orden a la variedad de derechos de naturaleza real que confluyen en el concepto amplio de explotación o empresa agraria, con trascendencia para una negociación en el ámbito crediticio; el contexto agrario proporciona especialidades de gran trascendencia económica en dicho marco. La agricultura es una actividad necesitada de grandes inversiones, lo que obliga a los agricultores a recurrir al préstamo; y en la facilidad para el acceso al crédito influye la composición y el estatuto jurídico que se dé a este patrimonio, y en la transparencia que se dé a estos elementos patrimoniales. Desde luego, las fuentes de crédito a la agricultura son numerosas, siendo el crédito agrícola el que ha dominado en el tiempo (12), pero la actualidad y el futuro estarán marca-

(10) MÉNDEZ GONZÁLEZ, F., «La función económica de los sistemas registrales», en *RCDI*, núm. 671, 2002, pág. 875; BOCCHINI, P., *Manuale del Registro delle imprese*, Padova, 1999, pág. 163 y sigs.; PAVONE LA ROSA, A., *Il Registro delle imprese*, Torino, 2001, pág. 12 y sigs.; MARASÁ, G., «Il ruolo della pubblicità nella riforma delle società di capitali e delle cooperative», in *Riforma i società, cooperative, associazioni e fondazioni*, Scritti, Padova, 2005, pág. 33 y sigs.

(11) STROHMEIER, R., «Informations- und Kommunikationstechnologien- Motor für die Landwirtschaft und die Entwicklung des ländlichen Raumes», en *Agrar und Umweltrecht*, mayo, 2007, pág. 17.

(12) Por ejemplo, en Francia, país agrario por excelencia, representaba en los años ochenta el 75 por 100 del endeudamiento global. Un estudio inicial sobre la capacidad de la adaptación de la agricultura francesa, en FOYER, J., «Les effets des transformations des structures agricoles en France les vingt dernières années», en *RIDC*, 1986, pág. 529 y sigs.;

dos por nuevos productos financieros que hacen de los bienes inmateriales valores de notable consideración, como en otros tiempos lo ha sido la tierra o el propio fundo. Estos elementos pueden ser también conocidos y controlados a través de la inscribibilidad a las que nos estamos refiriendo (13).

Asimismo, la publicidad y la inscripción obligatoria refuerzan la consideración unitaria de la explotación agraria sin forma jurídica especial, y favorecería su transmisibilidad como un todo, más económico y simple que la transmisión de cada bien según su particular régimen (14). El desarrollo económico requiere necesariamente fomentar el valor empresarial.

De igual modo serviría como instrumento de colaboración para otras políticas: en el programa de igualdad de oportunidades o promoción y ayuda a la mujer rural es necesario un completo sistema de estadística sobre datos de carácter económico y social, resultando un elemento sumamente útil para la realización de estudios sobre la situación empresarial de las mujeres en este ámbito y su evolución. Los datos revelados por este Registro pueden representar un punto de partida para la proposición de medidas y programas pú-

del mismo autor, «Rapport français», en *Travaux de l'association Henri Capitant, Droit rural*, 1990, pág. 641 y sigs.

(13) Sobre el valor de la información y el registro telemático, vid. BOCCHINI, E., «Trasparenza e pubblicità nell'attività dell'impresa», vol. IX della *Collana di Studi del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 1996, pág. 28 y sigs.

(14) El artículo 2.2 de la Ley de modernización de explotaciones agrarias, Ley 19/1995, de 4 de julio, define ésta como «el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, primordialmente con fines de mercado, y que constituye, en sí mismo, una unidad técnico-económica». Definiendo como titular de la explotación: «la persona física o jurídica que ejerce la actividad agraria organizando los bienes y derechos integrantes de la explotación con criterios empresariales y asumiendo los riesgos y responsabilidades civil, social y fiscal que puedan derivarse de la gestión de la explotación». Sin embargo, el conjunto patrimonial que describe como constitutivo de la explotación no lo hace, en toda su extensión, verdaderamente objeto de transmisibilidad unitaria.

Sobre las explotaciones agrarias, vid. HOULLIER, F., «Structures foncières et exploitations agricoles», Notes et études documentaires, en *La documentation française*, 1982, núm. 4655-4656; GERMANO, A., *L'impresa agricola nel Diritto spagnolo*, Milano, 1993; BALLARÍN MARCIAL, A., «Nociones de empresa y de empresario, de agricultor y de explotación: la noción de actividad agraria. El concepto de estructura agraria», en *Homenaje a don Juan Francisco Delgado de Miguel*, coord. por Víctor Manuel Garrido de Palma, Madrid, 2007, pág. 383 y sigs.; SOLDEVILLA, A., *La empresa agraria*, Valladolid, 1982; VATTIER FUENZALIDA, C., «El marco jurídico de la empresa agraria», en *Libro Blanco de la Agricultura y el Desarrollo Rural*, MAPA; LUNA SERRANO, A., «El régimen jurídico de la actividad agraria: nuevas tendencias», en *Cuadernos de Derecho Agrario*, 2004, núm. 1, pág. 25 y sigs.; «Los caracteres de la actividad agraria», en *Anuario de la Fundación Ciudad de Lleida*, 1993, pág. 295 y sigs.; CABALLERO LOZANO, J. M., «Modernización de la explotación y la actividad agrícola», en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 1997, pág. 11 y sigs.; CARRETERO GARCÍA, A., «Comentario a la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias», en *ADC*, 1997, pág. 671 y sigs.; *Empresa agraria y profesionales de la agricultura en el Derecho español y comunitario*, Granada, 2003.

blicos para la integración laboral, económica y social de las mujeres en el ámbito rural. Serviría, por tanto, para la elaboración de informes sobre los resultados de las diferentes políticas públicas de carácter agrario. Es un soporte: para la mayor divulgación de información sobre las medidas públicas existentes de apoyo al medio rural y a las mujeres, en particular; un elemento de formación para la creación, a su vez, de nuevas empresas en el medio rural; y para obtener mayor colaboración entre las instituciones públicas y privadas en la elaboración y el desarrollo de las distintas medidas de apoyo a las mujeres, en todos sus niveles: tanto local, regional o nacional; muy importante sería superar este ámbito a través de la posibilidad de un registro europeo de tales características (15).

Sirve también, como en cualquier otro campo, por tanto, con carácter general, para prevenir problemas de blanqueo de capitales o distorsión de la competencia en el mundo empresarial. La especificación y determinación a través de los sistemas de publicidad es una garantía, y es una medida de prevención contra el blanqueo de capitales (16).

La extensión de la inscribibilidad al ámbito de la explotación agraria y su adaptabilidad a una modernización en la información encaja en los objetivos de la Ley 24/2005, de 28 de noviembre, que inciden en el fortalecimiento del sistema registral y en la agilización del tráfico jurídico civil y mercantil respecto de la inscripción de actos y negocios jurídicos mediante el impulso de la utilización de medios telemáticos, ya presente en las Directivas 68/151/CEE y 2003/58/CE. De esta manera, se introducen una serie de reformas para la mejora del funcionamiento de la Administración. Como justifica su Exposición de Motivos, se emprenden una serie de mejoras de los trámites administrativos que afectan tanto a ciudadanos como a empresas. Así, «en lo relativo a la fe pública, o a nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva, se introducen diferentes reformas que tienen por finalidad esencial acomodar el mismo a las exigencias de una economía moderna, con especial incidencia en su agilidad y utilización efectiva de las técnicas informáticas, electrónicas y telemáticas». Esta reforma exigida por los operadores económicos es lógica y necesaria, atendidas las exigencias de la sociedad de la

(15) Sobre el papel de la mujer rural, vid. RICO GONZÁLEZ, M., «La mujer y su relevancia en el proceso de desarrollo rural español», en vol. col. *Estudios Jurídicos de Derecho Agrario*, coord. por MUÑIZ ESPADA, Madrid, 2008, pág. 583 y sigs.

(16) La cifra que se baraja sobre el peso de la economía paralela es del 10 por 100 del PIB mundial, aunque se cree que esta proporción es mucho más elevada; según el FMI, la cantidad de dinero blanco se ha multiplicado por diez desde 1990, cifras que no representan más que una estimación y una aproximación. Lo que es seguro es el fracaso de los gobiernos para frenar la expansión, la economía paralela ha conocido un crecimiento considerable en el curso de los diez últimos años y numerosos mercados clandestinos se desarrollan mucho más deprisa que el comercio mundial oficial. Vid. *Le Livre noir de l'économie mondiale. Contrabandiers, traficans et faussaires*, asimismo artículo de M. NAÏM en *Le nouvel Observateur*, 28 février 2007.

información y, por ello, se elimina cualquier tipo de traba que pueda existir. «Debe hacerse especial mención a la posibilidad de que se pueda obtener publicidad formal de modo telemático, permitiendo que los ciudadanos puedan solicitar de modo real y efectivo dicho tipo de publicidad, lo que les permitirá conocer de modo más ágil y rápido el contenido de los Registros. Cabe añadir que, igualmente, y como medida de eficiencia administrativa, se permite que los funcionarios, empleados públicos y autoridad judicial puedan acceder al contenido de los Libros del Registro sin intermediación del registrador, cuando del ejercicio de su función pública se trata, lo que resulta un adecuado corolario de la presunción de interés en el conocimiento de dichos Libros del que gozan dichos funcionarios, empleados públicos y autoridad judicial». «Las reformas adoptadas mediante esta Ley que, como se ha señalado, se integran en un conjunto más amplio, tienen por objeto proporcionar un impulso directo al aumento de la productividad económica. Al tiempo, estas reformas generan confianza y proporcionan una clara señal a los mercados y agentes económicos del decidido compromiso de la política económica española con el aumento de la productividad que, junto con la estabilidad presupuestaria y el fomento de la transparencia, se configura como uno de los ejes a través de los cuales se contribuye al objetivo de mejora del bienestar de los ciudadanos».

Con la inscripción en el Registro pueden conseguirse numerosas finalidades: de carácter publicitario, informativo, probatorio, estadístico, programático, tutela del mercado y de libertad de concurrencia. Conocer indistintamente las empresas que operan sobre el mercado y para el mercado.

3. También se puede destacar la relación entre el vínculo de destino de carácter real y la exigencia de un apropiado régimen publicitario. La necesidad de inscripción de cualquier clase de empresario en el Registro Mercantil facilitaría la asimilación hacia el reconocimiento de los patrimonios autónomos e independientes también en este ámbito.

El Código Civil italiano ha previsto una regulación particular en relación con los patrimonios de afección, que, en todo caso, sólo abarcaría una parte del fenómeno al que nos estamos refiriendo. El artículo 2.447 bis encabeza la regulación en el *Codice Civile* de los patrimonios destinados a una gestión específica, así las sociedades podrán constituir uno o más patrimonios cada uno de los cuales dirigidos exclusivamente a un específico destino. «La sociedad podrá: *a*) constituir uno o más patrimonios cada uno de los cuales destinado de manera exclusiva a un específico negocio; *b*) convenir que en el contrato relativo a la financiación de un específico negocio al reembolso total o parcial de la misma financiación estén destinadas las rentas (o ingresos) del mismo negocio, o parte de ellas. [2] Salvo cuanto esté dispuesto en las leyes especiales, los patrimonios destinados en el sentido del apartado *a*) del primer párrafo no pue-

den constituirse por un valor superior al 10 por 100 del patrimonio neto de la sociedad y no pueden, en cualquier caso, constituirse para el ejercicio de negocios referidos a actividades reservadas con base en leyes especiales».

El artículo 2.447-quater sobre *pubblicità della costituzione del patrimonio destinato* prescribe la inscripción de dichos patrimonios: «*la deliberazione prevista dal precedente articolo deve essere depositata e iscritta a norma dell'articolo 2436*». La *deliberazione* (modificación del estatuto) *non produce effetti se non dopo l'iscrizione* (art. 2436.5). De manera, que los acreedores de la sociedad no pueden hacer valer ningún derecho sobre el específico patrimonio destinado (17).

De igual modo podría aparecer contemplado en nuestro ordenamiento si se quisiera introducir. Sobre ello ya he tenido la oportunidad de referirme, diciendo a este respecto, entre otras consideraciones, que el principio general del artículo 1.911 del Código Civil no se ve gravemente alterado por la existencia de masas patrimoniales con una unidad particular, con un propio destino o con especiales medidas de administración y conservación. Sobre esto hay abundantes ejemplos en cada una de las legislaciones. Puede ser compatible incluso con la existencia de patrimonios autónomos. Lo interesante es la idea de responsabilidad patrimonial, no en sí la idea de patrimonio o capacidad patrimonial. Con relación al patrimonio general de la persona no hay un precepto de Derecho positivo que imponga o configure en unidad las diversas relaciones jurídicas que afectan al titular (18). En todo caso, la unidad

(17) «*Decorso il termine di cui al secondo comma del precedente articolo ovvero dopo l'iscrizione nel registro delle imprese del provvedimento del tribunale ivi previsto, i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare ne', salvo che per la parte spettante alla società, sui frutti o proventi da esso derivanti.*

Qualora nel patrimonio siano compresi immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, la disposizione del precedente comma non si applica fin quando la destinazione allo specifico affare non e' trascritta nei rispettivi registri.

Qualora la deliberazione prevista dall'articolo 2447-ter non disponga diversamente, per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato. Resta salva tuttavia la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito.

Gli atti compiuti in relazione allo specifico affare debbono recare espressa menzione del vincolo di destinazione; in mancanza ne risponde la società con il suo patrimonio residuo» (art. 2.447 quinquies del Código Civil).

(18) Desde un punto de vista económico se puede entender, como dice TRIMARCHI, V. M., Voz «Patrimonio», *Enciclopedia del Diritto*, pág. 277, que el valor de un bien no se determina considerándolo sólo en sí mismo, sino *per relationem*, poniéndolo en conexión con el resto de elementos que forman el patrimonio.

Cada bien puede tener una regulación especial, los límites son distintos para cada uno de ellos, y esto no afecta a la unidad. Hay una cohesión entre los elementos del patrimonio, la cohesión que se establece entre los elementos explica, en parte, el derecho de garantía general de los acreedores. De hecho, la valoración de cada bien está en relación con el resto de los bienes.

del patrimonio, por así decirlo, sólo es importante en dos situaciones: en el momento de la sucesión de una persona, y en garantía de los acreedores, sujetando para esto no sólo los bienes presentes sino también los futuros. Aunque más bien en el primer caso no es que sea imprescindible la idea de patrimonio o unidad, hay más bien una sustitución en las titularidades. En el segundo caso hay simplemente o se trata de reflejar una garantía sobre los bienes del deudor; y la garantía o responsabilidad, sin duda, se puede construir de diversas maneras. Entiendo que sólo se debería considerar vulnerado el artículo 1.911 del Código Civil cuando se constituyen patrimonios de separación o afección que vulneraren los derechos de acreedores. Así, el artículo 1.911 del Código Civil no debería verse como un obstáculo a una posible recepción del *trust*. Y si se quiere interpretar de la manera tradicional, siempre es posible configurar y organizar la responsabilidad de otro modo.

Si se admitiera el *trust* en nuestro sistema, con su respectiva regulación, el reconocimiento de este instrumento implicaría en cierta medida, o sería análogo a la renunciabilidad de la posición que al acreedor concede el artículo 1.911 del Código Civil, si se parte de la interpretación, como he dicho antes, tradicional. Si ambas partes negocian en pie de igualdad, debería poder ser una opción perfectamente válida al amparo del principio de autonomía de la voluntad, siempre y cuando no se perjudique a otros acreedores del deudor, pues el artículo 1.911 del Código Civil, en su filosofía, toma en consideración los derechos de terceros y la perspectiva del orden público.

En nuestro ordenamiento la cambiante realidad jurídico-económica ha ido admitiendo la creación de patrimonios pseudo-fiduciarios, como los fondos de pensiones, los fondos de titulización de activos —FTA— o los fondos de titulización hipotecaria —FTH— (19). El principio codicístico de universalidad de la responsabilidad patrimonial del deudor ha sido ya hace tiempo ampliamente erosionado por la disciplina societaria. En los diversos ordenamientos, la constitución de patrimonios de destino (20) y fiduciarios responde a la exigencia de parcelación del patrimonio, siguiendo objetivos de optimización de los recursos disponibles, de especial utilidad a todo tipo de empresario, con el fin de responder al objetivo de utilidad y fines propios del desarrollo de la empresa; así, la disciplina de los patrimonios destinados a un

(19) NASARRE AZNAR, S., *La garantía de los valores hipotecarios*, ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2003; *Securitisation and mortgage bonds. Legal aspects and harmonisation in Europe*, ed. Gostick Hall, Gran Bretaña, 2004; «La regulación de la fiducia como un instrumento con utilidad financiera», en la obra colectiva de Martín GARRIDO y Josep M.ª FUGARDO (coords.), *El patrimonio familiar, empresarial y profesional. Sus protocolos*, IX Congreso Notarial Español, Tomo 3, 2005, ed. Bosch, págs. 651 a 687; junto con RIVAS NIETO, E., «Patrimonios financieros sin personalidad. Naturaleza jurídica y régimen tributario», en *Revista de Contabilidad y Tributación*, Centro de Estudios Financieros (CEF), núm. 261, diciembre de 2004, págs. 57 a 106.

(20) Ya en el Derecho romano las fundaciones, la dote, los peculios.

fin específico está planteada sobre «la relación sujeto-actividad más que sobre sujeto-bienes» (21).

Los patrimonios destinados con autonomía suponen el destino de una parte del patrimonio a la realización de un fin. Esto tiene una función principalmente de tipo operativo o de gestión, en cuanto permite a la sociedad estructurar su riesgo empresarial; es decir, le permite segmentar en compartimentos estancos las esferas de riesgo de las actividades realizadas mediante los patrimonios destinados respecto de la actividad empresarial general de una manera operativamente equivalente a la constitución de una nueva sociedad, con la ventaja de eliminar los costes de constitución, mantenimiento y extinción de la misma. La separación alcanza una finalidad principalmente financiera, y más específicamente de garantía de los financiadores que proporcionan los recursos para la realización del negocio específico. Favorece la financiación de las empresas mediante la implicación de aquellos sujetos que, no estando interesados en participar en el capital de riesgo de la sociedad, sí están dispuestos a invertir sus propios capitales en operaciones económicas individuales, bien bajo la forma de verdaderas financiaciones, bien mediante la aportación participativa de capital conexas exclusivamente al riesgo del negocio específico. Es un medio para hallar nuevos recursos, donde los financiadores se benefician de un marco mucho más restringido de variables sobre las que fundar el plan de financiación y el consecuente reembolso del crédito. Además, una vez otorgada la financiación, los costes de control del estado financiero del patrimonio y del cumplimiento de los términos

(21) En Italia la reducción de la garantía encuentra explícito reconocimiento en la previsión del artículo 2.741 del Código Civil, que la considera legítima en presencia de expresa derogación legislativa que evidencia la merecedora finalidad de los objetivos puestos con fundamento de la limitación de la responsabilidad de una parte del patrimonio. Vid. ZOPPINI, F., «Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni», en *Riv. dir. civ.*, 2002, pág. 548; GRANELLI, C., «La responsabilità patrimoniale del debitore fra disciplina codicistica e riforma in itinere del diritto societario», en *Riv. dir. civ.*, 2002, II, pág. 50 y sigs.; COMPORTI, C., «Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare», en *La riforma delle società*, SANDULLI, M., y SANTORO, V., t. II, Torino, pág. 952 y sigs.; SALAMONE, L., *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001; MANES, P., «La segregazione patrimoniale nelle operazioni finanziarie», en *Contratto e impresa*, 2001, pág. 1362 y sigs.; IAMICELI, P., *Unità e separazione di patrimoni*, Padova, 2003, pág. 13 y sigs.; FERRO LUZZI, P., «La disciplina dei patrimoni separati», en *Riv. Società*, 2002, pág. 126 y sigs.; BIANCA, M., *I vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Milano, 1996, pág. 2 y sigs.; PACIELLO, A., «La struttura finanziaria della società per azioni e tipologia dei titoli rappresentativi del finanziamento», en *Riv. dir. comm.*, 2002, I, pág. 156 y sigs.; MESSINETTI, D., «Il concetto di patrimonio separato e la c.d. cartolarizzazione dei crediti», en *Riv. dir. civ.*, 2002, II, pág. 101 y sigs.; LAURINI, G., «I patrimoni destinati nel nuovo diritto societario», en *Destinazione di beni allo scopo*, Milano, 2003; MANZO, G., y SCIONTI, G., «Patrimoni dedicati e azioni correlate: “cellule” fuori controllo?», en *Società*, 2003, pág. 1329 y sigs.; LOCORATOLO, S., «Patrimoni destinati, insolvenza e azione revocatoria», en *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, I, 2005, pág. 89 y sigs.

contractuales se ven considerablemente reducidos, dado el más limitado ámbito de control (22).

Pero la constitución de tales patrimonios autónomos puede determinar una lesión de la garantía de los acreedores anteriores, que no podríamos extender a los sucesivos o posteriores a dicha constitución, porque para estos acreedores el patrimonio a considerar es el actual de su deudor, salvo que se hubiera constituido previamente con fines de defraudar a la vista de próximas y futuras obligaciones (23). La constitución de un patrimonio de estas características, si sucede mientras la sociedad cae en estado de insolvencia o próximo a esta circunstancia, consiguientemente declarado tal estado, determinada la incapacidad del patrimonio residual para la satisfacción de los acreedores sociales, no parecen existir dudas sobre la posibilidad del ejercicio de la acción revocatoria y la declaración de la ineficacia de la constitución del patrimonio destinado, reintegrando la garantía patrimonial de los acreedores (24). Resultaría super-

(22) En TOTARO, F., «Los patrimonios y financiaciones destinadas a un negocio jurídico (art. 2447 bis y sigs. del Codice Civile)», en *Gobierno corporativo y crisis empresariales*, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil, Madrid/Barcelona, 2006, pág. 551, y en el Extracto de la *relazione aggiunta* al Decreto Legislativo, núm. 6 de 2003; MEOLI, B., «Patrimoni destinati e insolvenza», en *Il Fallimento*, 2/2005, pág. 115 y sigs.

Puede verse además sobre patrimonios destinados, SANTAGATA, R., «Patrimoni destinati ed azioni revocatorie (tra diritto attuale e prospettive di riforma)», en *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazione*, 2005, pág. 295 y sigs.; BARTALENA, A., «Il fondo patrimoniale», en *Rivista del Diritto commerciale e del Diritto generale delle obbligazione*, 2002, pág. 27 y sigs.; CALVOSA, L., *Fondo patrimoniale e fallimento*, Milano, 2003; TUCCI, G., Trusts, concorso dei creditori e azione revocatoria, www.il-trust-in-italia.it.

(23) También representa un refinado instrumento societario para la actuación de líneas dirigidas a preferir particulares categorías de acreedores, vid. FIMMANÓ, F., «La revocatoria dei patrimoni destinati», en *Il fallimento*, 10/2005, pág. 1105 y sigs., la revocabilidad o no de estos patrimonios no se deduce de un principio de intangibilidad general, sino depende de la específica hipótesis de segregación que acompaña al acto de destinación.

(24) En la hipótesis del patrimonio destinado a un fin, la entrega para la constitución se resuelve en un acto de destinación para un fin individualizado; luego, más que un acto de disposición patrimonial en sentido técnico, imprime a los bienes un vínculo y una afección no calificable, según algunos autores, como a título gratuito —vid. CAIAFA, A., «Il patrimonio destinato: profili lavoristici e fallimentari», en *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, núms. 3, 4, 2004, pág. 709 y sigs.—; a pesar de estas dificultades para su calificación, el simple hecho de comportar una reducción de la garantía patrimonial con perjuicio para los acreedores generales, hace muy realista la admisibilidad de la acción revocatoria, porque es esto precisamente lo que salvaguarda esta acción, salvo que se pudiera actuar de otro modo sobre los bienes comprendidos en este patrimonio. Puede considerarse un acto a título oneroso cuando sea consecuencia de una condición de la financiación o de la inversión. La *riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80, Decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5*, incluye después del artículo 67 el artículo 67 bis con el siguiente tenor: *patrimoni destinati ad uno specifico affare, «gli atti che incidono su un patrimonio destinato ad uno specifico affare previsto dall'articolo 2447-bis, primo com-*

flua la valoración de la intencionalidad en su constitución a los efectos de la declaración de su ineficacia cuando sucede en el contexto del concurso en aquellos ordenamientos con un sistema objetivista. Por tanto, en el supuesto ejemplificado sería rescindido como lo sería el otorgamiento de una neoconstituida sociedad (25); si bien, la analogía entre patrimonio destinado y constitución de nueva sociedad no presenta más que algunos perfiles de similitud (26). A los efectos revocatorios es equiparable el negocio de suscripción propio del régimen societario y la entrega constitutiva del patrimonio; y también puede hablarse de una cercanía entre el patrimonio de destino y los actos propios del sistema de sociedad de capitales como la fusión, la extinción o la transformación, que inciden sobre el patrimonio de la sociedad, produciendo modificaciones en el principio de universalidad de la garantía para los acreedores y en el régimen de responsabilidad del ente (27) (28).

ma, lettera a) del Codice civile, sono revocabili quando pregiudicano il patrimonio della società. Il presupposto soggettivo dell'azione è costituito dalla conoscenza dello stato d'insolvenza della società». Como la llamada revocatoria ordinaria exige para el éxito de la acción la fraudulencia o una disposición a título gratuito, la recepción en nuestro país del *trust* y la constitución de patrimonios autónomos requeriría, a la par, un replanteamiento de la acción pauliana llevándola por los cauces del objetivismo, también para los actos onerosos; aunque respecto de éstos la acción pauliana tiene un campo más restringido, porque por definición éstos se caracterizan por su reciprocidad y existencia de contraprestación, por lo que en abstracto no debería haber perjuicio en el patrimonio del deudor.

En otro orden, en cuanto al tema de la gratuidad y onerosidad, una cuestión interesante dentro de las prestaciones de garantía, está el tema de las llamadas garantías infragrupo, prestadas en el ámbito de reagrupamientos societarios, vid. MINUTOLI, G., «Onerosità, gratuità e contestualità delle garanzie soggette a revocatoria fallimentare», en *Il fallimento*, 2/2006, pág. 156; CARBONARA, U. M., «Profili esegetici in tema di revocatoria fallimentare di garanzie infragruppo prestate per crediti contestuali o preesistenti», en *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, pág. 916.

(25) En Italia, GUGLIELMUCCI, L., *Patrimoni destinati e insolvenza*, www.fallimento.ipsoa.it entiende, en todo caso, absolutamente insuficiente para la tutela de los acreedores sociales el instrumento de la oposición contra la entrega de la constitución del patrimonio destinado propuesto en el término de dos meses desde la inscripción en el registro de empresas.

(26) Vid., sobre esta cuestión, MARTORANO, F. S., *La revoca dei conferimenti nelle società di capitali*, Milano, 2000, pág. 42 y sigs.; ROCCO DI TORREPADULA, N., *Partecipazione in società e revocatoria*, Milano, 2001; NIUTTA, A., «La revocabilità dei conferimenti nelle società per azioni», en *Il Diritto fallimentare delle società commerciali*, 1993, II, pág. 617 y sigs.; DI AMATO, A., «Sull'esperibilità dell'azione revocatoria del conferimento sociale», en *Rass. Dir. Civ.*, 1988, pág. 391 y sigs.; GALLESIO PIUMA, M. E., *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, Bologna-Roma, 2003, pág. 267 y sigs.; LOCORATOLO, S., «Patrimoni destinati, insolvenza e azione revocatoria», en *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, I, 2005, pág. 115 y sigs.; SPADA, P., «Persona giuridica e articolazione dei patrimoni. Spunti legislativi recenti per un antico dibattito», en *Riv. Dir. Civ.*, 2002, I, pág. 837 y sigs.

(27) LOCORATOLO, S., «Patrimoni destinati, insolvenza e azione revocatoria», en *Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, I, 2005, pág. 129.

(28) La escisión de una sociedad presenta numerosas dudas, puestas de manifiesto sobre todo por la doctrina italiana. No faltan pronunciamientos afirmando la irrevocabili-

La acción revocatoria, pues, es un medio ante los posibles riesgos para los acreedores de la existencia de patrimonios separados para terceros; otra forma de evitar fraudes consistiría en un sistema con previsión de la posibilidad de presentar oposición (29) a la constitución de un patrimonio separado a ejercer durante un plazo determinado desde la inscripción en el registro correspondiente; donde habría que valorar si los acreedores sociales, pasado este plazo sin haber hecho ejercicio de esta facultad, podrían, para la satisfacción de sus intereses, plantear, en su caso, la acción revocatoria (30). A este respecto, si bien no parece lógico que quien ha podido expresar su oposición y, en consecuencia, dejar sin efecto esta ejecución, reclame posteriormente, tampoco

lidad de la escisión, considerándolas incompatibles, porque la revocatoria no tiene por efecto remover la cuestión organizativa, sino que tiene por objeto la mera recuperación de determinados bienes a los fines ejecutivos, y dada la precisa función que tiene la escisión, por otro lado, viceversa, no se admite la revocabilidad de estas operaciones, en cuanto que el remedio revocatorio se sitúa en un plano diverso y no absorbente respecto a aquél sobre el que se colocan las disposiciones especialmente pensadas para la escisión. Sin perjuicio de que aquí también es planteable el poder de oposición de los acreedores. La teoría de la admisibilidad cuenta además con el apoyo de parte de la doctrina estadounidense que subraya las raíces comunes que vinculan las más modernas técnicas de superación de la personalidad jurídica y el *fraudulent transfer law*. En cualquier caso, ambas posiciones no pueden prescindir en el debate de la naturaleza de la escisión y de la plurilateralidad de sus efectos, complejidad esta última que se manifiesta en el tipo de daños que puede causar la subdivisión del patrimonio, daños derivados de la desigualdad distributiva entre activo y pasivo a las diversas sociedades; los derivados del aumento de la dificultad de control del patrimonio responsable y por la dificultad de naturaleza procesal que el acreedor no satisfecho por la sociedad beneficiaria deberá afrontar para hacer valer la responsabilidad de las otras; en el caso de escisión por incorporación se puede hablar de los perjuicios que se producen por la confusión de la cuota del patrimonio separado de la extinta con el patrimonio de la beneficiaria. Sobre estas cuestiones, vid. DI MARCELLO, T., «La revocatoria ordinaria e fallimentare della scissione di società», en *Diritto fallimentare e delle società*, 2006, pág. 62 y sigs.; SERRA, A., «Le scissioni», en A. SERRA-M. S. SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994; SCOGNAMIGLIO, G., «Le scissioni», en *Trattato delle società per azioni*, a cargo de G. E. COLOMBO-G.B. PORTALE, Torino, 2004; FIMMANÓ, F., «Scissione responsabilità sussidiaria per i debiti sociali non soddisfatti», en *Società*, 2002, pág. 1380 y sigs.; PALMIERI, G. M., *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999.

(29) Vid. artículos 2.447 bis *Codice Civile* a 2.447 *novies*, reforma operada por la *legge delega* de 3 de octubre de 2001, núm. 366, modificada por Decreto Legislativo de 17 de enero de 2003, núm. 6. La *società per azioni* y la *società in accomandita per azioni* tienen la posibilidad de constituir uno o más patrimonios, cada uno destinado a un negocio exclusivo y acordar que en el contrato relativo a la financiación de un negocio específico sus ingresos o parte de ellos se destinen al reembolso total o parcial de dicha financiación; con la posibilidad, por tanto, de aportar una parte del patrimonio social a la realización de un fin determinado con un régimen especial en cuanto a sus relaciones obligatorias.

(30) Otra cuestión es que también pudieran hacer valer mediante este sistema vicios de la entrega constitutiva, a parte de la disminución de la propia garantía patrimonial. Y aún quedaría otro posible perfil de responsabilidad que hace referencia al plano económico-financiero del que resulte la congruencia del patrimonio respecto a la realización del fin. Vid. MENICUCCI, M., «Patrimoni e finanziamenti destinati: responsabilità e tutela dei creditori e dei terzi», en *Giurisprudenza commerciale*, 2005, pág. 220 y sigs.

parece suficiente protección de los acreedores sociales el medio de la oposición. Y hablo de acreedores sociales porque corrientemente surgirá en esta sede, pero se asiste a una evidente limitación de la responsabilidad patrimonial que envuelve también a aquellos particulares respecto del cumplimiento de las concretas obligaciones. La «estabilidad del patrimonio destinado (debe) ceder frente a la tutela de los acreedores cuando el instrumento del patrimonio destinado se utilice de una forma distorsionada y se convierta en un medio de fraude a los acreedores. Medio que puede y debe ser más ágilmente neutralizado con acciones, como la revocatoria, que dejando intacto el patrimonio, eliminan su eficacia perjudicial frente al acreedor que es víctima del fraude». Si esto es así, el remedio de la oposición debería considerarse como no excluyente —sostiene TOTARO (31)— de la acción revocatoria, «dado que además, las restricciones a la tutela de los acreedores no son justificables si no están expresamente previstas» (32). «La oponibilidad a terceros del acuerdo se produce exclusivamente en función de la publicidad, de ahí que ésta sea necesaria para que se pueda verificar un perjuicio a los mismos» (33) (34).

(31) TOTARO, F., «Los patrimonios y financiaciones destinadas a un negocio jurídico (art. 2.447 bis y sig. del Codice Civile)», en *Gobierno corporativo y crisis empresariales*, II Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil, Madrid/Barcelona, 2006, pág. 581, quien cataloga el acuerdo del órgano administrativo como un acto perteneciente a una categoría no antitética a la de los actos negociales. Si bien, no faltan autores que niegan la posibilidad de sujeción de los actos de destino de un patrimonio a la revocatoria, considerando que el acto de destinación carecería de la naturaleza negocial —presupuesto necesario para que el acto sea revocable— por ser un acuerdo del órgano administrativo de la sociedad o bien por ser un acto interno de la voluntad de la sociedad y no una declaración de voluntad.

(32) Sobre esto último, DI MAJO, A., *La tutela civile dei diritti*, t. 3, Milano, pág. 27 y sigs.

(33) TOTARO, F., *ib.*, pág. 582.

(34) Sobre el fenómeno del *trust* en general, vid. también, entre otros, *Commercial trusts in European Private Law*, GRAZIADEI, M., MATTEI, U., SMITH, L. (dirs.), BARRIÈRE, F., CÁMARA LAPUENTE, S., *et al.*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; CÁMARA LAPUENTE, S., «Operaciones fiduciarias o *trusts* en Derecho español», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre de 1999, núm. 654, págs. 1757-1865; *Trusts in Spanish Law*, en CANTIN-CUMYN, M. (coord.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires/Trust vs Fiducie in a business context*, ed. Bruylant, Bruxelles, 1999, págs. 191-235; «El *trust* y la fiducia: posibilidades para una armonización europea», en CÁMARA LAPUENTE, S. (COORD.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, págs. 1099-1172; «Elementos para una regulación internacional del *trust*», en CALVO CARAVACA, A. L., AREAL UDEÑA, S. (dirs.), *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, págs. 241-273; «Elementos para una regulación del *trust*», en GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M. (dirs.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Bosch, Barcelona, 2005, III, págs. 523-564; «*Trust* a la francesa: las doce preguntas de siempre y un reto desesperado a la luz de la proposición de Ley de 8 de febrero de 2005 que instituye la fiducie», en *Indret*, 2, 2005, núm. 283, Barcelona, mayo de 2005, págs. 1-41; ARROYO I AMAYUELAS, E., «Patrimonios fiduciarios y el *trust*», en *RCDI*, 2006, págs. 11-62; «¿Y si universalizamos el *trust*, también en Cataluña?», en *El trust en el Derecho Civil*, coord.: ARROYO I AMAYUELAS, Barcelona, 2007, págs. 457-

Las exigencias de los negocios actuales llevan irremediablemente a la necesidad de instituciones dotadas de la máxima flexibilidad; la utilización de fórmulas tradicionales lleva consigo el peligro de la cristalización de las categorías. Pero, para que esto no produzca ningún riesgo, también la defensa de patrimonios autónomos o la defensa del *trust* requieren oportunamente la previsión de adecuadas formas de publicidad. Y mi propuesta redundaría sobre ello. Es decir, la inscripción en el Registro Mercantil de cualquier tipo de explotación agraria es un instrumento más que refuerza el hecho de su unidad y, por lo tanto, una justificada independencia, haciendo más fácilmente asimilable la idea de los patrimonios autónomos y la teoría del *trust* también en este ámbito.

4. La propuesta de inscripción para la empresa agraria con independencia de la forma que se dé a este conjunto patrimonial y del tipo de empresario, es decir, también para la explotación agraria individual, implica dar cuenta de la importancia que radicalmente tiene la inscripción para un colectivo cuya actividad es especialmente trascendente porque forma parte de los aspectos más básicos de la economía de un país; por ello, su publicidad o inscripción reforzaría su trascendencia económica; sin perjuicio, como he dicho, de servir, al mismo tiempo, para hacerse un planteamiento más general.

La interdependencia económica y la evolución han determinado la extensión al empresario agrario y a la empresa agraria de las normas reguladoras del mercado y «el ejercicio profesional de actividades económicas en el mercado» (35), lo que no implica la pérdida de individualidad propia de la actividad agraria. Por las ventajas señaladas que se podrían obtener, sobre todo a efectos de la información que proporciona de cara al impulso de políticas de desarrollo agrario, las empresas o explotaciones agrarias sin forma jurídica específica no deberían permanecer ajenas al fenómeno de la inscripción de su actividad económica. Podría incluso reducirse el coste del arancel si se considerara un gasto más para el agricultor, si se quiere utilizar el coste como razón para mantener la cuestión en el estado actual; en todo caso, no sería suficiente para la obtención de todos los beneficios que se obtendrían de su

492; «¿Por qué el *trust* en Cataluña?», en *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, III Congreso de Derecho Civil catalán, coord.: GARRIDO MELERO/NASARRE AZNAR, 2006, págs. 525-594; MARTÍN SANTISTEBAN, S., *El instituto del trust y su compatibilidad con los principios del Derecho Civil continental*, Navarra, 2005, Thomson Aranzadi, The Global Law Collection; «Loi núm. 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie», en *Anuario de Derecho Civil. Crónica de Derecho Privado Europeo*, 2007, t. LX, fasc. III, págs. 1379-1383; «Trusts in American Law and Some of Their Substitutes in Spanish Law: Part II», en *Trusts & Trustees*, 2007, vol. 13, núm. 7, págs. 242-251; «La legge spagnola di protezione patrimoniale dei soggetti portatori di handicap. Un avvicinamento al *trust*?», en *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, núm. 3, págs. 388-393.

(35) Como dice PANIAGUA ZURERA, M., «Empresa, empresario agrario individual y Derecho Mercantil», en *Rev. de Der. Mercantil*, núm. 238, 2000, pág. 1713.

constancia simplemente favoreciendo o recomendando la inscripción. Y en todo caso, las respuestas a su fomento dependen de los efectos que, a su vez, se deduzcan de la inscripción, de la utilidad conferida al propio sujeto que puede inscribir, pues «la publicidad tiene, en consecuencia, finalidades de tutela refleja sobre el mismo sujeto que de ella se sirve», se le garantiza tener adecuadamente informado al tercero que podría entrar en relación negocial con él de los hechos y actos resultantes del Registro (36). En cuanto a sus costes, la inscripción de la empresa agraria individual no sería necesario practicarla en virtud de documento público, el Reglamento del Registro Mercantil facilita la presentación de los documentos para su inscripción («la inscripción primera del empresario individual, así como la apertura y cierre de sucursales, se practicarán en virtud de declaración dirigida al Registrador, cuya firma se extienda o ratifique ante él o se halle notarialmente legitimada. En el caso del naviero será precisa escritura pública» —art. 93.1 RRM—), la excepción al principio de documentación pública para los empresarios individuales viene reconocida en el párrafo 2.º del artículo 93 del RRM; «la inscripción de las demás circunstancias de la hoja del empresario individual se practicará en virtud de escritura pública, documento judicial o certificación del Registro Civil, según corresponda. La inscripción de la modificación de cualquiera de las circunstancias de la hoja del empresario individual se practicará en virtud del documento de igual clase que el requerido por el acto modificado» (párrs. 2 y 3) (37).

Si este tipo de Registro proporciona un servicio público, si de la inscripción derivan determinadas consecuencias y si por su objeto la información tiene repercusiones económicas, no es tan baladí el hecho de la inscripción obligatoria en el Registro, en toda su extensión subjetiva (38). No creo, en-

(36) RAGUSA MAGGIORE, G., «Imprese soggette a registrazione», en *Diritto fallimentare*, 1994, fasc. 6, parte I, pág. 1060.

(37) También por lo dispuesto en los artículos 45.1, 19.1, 26.3 del Código de Comercio; 17.1, 46, 47, 88 y 108 del RRM.

(38) Recientemente tenemos otra prueba de esta extensión subjetiva: la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, son sociedades profesionales según su artículo 1 «1. Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley. A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional. A los efectos de esta Ley, se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente. 2. Las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las Leyes, cumplimentando los requisitos establecidos en esta Ley. 3. Las sociedades profesionales se regirán por lo dispuesto en la presente Ley y, supletoriamente, por las normas correspondientes a la forma

tonces, que se pueda confiar tanto a la discrecionalidad del empresario. Justamente la disyuntiva que se ha presentado es si las inscripciones son obligatorias y si algunas son facultativas, circunstancia que a lo largo de las diversas reformas se ha decidido de diverso modo en cualquier ordenamiento y, que en estos momentos, en el nuestro, estimo, es una evolución sin finalizar, un ulterior paso puede representar precisamente su extensión obligatoria. El Registro es trascendente porque representa un instrumento de conocimiento legal de actos, hechos o situaciones jurídicas de los empresarios, de los elementos externos y de la organización de la empresa a las que se subordinan las relaciones entre empresarios y terceros.

El artículo 19 del Código de Comercio configura la inscripción como potestativa para los empresarios individuales (39), pero «el empresario individual no inscrito no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil ni aprovecharse de sus efectos legales». El empresario individual, en el contexto de dominio de las sociedades (40), ha perdido importancia potencial, pero no de igual manera en el caso de la explotación individual o familiar agraria. En el primer Código Mercantil la inscripción del comerciante individual fue obligatoria pero no constitutiva; en concreto, sólo accedían al Registro Mercantil los empresarios individuales y las sociedades mercantiles (arts. 16.1 y 2 del Código de Comercio previgente) (41).

social adoptada». «1. Las sociedades constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y a las que les fuera aplicable a tenor de lo dispuesto en su artículo 1.1, *deberán adaptarse a las previsiones de la presente Ley y solicitar su inscripción, o la de la adaptación, en su caso, en el Registro Mercantil*, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de ésta. 2. Transcurrido el plazo establecido en el apartado anterior sin haberse dado cumplimiento a lo que en él se dispone, no se inscribirá en el Registro Mercantil documento alguno. Se exceptúan los títulos relativos a la adaptación a la presente Ley, al cese o dimisión de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores, y a la revocación o renuncia de poderes, así como a la disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores y los asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa. 3. Transcurrido el plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigor de la presente Ley sin que haya tenido lugar la adaptación y su presentación en el Registro Mercantil, la sociedad quedará disuelta de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el Registrador Mercantil los asientos correspondientes a la sociedad disuelta» (Disposición Transitoria primera).

(39) Con excepción del naviero.

(40) Sobre las propuestas de cambio en el ámbito de las sociedades y creación de un tipo especial de sociedad agraria especial, vid. BALLARÍN MARCIAL, A., «Las sociedades agrarias», en vol. col. *Principales novedades legislativas en el régimen jurídico de la actividad agraria*, Logroño, 2007, pág. 123 y sigs. También en *Documentos para un Estudio y Debate para una reforma de la legislación agraria*, dir. por MUÑIZ ESPADA. Actividad del Observatorio de legislación y apoyo al sector agrario, pesquero y alimentario, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino.

(41) Sobre ello, vid. PAZ ARES, C., «La reforma del Registro Mercantil», en *Homenaje a J. Berchmans Vallet de Goytisolo*, Madrid, 1988, vol. VI, pág. 474, nada de objetable tenía este régimen, como explica el autor, dado que entonces, bajo la expresión empresarios individuales y sociedades mercantiles, quedaba englobada la casi totalidad de los sujetos

El Código de Comercio de 1885 tuvo como principal novedad concebir como voluntaria la inscripción del comerciante individual, suprimiendo de la definición de comerciante toda referencia al Registro Mercantil, cualidad que se adquiere sin necesidad de dato formal de la inmatriculación, pero la idea es la estimulación, creyendo en la conveniencia de que todos se inscriban (42). Señalándose ya «que el carácter voluntario de la inscripción en el Registro Mercantil de los empresarios individuales y el cierre del Registro para las sociedades mercantiles que incumplan su obligación de depositar las cuentas en el propio Registro... hace que la función informativa que el Registro Mercantil debe alcanzar respecto a los sujetos que ejercitan la actividad empresarial se consiga de manera incompleta» (43). Quiere decirse, que de alguna manera tendrán que replantearse estos aspectos, pero se tome o no una decisión sobre esto, no pueden dejarse de apuntar los especiales beneficios que se obtendrían para el ámbito agrario en los términos que hemos apuntado.

Y en cuanto a las sociedades agrarias de transformación, como las cooperativas agrarias (44), aunque tienen un registro propio administrativo (44bis), la unidad de tratamiento debería llevar, de igual modo, a su constancia en el Registro Mercantil; lo cual no generaría particulares problemas competenciales si, además, fueran contempladas por este Registro, dados los especiales ob-

operantes en el tráfico. El paso del tiempo y la progresiva innovación y especialización del sistema económico habría de dar lugar a una creciente tipificación, sobre todo en el ámbito financiero; lo que se va resolviendo a través de una creciente legislación especial, esfuerzos luego refundidos, consolidando la generalización del Registro Mercantil.

(42) Sobre las excepciones y el carácter de inscripciones obligatorias respecto de aquellos empresarios individuales cualificados por la importancia de su actividad, vid. OLIVENCIA RUIZ, M., «La inscripción del comerciante individual en el Registro Mercantil», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1950, pág. 93 y sigs.; CASADO URBANO, P., «Sobre la inmatriculación del empresario individual en el Registro Mercantil», en *Estudios Lanzas/Selvas*, 1998, t. II, pág. 1273 y sigs.

(43) SÁNCHEZ-CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Pamplona, 2007, pág. 140.

(44) Sobre éstas, vid. SANZ JARQUE, F., *Manual práctico y estatuto de cooperativas*, Granada, 1995; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «Cooperativas de explotación comunitaria de la tierra», en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario* núm. 34 de 1999, págs. 22 a 31, también en *Actas de las III Jornadas de Derecho Agrario*, Universidad de La Rioja, Logroño, 1998, págs. 29 a 64.

(44bis) El artículo 16 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, sólo contempla también un aspecto muy parcial al señalar que: «1. En el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación se llevará un Catálogo General de Explotaciones Prioritarias, de carácter público, en el que constarán las explotaciones de esa naturaleza sobre las que se haya recibido la correspondiente comunicación de las Comunidades Autonomas. 2. Los titulares de explotaciones prioritarias incluidas en el Catálogo, vendrán obligados a comunicar al órgano competente de la Comunidad Autónoma los cambios que pudieran afectar a su condición de explotaciones prioritarias cuando se produzcan. 3. La inclusión en el Catálogo o la certificación de la Comunidad Autónoma serán los medios para acreditar que la explotación tiene carácter de prioritaria, a los efectos establecidos en esta Ley».

jetivos que con ello se tratan de llevar a cabo (45) (46). Tiene más interés dicha unificación por razones de tipo económico y por los efectos de la inscripción, que, por supuesto, la exigencia de los múltiples registros administrativos para las diversas actividades y además por comunidades autonómicas, como las previsiones contenidas para las explotaciones de animales (art. 38 de la Ley 8/2003, de 28 de abril, de sanidad animal; Real Decreto 479/2004, sobre el registro de carácter nacional); para productos vegetales (art. 6 de la Ley 42/2002, de 20 de noviembre, de sanidad vegetal); para la agricultura y alimentación ecológica (art. 2 de la Ley 10/2006, para Euskadi) o sobre calidad alimentaria (arts. 6 y 46 de la Ley 9/2006, de 30 de noviembre, de Aragón) (47).

En todo caso, para la efectividad de su obligatoriedad, de imponerse, la falta de cumplimiento tendría que comportar una sanción administrativa.

Se revaloriza, así, ya lo hemos dicho, el papel del Registro de empresas «como instrumento de información del mercado, dirigido a poner a disposición de todos los interesados noticias sobre los principales aspectos de cualquier sujeto ejerciente de la actividad empresarial, a los fines de favorecer la certeza de las negociaciones y la seguridad del tráfico jurídico», siendo ambos igual de necesarios para cumplir los objetivos del Registro (48). No es, así, descartable, el papel de la inscripción en el desarrollo hacia la uniformidad entre pequeños empresarios y el empresario comercial, sobrepasando la clásica evolución y la

(45) Una de las principales características con las que se ha ido reformando este Registro es dando entrada al criterio de extensión subjetiva del mismo, la Disposición Adicional cuarta de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, impuso a todas las entidades de cualquier naturaleza jurídica que, sin ser personas físicas, se dediquen al comercio mayorista o minorista, o al ejercicio de las actividades en ella contempladas, la obligación de inscribirse en el Registro Mercantil, así como el depósito anual en él de sus cuentas, siempre que el importe de las ventas en el ejercicio superase una determinada cifra. La Orden del Ministerio de Justicia, de 10 de junio de 1997, regula la inscripción de estas entidades y el contenido de la hoja y las consecuencias del incumplimiento. Y como hemos recordado antes, otra prueba de esta extensión subjetiva viene representada recientemente por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

(46) «El principio de tipicidad no resulta adecuado por lo que se refiere a los sujetos. La enumeración legal y reglamentaria de los sujetos inscribibles deja fuera del Registro a determinadas personas jurídicas que, como consecuencia del ejercicio instrumental de la actividad empresarial, pueden adquirir la condición de empresario. Así, la inscripción en el Registro Mercantil de las asociaciones y de las fundaciones que hayan adquirido esa condición debería haber sido admitida expresamente en beneficio tanto de esos sujetos mercantiles como de los terceros que contratan con ellos», ROJO, A., en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1999, pág. 171.

(47) Puede verse, para estas cuestiones, NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A., «Los agricultores y las formas de la organización de la empresa agraria», en *La explotación agraria. Aspectos administrativos, civiles, fiscales y laborales*, Valencia, 2008, pág. 274; PANIAGUA ZURERA, M., «Empresa, empresario agrario individual y Derecho Mercantil», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 238, 2000, pág. 1689 y sigs.

(48) Con palabras de IBBA, C., «Il sistema della pubblicità d'impresa, oggi», en *Revista di Diritto Civile*, 2005, pág. 591.

gradualidad tradicional en el Derecho Comercial, también existente en algunos aspectos entre empresario comercial y empresario agrario (49).

Hay, no obstante, algunas especialidades que sí deberían ser consideradas, así, en materia de Derecho Concursal. La actual Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, no establece ninguna especificidad al respecto, pero está claro que, por el interés de la actividad que cubre una empresa o explotación agraria, serían necesarios criterios por los cuales, ante determinadas situaciones, no pudiera ser repartible entre los acreedores y fuera mantenida como una unidad (50). En una reforma de la actual Ley concursal habría que pensar en una regulación específica para este supuesto, como lo hacen las legislaciones próximas a la nuestra, valorando sobre todo los mecanismos de solución anticipada: prevención de la crisis antes de que derive en la imposibilidad definitiva e irremediable del deudor del pago de las propias obligaciones. En todo caso, es necesario un proceso concursal o paraconcursal adaptado a las cuestiones agrarias (51).

El artículo 8.5 l.n. 580/1993 italiano generó una disparidad de tratamiento, vinculando una diversidad de efectos, así la inscripción en las secciones especiales reservadas a empresarios agrarios (artesanos, pequeños empresarios y sociedades simples), tiene una eficacia meramente y genéricamente informativa, no, por tanto, la eficacia declarativa propia de las inscripciones en el registro de las empresas en el sentido del artículo 2.193 del Codice Civile: «*I fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione, se non sono stati iscritti, non possono essere opposti ai terzi da chi è obbligato a richiederne l'iscrizione, a meno che questi provi che i terzi ne abbiano avuto conoscenza (2436/2). L'ignoranza dei fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione non può essere opposta dai terzi dal momento in cui l'iscrizione è avvenuta. Sono salve le disposizioni particolari della legge*» (2297).

(49) La diferencia no se justifica tanto por la diversa actividad, explica BELVISO, U., «Il regimen pubblicitario dell'imprenditore agricolo (La riforma d'inizio secolo)», en *Riv. di diritto agrario*, 2002, pág. 10 y sigs., sino que la exoneración de la inscripción estaba destinada respecto de quienes, por su forma empresarial, hacían un recurso muy limitado al mercado, haciendo un tanto innecesaria o inoportuna el hecho de la publicidad. Si bien, la mayor presencia en el mercado del empresario agrario, también del empresario individual, no explica la regulación del legislador en Italia de 1993, que sí prevé la inscripción en el Registro del empresario agrario, pero no la eficacia de la publicidad declarativa, sí querida, sin embargo, por el legislador de 2001. Habría que decir que no es justificable una diversa eficacia según la naturaleza, comercial o agraria, de la empresa.

(50) Artículo 2.221 *Codice Civile. Fallimento e concordato preventivo*. «*Gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti in caso di insolvenza alle procedure del fallimento e del concordato preventivo salve le disposizioni delle leggi speciali*».

(51) «La innegable dimensión procesal del Derecho concursal no puede hacer olvidar que existen situaciones de insolvencia o, al menos, de preinsolvencia que pueden y deben resolverse al margen del proceso a través de convenios extrajudiciales», ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., «La reforma del Derecho Concursal español», en *La Reforma de la legislación concursal*, vol. col., Madrid, 2003, págs. 94, 95, 107. No cabe duda de que los pocos logros que consigue el concurso de cara a la satisfacción de los acreedores como principal objetivo, directa o indirectamente fuerza a concentrar el peso y las expectativas sobre soluciones paraconcursoales y preventivas, si bien éstas tampoco sean sencillas de diseñar. El concurso de acreedores sigue constituyendo un procedimiento largo, complejo y costoso.

El artículo 2 del RRM expresa que el Registro tiene por objeto la inscripción de los empresarios y demás sujetos establecidos por la Ley, y de los actos y contratos relativos a los mismos que determinen la Ley y este Reglamento, a lo que también se refiere su artículo 81; y la tendencia del Registro Mercantil ha sido siempre ampliar su extensión personalista o subjetiva; quiere decirse que no se haría compleja la necesaria obligatoriedad del empresario individual. Se han sucedido diversas reformas y mejoras sobre el Registro Mercantil en el funcionamiento y en el cumplimiento de sus funciones: la presente propuesta significaría un paso más para la mejor realización de sus fines. Se haría un instrumento más válido de la publicidad de determinadas situaciones jurídicas de los empresarios. Ya la reforma mediante la Ley 19/1989 (52), para la adaptación de nuestro ordenamiento a las directivas comunitarias en materia de sociedades, destaca la generalización de la institución registral: se amplía la base subjetiva del registro, aumentándola considerablemente, pues la evolución viene marcada por un mayor refuerzo y generalización acerca de la obligatoriedad de la inscripción, como ha hecho ahora la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

La presentación telemática de los documentos o actos y hechos susceptibles de inscripción, promovido en el ámbito europeo, en virtud de la Directiva 68/151/CE, facilita la ampliación subjetiva del Registro (53).

La extensión de la obligación de inscripción a todos los sujetos que interactúan en el mercado tiende a realizar, efectivamente, como se ha afirmado, un régimen de publicidad omnicomprendivo orientado a otorgar representación completa de todos los hechos y asuntos referidos al ejercicio de la actividad (comercio o agricultura) e independientemente de la clase o dimensión de la empresa. El Registro se convierte, así, en el verdadero «centro administrativo del tráfico mercantil» (54). Ello contribuiría a fomentar el valor empresarial. Si bien, esta función tendría que desarrollarse sobre unos básicos principios europeos uniformizadores.

Las explotaciones agrarias, sean del tipo que sean, no pueden ya permanecer extrañas al fenómeno de la inscripción de la actividad económica; cualquier empresa agraria debe requerir la inscripción y en consecuencia la información y la transparencia.

(52) Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Sociedad Anónima Europea y el Registro Mercantil», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265, 2007, pág. 89 y sigs.; CASERO MEJÍAS, M., sobre «La Ley de responsabilidad limitada de 23 de marzo de 1995», en *La Ley*, 1996, núm. 2, pág. 1323 y sigs., y del mismo autor interesante ver sobre la posterior reforma, en este caso, del Reglamento del Registro Mercantil, vid. «El nuevo Reglamento del Registro Mercantil», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 7, 1996, pág. 71 y sigs.

(53) RAJOY, E., *La calificación registral en el marco de la Unión Europea*, Madrid, 2005.

(54) PAZ ARES, C., «La reforma del Registro Mercantil», en *Homenaje a J. Berchmans Vallet de Goytisolo*, Madrid, 1988, vol. VI, pág. 482.

Pero no se debe inscribir en el Registro quien no tiene la calificación de empresario en cuanto no ejercite la actividad con el carácter de empresa: «la empresa agraria existe y se registra si la actividad resulta organizada a través de una serie continua de actos y de hechos que hacen manifiesta y reconocible la existencia de la empresa» (55) (56).

5. El Decreto Legislativo de 18 de mayo de 2001, n. 228, de «*Orientamento e modernizzazione del settore agricolo a norma dell'articolo 7 della legge* 5 de marzo de 2001, n. 57», completa en Italia un régimen de obligatoriedad de la inscripción con la siguiente redacción: «*L'iscrizione degli imprenditori agricoli, dei coltivatori diretti e delle società semplici esercenti attività agricola nella sezione speciale del registro delle imprese di cui all'articolo 2188 e seguenti del codice civile, oltre alle funzioni di certificazione anagrafica ed a quelle previste dalle leggi speciali, ha l'efficacia di cui all'articolo 2193 del codice civile*».

Antes, la Ley n. 580, de 29 de diciembre de 1993, previó la extensión de la obligación de inscripción en secciones especiales para los empresarios agrarios del artículo 2.135 del *Codice Civile*, para los pequeños empresarios del artículo 2.083 del *Codice Civile* y para las sociedades *semplici*, con diferentes efectos respecto del texto de 2001, aunque superando simples previsiones de anotaciones, y no exento dicho texto de problemas de carácter interpretativo, como se ha reiterado con el nuevo Decreto legislativo. Preci-

(55) Como dice RUGGIERO, A., *Estensione...*, cit., pág. 32.

(56) En cuanto a la noción de empresa en el ámbito comunitario, el 29 de noviembre de 2007 la Corte de Justicia ha vuelto a pronunciarse de nuevo sobre el concepto de empresa (en un proceso de infracción que la Comisión ha abierto contra Italia), y a este particular el tribunal ha contribuido a extender el concepto de empresa, comprendiendo cualquier entidad que ejercita una actividad económica, prescindiendo de su *status* jurídico y de su modalidad de financiación. En la STJCE de 16 de noviembre de 1995, TCJE 1995/205, se plantea «si puede tener la consideración de empresa, a efectos de los artículos 85 y sigs. del Tratado, un organismo con fines no lucrativos que gestiona un régimen de vejez destinado a completar el régimen básico obligatorio, establecido por la ley con carácter voluntario y que funciona, con sujeción a normas establecidas por vía normativa, según el principio de capitalización». El Tribunal ya había declarado que en el contexto del derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende «cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación». Se argumenta que la finalidad de carácter social y las exigencias de solidaridad hacen que el servicio que prestan resulte menos competitivo, pero el mero hecho de que no se persigan fines lucrativos no priva a la actividad «que ejerce de su carácter económico, y que habida cuenta de las características señaladas en el apartado 17, dicha actividad puede dar lugar a conductas que las normas en materia de competencia tiene por objeto reprimir», con lo que puede ser una empresa a los efectos de los artículos 85 y 86 del Tratado. A las especialidades de los servicios sociales y sanitarios y su consideración de empresa a los fines del tratado, puede verse el Libro Blanco sobre servicios de interés general y la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interno.

saba que «la inscripción en las secciones especiales tiene función de certificación anográfica y de publicidad-noticia, además de los efectos previstos por las leyes especiales». Posteriormente, el d.P.R. de 7 de diciembre de 1995, n. 581, dispuso que «el registro de empresas, según el modelo aprobado por decreto del Ministerio de Industria, es único y comprende las secciones especiales», que los empresarios agrarios del artículo 2.135 del *Codice Civile*, los pequeños empresarios del artículo 2.083 del Código Civil y las sociedades *semplici* se inscriben en las correspondientes secciones especiales del registro de empresas. Los cultivadores directos se inscriben en las secciones especiales de los pequeños empresarios. Regulación afectada luego por el d.P.R. de 14 de diciembre de 1999, prescribiendo, simplemente, que se inscriben en una sección especial del registro de empresas los empresarios agrarios del artículo 2.135 del Código Civil, los pequeños empresarios del artículo 2.083 del Código Civil y las sociedades *semplici*. Añadiendo el nuevo texto citado del 2001 la eficacia de la publicidad declarativa, la eficacia, pues, normal de la inscripción, haciéndose central el papel del artículo 2.193 del *Codice Civile* en el ámbito regulador de la eficacia de la publicidad. «Permanece, por tanto, intacta la función del registro de empresas entendido como instrumento de oponibilidad a los terceros de las situaciones inscritas; una función, digamos como inciso, que no contradice sino favorece las más generales finalidades informativas que sostiene el sistema, puesto que el empresario interesado en conseguir el efecto de oponibilidad está obligado a hacer accesible las situaciones que oponer» (57). Lo contrario y el mantenimiento de una desigualdad en los efectos entre ambos colectivos carecía de una buena justificación, afectando «a la capacidad de conciliar el interés del empresario con el del mercado», «el interés a la información del mercado se realiza subordinando a su satisfacción el alcance por parte del empresario de particulares beneficios, como el efecto del conocimiento legal, en ausencia de este beneficio los empresarios no tendrían un particular interés en inscribir» (58).

Por tanto, quien asume la calificación de empresario en el sentido del artículo 2.082 del *Codice Civile* tiene la obligación de inscribirse en una sección del Registro: sea ya un empresario individual o colectivo, grande o pequeño, mercantil o agrícola, público o privado.

La obligación de solicitar la inscripción en el registro de empresas subsiste sólo si el sujeto que ejerce una actividad productiva agrícola reviste la calificación de empresario a los efectos del artículo 2.082 del Código Civil. «El propietario se convierte en empresario cuando organiza la actividad agraria para destinar al mercado los productos que obtiene del cultivo, también

(57) IBBA, C., *Il sistema della...*, cit., pág. 590.

(58) *Ib.*, siguiendo las palabras de G. MARASÁ, en «Il nuovo registro delle imprese: obiettivi, soluzioni, problemi», vol. col., *Il registro delle imprese*, Torino, 1997.

transformándolos y poniéndolos en el comercio. La empresa agraria existe y se registra si la actividad resulta organizada y ejercitada a través de una serie continua de actos y de hechos que hacen manifestarse y reconocer la existencia de la empresa» (59). Se evita para aquéllos que sean sólo simples propietarios u ocasionales productores agrarios. No debe inscribirse en el registro quien no tiene la calificación de empresario agrario, porque ejerce una actividad que no tiene el carácter de empresa.

En la regulación italiana, en la sección especial se sitúan: el pequeño empresario, como comerciantes individuales y el cultivador directo o cultivador personal, el empresario agrario, individual y colectivo, según la definición del artículo 2.135 del *Codice Civile* (60), la *società semplice*, además de las empresas artesanas, y la sociedad *tra avvocati*. La naturaleza de la actividad económica ejercitada, la estructura organizativa adoptada y las dimensiones de la empresa constituyen los presupuestos para pedir la inscripción en una de las secciones del Registro y para establecer los efectos de la inscripción (61) (62).

(59) Ya lo señaló antes RUGGIERO, A., «Estensione della registrazione alla imprese agricole», en *Rivista del Notariato*, 1996, pág. 32.

(60) El artículo 2.135 del *Codice Civile*, que enumera las actividades típicamente y esencialmente agrarias que de por sí califican como empresario agrario a quien la ejerce con un mínimo de profesionalidad, se sustituye por lo siguiente:

«E' imprenditore agricolo chi esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse.

Per coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura ed allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine. Si intendono comunque connesse le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o all'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante 'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità' come definite dalla legge». 2. Si considerano imprenditori agricoli le cooperative di imprenditori agricoli ed i loro consorzi quando utilizzano per lo svolgimento delle attività di cui all'articolo 2.135 del *Codice Civile*, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, prevalentemente prodotti dei soci, ovvero forniscono prevalentemente ai soci beni e servizi diretti alla cura ed allo sviluppo del ciclo biologico».

(61) Vid. RUGGIERO, A., *Estensione...*, cit., pág. 22.

(62) «La extensión en vía hermenéutica de la obligación de inscribir debe, en cualquier caso, perseguirse por el intérprete con extrema cautela, teniendo bien presente el riesgo de introducir elementos de inseguridad incompatibles con el sistema de publicidad mercantil (como de cualquier otro sistema de publicidad declarativa, así privando de significado la garantía ofrecida por la tipicidad)», SCANO, A. D., «Brevi considerazioni sul fondamento e portata del principio di tipicità delle iscrizioni nel registro delle imprese», en *Rivista del Diritto Commerciale*, 2004, pág. 321, refiriéndose al depósito e inscripción de los actos de transferencia de cuotas de Sociedades de Responsabilidad Limitada; RES-

Inicialmente se había exonerado en Italia al agricultor de la inscripción en el registro de empresas, a menos que su actividad agraria se ejercitara mediante una sociedad mercantil; en cuyo caso la obligación de la inscripción respondía a una exigencia de pura forma mercantil, conectada al tipo de organización societaria adoptada; pero, no obstante, la formal vestimenta societaria, la empresa agrícola no estaba sujeta a concurso (63).

Por tanto, el artículo 8 de la Ley de 29 de diciembre de 1993, n. 580, previó que los empresarios agrarios, así como los pequeños empresarios y las sociedades *semplici* se inscribieran en secciones especiales del registro para la finalidad de certificación anagráfica y de publicidad-noticia. El registro de la empresa agraria, en muchos puntos, aparece casi idéntico a la prevista para las empresas mercantiles. La diversidad se reduce, en esta fecha, a un único aspecto: para las explotaciones agrarias la inscripción se exige en una sección especial de registro y tiene valor anagráfico y de pura noticia (64). Para las empresas mercantiles no pequeñas, por el contrario, la inscripción se realiza en la sección ordinaria, y, además del valor informativo, tiene pura eficacia declarativa (65). Las diferentes secciones en el registro determinan unos efectos diferentes: mientras con la inscripción en las secciones especiales se realiza una forma de publicidad-noticia, en la sección ordinaria, reservada a las empresas y sociedades mercantiles, se realiza una publicidad declarativa y en algunos casos constitutiva o incluso sanante (66). El artículo

CIO, G. A.-TASSINARI, F., *La pubblicità commerciale nei paesi dell'Unione Europea*, I, Milano, 2000.

(63) Por esto el legislador de 1942 ya percibía que la empresa agrícola pudiera desenvolverse en sentido mercantilista, RUGGIERO, A., *Estensione...*, cit., pág. 25.

(64) La certificación anagráfica es expresión de la potestad certificante en sentido amplio y relativo, vid. BOCCHINI, E., «Trasparenza e pubblicità nell'attività dell'impresa», vol. IX della *Collana di Studi del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 1996, págs. 21, 45 y sigs.

(65) *Ib.* págs. 18 y 19.

(66) «A diferencia de cuanto sucede para las inscripciones de carácter declarativo, el hecho inscrito en una sección especial no es oponible a los terceros, no obstante su cognoscibilidad. Para hacerlo oponible es necesario procurar al tercero el conocimiento. Esto sucederá presentando un certificado en el que se reproduce el contenido de la inscripción. En consecuencia, respecto de terceros, la eficacia de los actos y hechos sujetos a inscripción anagráfica está condicionada por su conocimiento efectivo. No es suficiente la cognoscibilidad como en el caso de las inscripciones declarativas. Así se explica por qué la existencia y la titularidad de una empresa mercantil, sujeta a inscripción en la sección ordinaria del registro de empresas, puede demostrarse y es oponible a los terceros mediante una simple mirada a la terminal con la cual se asegure que la empresa está inscrita. En este caso la inscripción crea una presunción de conocimiento absoluto, frente a la cual ninguno puede invocar la ignorancia del hecho no inscrito. Lo que no excluye que la inscripción resulte no responder a la verdad... Diversamente la inscripción de la empresa agraria en una sección especial no está acompañada de ninguna presunción legal de conocimiento y en consecuencia es necesario demostrar que el tercero haya tenido pleno conocimiento de la existencia de la empresa. La publicidad noticial en la práctica se identifica con la información, teniendo que procurar un conocimiento efectivo y no legal.

lo 8.5 della legge 580/93 especificaba que la inscripción en el registro de empresas cuando se produce en una sección especial desarrolla una función de certificación anagráfica y de publicidad-noticia, además de los efectos previstos en las leyes especiales (67); la función publicitaria en las secciones especiales no es declarativa sino simplemente noticial. El nuevo texto de 2001 representa, pues, un ulterior desarrollo, al expresar que «*l'iscrizione degli imprenditori agricoli, dei coltivatori diretti e delle società semplici esercenti attività agricola nella sezione speciale del registro delle imprese di cui all'articolo 2188 e seguenti del codice civile, oltre alle funzioni di certificazione anagrafica ed a quelle previste dalle leggi speciali, ha l'efficacia di cui all'articolo 2193 del codice civile*», es decir, los hechos respecto de los cuales la ley determina la inscripción, si no han sido inscritos, no pueden oponerse a terceros por quien está obligado a pedir la inscripción (68).

6. La diferencia entre el empresario agrario y comercial está constituida por el objeto de su empresa; este objeto puede condicionar la composición del patrimonio, pero, no en lo esencial, el modo de organización, desarrollo y gestión. Hoy la empresa agraria tiene todos los títulos para considerarse y ser tratada legislativamente como una verdadera empresa (69), «muy lejana de la visión bucólica del cultivo del suelo y del pastoreo» que parece tener el artículo 326.2 del Código de Comercio, cuando dice que «no se reputarán mercantiles ...las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos de productos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se les paguen las rentas».

¿Pero deben contemplarse en la misma sección registral? Si no hay distinciones, ni secciones, se elimina la doble inscribibilidad; si un sujeto desempeña profesionalmente una actividad de naturaleza agraria, no resultará

Precisamente por esto tiene mayormente necesidad de ser documentada, certificada y comunicada. Se trata de una información sólo cualificada por el hecho de que proviene de un registro público y sobre la base de un procedimiento certificativo». Así, las inscripciones referentes a las empresas agrarias se inscriben en secciones especiales porque se les atribuye un valor jurídico distinto de aquél que se atribuye a la inscripción ordinaria concerniente a las empresas y sociedades mercantiles, la especialidad de estas inscripciones está en la diversidad de los efectos, RUGGIERO, *Estensione...*, cit., págs. 67 y 68.

(67) Vid. en Italia el D.M. de 9 de marzo de 1982, como desarrollo y desenvolvimiento desde los efectos anagráficos a funciones de información y publicidad, que es la misma que el citado texto italiano de 1995 reconoce a las secciones especiales del registro de empresas.

(68) Con el artículo 2 del decreto agrícola se tiene una ulterior erosión, sea limitada, pero no irrelevante, de la diferencia de estatuto jurídico entre esfera agraria y esfera mercantil (CASADEI, E., en *Commentario*, arts. 1 y 2 de *Orientamento e modernizzazione del settore agricolo, a norma dell'art. 7 della legge 5 marzo 2001*, n. 57 (d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228, en *I tre decreti orientamento agricolo*, pág. 740).

(69) Como decía CARROZA, A., «Il registro delle imprese e le imprese agricole», en *Riv. Dir. Agrario*, 1996, pág. 330.

inscrita por otro título en el Registro Mercantil. Cuanto más se quisiera especializar el Registro por secciones, en función de la naturaleza empresarial del sujeto, menos se encontrará preparado para corresponderse con los cambios que sucedan en la agricultura.

Pero, aunque sea necesario simplificar el procedimiento, si hay una sección especial para la actividad agraria, se crearía un registro de la agricultura, incluido en el más amplio sistema general del Registro, que tiene su sentido desde el punto de vista económico y organizativo, y se destacarían las bases para realizar un verdadero estatuto del empresario agrario fundado sobre la información y sobre la transparencia» (70).

Si bien, la empresa agraria ha llegado a coincidir con cualquier otra clase de empresa, entiendo, por el momento, como CARROZZA, que esto no elimina, en cualquier caso, «su prerrogativa de tener un objeto inconfundiblemente típico y tipificante» (71). Y es que su objeto no es un objeto cualquiera: forma parte de la primera cadena de la economía y sirve a las necesidades más básicas del ser humano. Así queda recogido en los artículos 33 y 34 del TCE: «1. Los objetivos de la política agrícola común serán: incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico, asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular, de la mano de obra; garantizar así un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial, mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura; estabilizar los mercados; garantizar la seguridad de los abastecimientos; asegurar al consumidor suministros a precios razonables. 2. En la elaboración de la política agrícola común y de los métodos especiales que ésta pueda llevar consigo, se deberán tener en cuenta:

- a) Las características especiales de la actividad agrícola, que resultan de la estructura social de la agricultura y de las desigualdades estructurales y naturales entre las distintas regiones agrícolas.
- b) La necesidad de efectuar gradualmente las oportunas adaptaciones.

(70) RUGGIERO, A., *Estensione della registrazione...*, cit., pág. 30.

(71) CARROZZA, A., *Il registro delle imprese...*, cit., pág. 332. Expone el clásico contrapunto entre: quienes sostienen la no coincidencia entre las nociones de empresa mercantil y la de la empresa agraria, afirmando, en consecuencia, la autonomía de ésta, autonomía que es fundamental para la existencia misma del Derecho agrario, definido como el Derecho de la empresa agraria. Y la tesis de la oportunidad de equiparar los medios de publicidad de los dos tipos de empresas, relativos a los plenos efectos legales de la inscripción, negando la autonomía de la empresa agraria, sosteniendo que una empresa agraria, en sentido técnico, ni siquiera existe. No es la especie pobre del género empresa. El progresivo avance que se ha hecho hacia una auténtica empresa, con las características y las exigencias de cualquier clase de empresa, no destruye, en cualquier caso, su prerrogativa de poseer un objeto inconfundiblemente típico.

- c) El hecho de que, en los Estados miembros, la agricultura constituye un sector estrechamente vinculado al conjunto de la economía».

Ello justifica las ayudas a la agricultura, que no podrían desaparecer, en cuanto sean el mecanismo de cumplimiento de las prescripciones para tales objetivos. Pero la verdad es que, a este respecto, en Europa últimamente falta claridad a veces sobre los verdaderos objetivos a alcanzar, los Estados asumen en las negociaciones o confrontaciones comportamientos muy ambiguos; a veces no se siente la impresión de que estén realmente vinculados por una responsabilidad y un destino común. Yo observo un cierto clima de tibieza. Sería necesario un debate y una discusión de fondo sobre el camino que debe seguir Europa. Se perdió la oportunidad con la aprobación de los presupuestos 2007-2013, era una oportunidad para ello y por tanto para la definición de los objetivos a alcanzar, sirvió para aportar más dosis de complejidad a la crisis del momento, centrando la cuestión entre J. Chirac, aferrado a los fondos agrícolas, que representan el 43 por 100 de los fondos, y T. Blair, decidido a rechazar una rebaja en su famoso cheque, insistiendo en que cambiase la orientación de la política de gastos y que se adoptasen las prioridades que según él son imprescindibles para la Europa del siglo XXI. En esta disyuntiva debería estar claro que no se puede prescindir de las ayudas a la agricultura, el mercado único abarca la agricultura y el comercio de los productos agrícolas, y en el Tratado de Roma se comprometieron a asegurar el desarrollo racional de la producción agrícola, a garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola mediante el aumento de su renta individual, estabilizar los mercados, garantizar la seguridad de los abastecimientos y asegurar al consumidor suministros a precios razonables (72).

Es más importante que nunca mantener los ideales de la unidad europea y de la convergencia, lo que exigirá grandes sacrificios de los que algunos Estados no parecen muy conscientes.

Tales problemas han sido bien patentes en las consecuencias que ha producido en los mercados agrarios la forma de las ayudas de la PAC a través del Reglamento 1782/2003, instituyendo los derechos al pago único, paradójicamente una de las reformas más importantes introducida desde los orígenes (73); los límites en las cuotas de producción, el desacoplamiento de las

(72) Sobre este tema del presupuesto, una vez más, todo se redujo a una cuestión de falta de voluntad política. Como señaló, un tanto exasperado, el Primer Ministro belga: «el presupuesto del super-Estado europeo que asusta a todo el mundo no excede el 1 por 100 de nuestro PIB y nosotros queremos todavía reducirlo». Y es que sigue persistiendo una gran contrariedad: por una parte se piensa en la unidad y por otra, los Estados cada vez se reconcentran más sobre sí mismos.

(73) Abundante es la bibliografía sobre el tema, entre otras obras podría citarse, BALLARÍN MARCIAL, A., «La agricultura española y la nueva PAC: Propuesta para una agricultura competitiva», en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, núm. 6-7,

ayudas, si bien han reducido el presupuesto, y el fenómeno de los biocombustibles han llevado a Europa, en los momentos actuales, a situarse en niveles de aprovisionamiento de alimentos muy bajos, reflejado en una crisis alimentaria. Haciendo generar también, dicho Reglamento, diferencias en función del tipo de explotación agraria (art. 46, parágrafo 2) (74).

núm. 17, 1990-1991, pág. 55 y sigs.; DE LA CUESTA SÁENZ, J. M., «Las nuevas orientaciones normativas de la PAC», en *Las nuevas orientaciones normativas de la PAC y de la legislación agraria nacional*, vol. col., coord.: DE PABLO CONTRERAS/SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Logroño, 2005, pág. 27 y sigs.; «Algunos problemas jurídico-civiles generados por la ayuda única de la PAC», en *Aspectos de la normativa agraria en la Unión Europea y en América Latina*, coord.: SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Logroño, 2006, pág. 39 y sigs.; «La política agraria común y la aplicación en España del pago único», en *Principales novedades legislativas en el régimen jurídico de la actividad agraria*, vol. col., coord.: SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Logroño, 2007, pág. 21 y sigs.; AMAT LLOMBART, P., «El sistema de ayudas agrarias y el pago único por explotación tras la reforma de la PAC de 2003: análisis jurídico y consecuencias sociales en su aplicación a España», en *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, núm. 46-47, mayo-diciembre de 2005, pág. 9 y sigs.; BIANCHI, D., *La politique agricole commune: toute la PAC, rien d'autre que la PAC*, Bruselas, 2006, pág. 288 y sigs.; DESRIERS, M., «L'agriculture française depuis ans: des petites exploitations familiales aux droits à paiement unique», en vol. col., *L'agriculture nouveaux défis*, París, 2007, pág. 17 y sigs.; BUTAULT, J. P., «La réforme de la PAC de 2003: ère nouvelle ou fin de la pac?», en vol. col., *L'agriculture nouveaux défis*, París, 2007, pág. 153 y sigs.; GABORIAU SORIN, D., *Quel avenir pour les aides directes à l'agriculture européenne?*, París, 2007.

(74) Si bien, la Comisión Europea ha propuesto ya una mayor modernización, simplificación y racionalización de la Política Agrícola Común y la supresión de las últimas restricciones que pesaban sobre los agricultores para ayudarles a responder a la creciente demanda de alimentos. El denominado «chequeo de la PAC» romperá aún más el vínculo entre los pagos directos y la producción y permitirá a los agricultores seguir las señales del mercado en la mayor medida posible. Entre el abanico de medidas propuestas figuran la supresión de la retirada de tierras de la producción y el aumento progresivo de las cuotas de producción lechera, antes de su supresión en 2015, así como una reducción de la intervención en el mercado. Estas modificaciones liberarán a los agricultores de restricciones inútiles y les permitirán maximizar su potencial de producción. La Comisión propone, asimismo, un aumento de la modulación, mediante el cual se reducen los pagos directos a los agricultores y se transfieren esos importes al Fondo de Desarrollo Rural. Esta circunstancia permitirá responder mejor a los nuevos desafíos y oportunidades a los que se enfrenta la agricultura europea, incluido el cambio climático, la necesidad de una mejor gestión del agua y la protección de la biodiversidad.

«El chequeo tiene como principal objetivo permitir a nuestros agricultores satisfacer la demanda creciente y responder rápidamente a las señales que les envía el mercado», ha declarado Mariann Fischer Boel, Comisaria de Agricultura y Desarrollo Rural. «También pretende simplificar, racionalizar y modernizar la PAC y dotar a nuestros agricultores de las herramientas necesarias para hacer frente a los nuevos desafíos, como el cambio climático».

Supresión de la retirada de tierras: La Comisión propone suprimir la obligación de los productores de cultivos herbáceos de mantener un 10 por 100 de sus tierras en barbecho. Esta medida les permitirá maximizar su potencial de producción.

Supresión gradual de las cuotas de producción lechera: Las cuotas de producción lechera desaparecerán completamente en abril de 2015. Para garantizar un «aterrizaje suave», la Comisión propone cinco aumentos de las cuotas anuales del 1 por 100 entre las campañas 2009/10 y 2013/14.

Continuando con esa equiparación a la empresa mercantil, signos de avance hacia la mercantilización o el hecho de que la explotación se acerque progresivamente a la empresa —como las posibilidades introducidas por la

Disociación de la ayuda: La reforma de la PAC introdujo la «disociación» de los pagos directos a los agricultores, es decir, los pagos dejaban de estar vinculados a la producción de un producto concreto. Sin embargo, algunos Estados miembros decidieron mantener algunos pagos «asociados», o sea, vinculados a la producción. La Comisión propone ahora suprimir los últimos pagos asociados e integrarlos en el régimen de pago único (RPU), salvo la prima por vaca nodriza y la prima por ganado ovino y caprino, sectores en los que los Estados miembros podrán mantener los niveles actuales de ayudas asociadas.

Abandono progresivo de los pagos «históricos»: En algunos Estados miembros, los agricultores reciben ayudas cuyo importe se calcula sobre la base de la ayuda de la que se beneficiaron durante un período de referencia. En otros Estados, estos pagos se calculan sobre una base regional por hectárea. Con el tiempo, el modelo «histórico» es cada vez más difícil de justificar, por lo que la Comisión propone que los Estados miembros puedan adoptar un sistema de pagos más uniforme.

Prolongación del RPUS: Diez de los doce más recientes Estados miembros aplican el régimen simplificado de pago único por superficie (RPUS). Está previsto que este sistema desaparezca en 2010, pero la Comisión propone prolongarlo hasta 2013.

Condicionalidad: La ayuda a los agricultores está supeditada al cumplimiento de normas en los ámbitos del medio ambiente, el bienestar animal y la calidad de los alimentos. Los agricultores que no se atienen a las normas se exponen a una reducción de las ayudas. Este sistema, denominado «condicionalidad», se simplificará mediante la supresión de normas consideradas no pertinentes ni vinculadas a la responsabilidad de los agricultores. Se añadirán nuevas exigencias para preservar los beneficios medioambientales de la retirada de tierras de la producción y mejorar la gestión del agua.

Asistencia a los sectores con problemas específicos: Actualmente, los Estados miembros pueden conservar, por sector, un 10 por 100 de sus límites presupuestarios nacionales para pagos directos y destinar esta suma, en el sector en cuestión, a medidas medioambientales o a la mejora de la calidad y la comercialización de los productos. La Comisión quiere flexibilizar aún más esta herramienta. Así pues, estos fondos ya no deberán utilizarse obligatoriamente en el sector del que proceden. Podrán emplearse para ayudar a los productores lácteos o de carne de vacuno, ovino y caprino en las regiones desfavorecidas; también para promover medidas de gestión de los riesgos, como los sistemas de seguro contra las catástrofes naturales o las mutualidades en caso de enfermedades animales; incluso los países que aplican el RPUS podrán recurrir a este mecanismo.

Transferencia de fondos de la ayuda directa al Desarrollo Rural: En la actualidad, todos los agricultores que reciben más de 5.000 euros en ayudas directas ven reducidos estos pagos en un 5 por 100 y dicho importe se transfiere al presupuesto del Desarrollo Rural. La Comisión propone aumentar este porcentaje al 13 por 100 de aquí a 2012. Las grandes explotaciones estarán sujetas a reducciones suplementarias (una reducción suplementaria del 3 por 100 para las explotaciones que reciben más de 100.000 euros, del 6 por 100 para las que reciben más de 200.000 euros y del 9 por 100 para las que reciben más de 300.000 euros). Los fondos obtenidos de este modo podrán ser utilizados por los Estados miembros para reforzar los programas en materia de cambio climático, energías renovables, gestión del agua y biodiversidad.

Mecanismos de intervención: Las medidas relativas al abastecimiento de los mercados no deberían frenar la capacidad de respuesta de los agricultores ante las señales del mercado. La Comisión propone suprimir el mecanismo de intervención para el trigo duro, el arroz y la carne de porcino. En el caso de los cereales forrajeros, la intervención se fijará en cero, mientras que para el trigo panificable, la mantequilla y la leche desnatada en polvo se introducirá un mecanismo de adjudicación.

nueva Ley de orientación agraria francesa de 2006 (75), a través de la creación del *fonds de agricole* (76) y la cesión del arrendamiento rústico— no implica una negación de la especificidad agraria —así se ha mantenido el estatuto del *fermage*, con sus especificidades agrarias, y aquellos instrumentos se presentan sólo con carácter opcional—. En el citado texto italiano de 2001 naturalmente encuentra aplicación, además de las empresas agrarias en sentido propio, también las variadas figuras a ella equiparadas.

Para mí, la identidad no hace imprescindible un tratamiento unitario a efectos de inscripción, el Registro es unitario en su función, pero una distinción respecto de su ubicación quedaría justificada por la especialidad del objeto característico de la empresa agraria y por las ventajas que reporta su ubicación dentro de una misma sección, a efectos de contar con un Registro de empresas agrarias. El hecho de su informatización y, por tanto, la facilidad para encontrar los datos requeridos, no me parece que haga tan injustificable una cierta diferenciación sistemática (77).

Las ventajas del Registro Mercantil como instrumento de la publicidad de determinadas situaciones jurídicas de los empresarios deben extenderse al empresario agrario o a la explotación agraria individual con sus propias especificidades, no simplemente como otra empresa más. La lenta evolución de un reconocimiento expreso de la inscribibilidad de la empresa agraria con sus respectivos efectos similares como para el resto de empresas, como hemos visto en el Derecho italiano, podría explicarse por hacer excesiva la especialidad de la materia agraria, o hacer residir esta especialidad donde no se encuentra.

Limitación de los pagos: Los Estados miembros deberán aplicar un pago mínimo de 250 euros por explotación, o por una superficie mínima de una hectárea, o ambos.

Otras medidas: Una serie de pequeños regímenes de ayuda se disociará y se integrará en el RPU. Tendrá carácter inmediato en el caso del cáñamo, los forrajes desecados, las proteaginosas y los frutos de cáscara. En el caso del arroz, las patatas de fécula y las fibras largas de lino habrá un período transitorio. La Comisión también propone suprimir la prima para los cultivos energéticos. Fuente: http://ec.europa.eu/agriculture/healthcheck/index_fr.htm.

(75) A las que le han precedido la de 5 de agosto de 1960, 8 de agosto de 1962, la de 4 de julio de 1980, 1 de agosto de 1984, 30 de diciembre de 1988, 23 de enero de 1990 y 9 de julio de 1999. Sobre los orígenes y los debates parlamentarios de esta nueva de 5 de enero de 2006, puede verse FOYER, J., «Présentation générale de la loi d'orientation agricole», en *Revue de Droit Rural*, 2006, pág. 13 y sigs.

(76) Sobre las dificultades de orden terminológico de la expresión por su sentido polisémico y confuso por su proximidad a otros términos utilizados ya por el propio *Code rural*, vid. FOYER, J., «Présentation générale de la loi d'orientation agricole», en *Revue de droit rural*, 2006, pág. 17.

(77) Para IBBA, C., «Il sistema della pubblica d'impresa, oggi», en *Revista di Diritto Civile*, 2005, pág. 615, en un registro informático la pluralidad de secciones no tiene ninguna justificación, en un registro cartáceo podría facilitar las operaciones de búsqueda, una vez conocidas la sección en que un determinado sujeto está inscrito. La información del registro, en efecto, permite encontrar rápidamente los datos relativos a cualquier sujeto prescindiendo de su colocación, sin que la colocación facilite la búsqueda.

La especialidad no plantearía problemas de coordinación dentro del Registro. Si el empresario agrario ejercita además con conexión otra actividad, si son actividades conexas se entienden que son también de naturaleza agraria y se encontrarían en relación de complementariedad respecto de aquella actividad agraria esencial que se mantiene como actividad principal. Si el mismo empresario realiza actividades diversas, por ejemplo, inicia una actividad agrícola cuando es ya empresario mercantil y el Registro está dividido en secciones, las dos o varias empresas no pueden confundirse en el plano formal del Registro, al menos que una de ellas absorba por conexión a la otra, pero, siendo la otra actividad de naturaleza mercantil no agraria, es decir, actividades económicas de diversa naturaleza, cada una quedaría reflejada en secciones distintas.

En definitiva, quien asume la calificación de empresario agrario, aunque sea empresario individual, en cuanto ejerce con un mínimo grado de profesionalidad y con una organización idónea una actividad económica de naturaleza agraria, le resultaría muy aprovechable la obligación de inscribirse en el Registro Mercantil. Surgiría tal obligación en el momento que se organiza el ejercicio efectivo de una actividad agraria productiva, no cuando se realizan actos preparatorios con vistas a la nueva empresa. Marcar el momento es realmente complejo, porque la compra de un fundo rústico no significa de por sí la existencia o el inicio de la específica actividad. Ciertamente, los criterios para individualizar el inicio de la empresa mercantil pueden ser genéricos y ambiguos. Identificarlo con el inicio de un ciclo productivo puede comportar el riesgo de dar relieve a la intencionalidad y a la apariencia. Como empresas mercantiles «la obligación surge cuando, llevada a término la organización, la actividad se ejercita ejecutando actos y operaciones que en su conjunto denotan objetivamente y en forma inequívoca la existencia de una empresa agraria» (78).

7. La inscripción sirve para documentar y dar a conocer públicamente y con seguridad jurídica no absoluta la existencia y la identidad de la empresa, el sujeto que la ejerce con la cualidad de empresario, los hechos y los actos más relevantes de su organización, algunos datos significativos de su actividad y los principales cambios que sucedan en el transcurso hasta su cese (79).

La utilidad de las informaciones es referible a una publicidad global, una relación de hechos y actividades relativas al ejercicio de la actividad empresarial y de la dimensión de la empresa. Los actos inscribibles están en función de la clase de sujeto de que se trate. El empresario tiene una hoja personal en el Registro Mercantil donde se contienen todas las inscripciones impuestas por la Ley y el Reglamento del Registro Mercantil (80).

(78) RUGGIERO, A., *Estensione della registrazione...*, cit., págs. 46 y 50.

(79) Sobre el cese, vid. RESCIO, G. A., «La pubblicità delle cessione di azienda: modalità di attuazione ed effetti», en *Rivista Notarile*, 1995, pág. 167 y sigs.

(80) Como indica PAZ-ARES, C., «La reforma del Registro Mercantil», en *Homenaje a J. Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VI, pág. 477, «la tipificación o tipicidad de la

Toda empresa agraria, al inscribirse en el Registro, comunicará todas las noticias de carácter económico-administrativo, como la actividad agraria ejercitada, cubriendo sus especialidades; de ser varias, se designará cuál es la preferente (81); los datos concernientes al trabajo prestado por familiares o terceros, los principales cultivos o crianzas (art. 18 del *regolamento* de 7 de diciembre de 1995, n. 581). Hay que especificar las actividades agrarias principales o secundarias, o aquéllas conectadas a la principal; tipología del terreno para la finca rústica de acuerdo con los datos catastrales, datos sobre los principales cultivos, y clase de crianza de ganado, si a ello estuviera destinada; es decir, se transmitirían las noticias referidas a su actividad económica y a las eventuales modificaciones, con los datos de identidad del empresario, su residencia, identificación de la empresa, centros de dirección —para aquéllas de importantes dimensiones—, actividades conexas y datos fiscales; circunstancias procesales susceptibles de influir sobre la actividad y el patrimonio del empresario afectado, como en las situaciones concursales. Se inscribirán en el Registro los contratos que den lugar a un cambio subjetivo en la titularidad o cotitularidad de la hacienda y de su uso y disfrute, sea que el cambio afecte a la integridad de la *azienda* como a una parte de su actividad (venta, donación, entrega en sociedad, cesión de cuota, constitución de usufructo, concesión de arrendamiento, así como si viene también por disposición de la autoridad judicial). Si la empresa agraria perdiera esta condición y se convirtiera en una empresa mercantil se inscribiría en la sección correspondiente (81bis).

La inscripción inicial debe mantenerse al día, de modo que de tal Registro resulte transparente y conocible su situación real; el Registro debe reflejar la situación real en todo momento (82).

materia inscribible es una exigencia ineludible de la finalidad del Registro. Éste tiene por objeto publicar frente a terceros hechos relevantes».

(81) La transformación de productos agrarios, cuando no está conectada al ejercicio empresarial de una actividad esencialmente agraria constituye sólo una actividad comercial. La explotación agraria constituye un complejo de bienes heterogéneos y cambiantes vinculados y coordinados entre ellos para permitir al empresario ejercitar profesionalmente una actividad agraria.

(81bis) Vid. al respecto también los artículos D.311.4 y D.311.6 del *Code rural* sobre las declaraciones en cuanto a los elementos para la constitución del *fondo agricole*.

(82) Artículo 22. «1. En la hoja abierta a cada empresario individual se inscribirán los datos identificativos del mismo, así como su nombre comercial y, en su caso, el rótulo de su establecimiento, la sede de éste y de las sucursales, si las tuviere, el objeto de su empresa, la fecha de comienzo de las operaciones, los poderes generales que otorgue, el consentimiento, la oposición y la revocación a que se refieren los artículos 6, 7, 8, 9 a 10; las capitulaciones matrimoniales, así como las sentencias firmes en materia de nulidad, de separación y de divorcio; y los demás extremos que establezcan las leyes o el Reglamento.

2. En la hoja abierta a las sociedades mercantiles y demás entidades, a que se refiere el artículo 16, se inscribirán el acto constitutivo y sus modificaciones. La rescisión, disolución, reactivación, transformación, fusión o escisión de la entidad, la creación de sucursales, el nombramiento y cese de administradores, liquidadores y auditores, los poderes

En el Registro Mercantil, por tanto, deben hacerse constar los hechos y actos más relevantes de la organización y actividad de la empresa de modo actualizado: así, los cambios que sucedan a la inscripción, tanto en los elementos identificativos como en sus fines y, cuando cesa definitivamente, debe cancelarse en el Registro, o por haber perdido la calificación de empresario agrario. La cancelación en el Registro podrá pedirse cuando se haya llevado a término la eventual liquidación. Distinto es el caso de la suspensión de la actividad o de que no se cultive durante algunos años.

generales, la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones cuando la entidad inscrita pudiera emitirlos de conformidad con la ley, y cualesquiera otras circunstancias que determinen las leyes o el Reglamento.

3. A las sucursales se abrirá, además, hoja propia en el Registro de la provincia en que se hallen establecidas, en la forma y con el contenido y los efectos que reglamentariamente se determinen».

Artículo 24. «1. Los empresarios individuales, sociedades y entidades sujetos a inscripción obligatoria harán constar en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, el domicilio y los datos identificadores de su inscripción en el Registro Mercantil. Las sociedades mercantiles y demás entidades harán constar, además, su forma jurídica y, en su caso, la situación de liquidación en que se encuentren. Si mencionan el capital, deberá hacerse referencia al capital suscrito y al desembolsado.

2. El incumplimiento de estas obligaciones será sancionado, previa instrucción de expediente por el Ministerio de Economía y Hacienda, con audiencia de los interesados y conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo con una multa de cuantía de 50.000 a 500.000 pesetas».

«Artículo 87 RRM. Contenido de la hoja. En la hoja abierta a cada empresario individual se inscribirán:

1. La identificación del empresario y su empresa, que necesariamente será la inscripción primera.
2. Los poderes generales, así como su modificación, revocación y sustitución. No será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos o de los concedidos para la realización de actos concretos.
3. La apertura, cierre y demás actos y circunstancias relativos a las sucursales, en los términos prevenidos en los artículos 295 y siguientes.
4. Las declaraciones judiciales que modifiquen la capacidad del empresario individual.
5. El nombramiento para suplir, por causa de incapacidad o incompatibilidad, a quien ostente la guarda o representación legal del empresario individual, si su mención no figurase en la inscripción primera del mismo.
6. Las capitulaciones matrimoniales, el consentimiento, la oposición y revocación a que se refieren los artículos 6 a 10 del Código de Comercio y las resoluciones judiciales dictadas en causa de divorcio, separación o nulidad matrimonial, o procedimientos de incapacitación del empresario individual, cuando no se hubiesen hecho constar en la inscripción primera del mismo.
7. Las resoluciones judiciales inscribibles relativas al concurso, voluntario o necesario, principal o acumulado, del empresario individual.
8. En general, los actos o contratos que modifiquen el contenido de los asientos practicados o cuya inscripción prevean las leyes o el presente Reglamento».

Los siguientes artículos se refieren al contenido de la hoja para los casos de la inscripción de las sociedades en general (arts. 94-113 RRM), a las sociedades anónimas (arts. 114-174), sociedades de responsabilidad limitada (arts. 175-208), para las sociedades colectivas y comanditarias simples (arts. 209-215).

Luego, la solicitud de inscripción tiene que ir acompañada de los datos precisos y específicos para hacer posible el control del cumplimiento de las condiciones que lleva aparejada la actividad y de la condición de empresario agrario, con lo cual la solicitud, si fuera incompleta o inexacta, podrá completarse o integrarse con los documentos necesarios. Si el Registrador considerara que lo que se presenta tiene la calificación de empresa mercantil y no específicamente agraria, podrá sugerir al empresario solicitante la petición de su inscripción en la sección correspondiente. Y, si no constituye ni siquiera una empresa, rechazará la inscripción.

La debida información revaloriza el papel del Registro Mercantil como instrumento de información del mercado, al servicio de las exigencias de seguridad, estabilidad y funcionalidad de la actividad social.

También podría destacarse que es necesaria la coincidencia entre los diversos Registros que afecten a la identificación de la finca, como el Catastro, el Registro de la Propiedad, el SIGPAC o el programa Geobase (83); los datos entre ellos tienen que coincidir a los efectos de no causar problemas en los casos fundamentalmente de ventas de la finca rústica; para evitar esto, los datos deberían coincidir con una misma cartografía, ya que en los títulos sólo hay una descripción literal de la finca; para las ayudas de la PAC la cartografía a tomar en consideración es la adoptada por el SIGPAC, la del SIGPAC y la del Catastro es la misma, representando aquélla una cartografía europea, bajo criterios uniformes, por ello los demás registros deberían aprovecharse de esta identidad y coincidencia o uniformidad (84) (85).

8. Por último se podría decir que los efectos derivados del Registro Mercantil redundan sobre los objetivos y las ventajas de la propuesta de obligatoriedad de la inscripción en el caso que vengo apuntando. No sólo es destacable el Registro como instrumento de publicidad, sino también en su eficacia legitimadora: los actos inscritos son oponibles a terceros, incluso de buena fe,

(83) Sobre este sistema puede verse REQUEJO LIBERAL, J., *Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-base)*, Valladolid, 2007.

(84) «Se echa en falta una coordinación con el censo central de empresas que elabora el Instituto Nacional de Estadística, con el que lleva el Ministerio de Hacienda a efectos fiscales y con el de la Seguridad Social... Es lamentable que la sección de Denominaciones de Sociedades y otras entidades que lleva el Registro Mercantil Central esté desconectada con la Oficina Española de Patentes y Marcas. Por otro lado, es preciso alcanzar una coordinación con los Registros de Comercio o de Empresas que existen en todos los Estados miembros de la Unión Europea, con el fin de facilitar el conocimiento los empresarios que operan en el mercado único europeo, finalidad latente desde la primera Directiva Comunitaria en materia de sociedades 69/151/CEE...», SÁNCHEZ-CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Pamplona, 2007, pág. 140.

(85) Sobre la importancia de la delimitación e identificación de las fincas, vid. DELGADO RAMOS, J., «Efectos jurídicos de la delimitación gráfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», en *Notariosyregistradores.com*, diciembre de 2007.

lo que favorece aún más su finalidad informativa: sólo es oponible aquello que es conocible (86).

Con motivo de la reforma de 1989, a través del juego de la buena fe, los datos inscritos sólo prevalecen si son acordes con la apariencia; y los sujetos o actos no inscritos no están sancionados con la inexistencia jurídica ni la inoponibilidad absoluta (art. 21 del Código de Comercio, y art. 9 RRM) (87); asimismo, permite el control de regularidad y legalidad de la situación jurídica de los sujetos obligados a inscribirse (art. 20.1 del Código de Comercio y 7 RRM —regulación de la eficacia de la inscripción—) (88). Así como «les estimula a observar buena fe objetiva (comportamiento acorde con o inscrito) para poder servirse del principio de oponibilidad» (89).

PAZ-ARES subraya la notable potenciación de la protección de terceros que se ha realizado al modificar el régimen de la publicidad registral. Explicando que tradicionalmente vienen distinguiéndose, dentro de la eficacia publicitaria del Registro, dos aspectos fundamentales: por un lado, el aspecto negativo, a

(86) AMORÓS GUARDIOLA, M., *La teoría de la publicidad registral y su evolución*, Madrid, 1998; CAMY, *Derecho Mercantil Registrable*, Pamplona, 1980; CASADO URBANO, P., *Derecho Mercantil Registrable*, Madrid, 1992; FARIAS BATLLE, M., «Realidad del tráfico y Registro Mercantil (algunas reflexiones sobre el principio de inoponibilidad)», en *RCDI*, 1998, pág. 903 y sigs., «la oponibilidad relativa del artículo 21.4 del Código de Comercio es uno de los fundamentos... de que la apariencia (realidad) prevalece sobre el contenido del Registro, ya que éste no es sino un instrumento al servicio de aquélla, pero no la sustituye... ni la subordina»; PAU PEDRÓN, A., «Publicidad del Registro Mercantil», en *EJB*, IV, pág. 5721 y sigs.; del mismo autor, «El Registro Mercantil», en *Leyes hipotecarias y registrales de España*, V-II, Madrid, 1992; SEQUEIRA, «La eficacia de la publicidad registral mercantil (Introducción histórica y Derecho comparado)», en *RCDI*, 1995, pág. 1177 y sigs.; CASERO MEJÍAS, «El nuevo Reglamento del Registro Mercantil», en *RdS* 7, 1996, pág. 71 y sigs.; CHICO, «La publicidad efecto y la publicidad noticia», en *BCNR*, 310, 1994, pág. 851 y sigs.; ESTURILLO LÓPEZ, A., *Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil*, Madrid, 1993; FERNÁNDEZ DEL POZO, *El nuevo Registro Mercantil*, Madrid, 1990; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J., *El Registro Mercantil*, Madrid, 1998; GARCÍA VILLAYERDE, «La forma del Registro Mercantil», en *La Ley*, 1990/2, pág. 1180 y sigs.; GARRIGUES, «El Registro Mercantil en Derecho español», en *RCDI*, 1930, pág. 657 y sigs.; MARASA, G.-IBBA, C., *Il Registro delle imprese*, Torino, 1997, pág. 45 y sigs., IBBA, C., *Il Registro delle imprese e pubblica dichiarativa: principi generali e regole operative*, negli *Scritti in onore di A. Pavone La Rosa*, I, 2, Milano, 1999, pág. 485 y sigs.

(87) Si se alega y prueba que el tercero conocía los actos antes de la publicación o antes de la inscripción, el acto es oponible al tercero desde el momento mismo en que lo hubiese conocido; la oponibilidad desde la publicación tiene como presupuesto la buena fe del tercero.

(88) Sobre la inoponibilidad, vid. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena. La inoponibilidad*, Valencia, 1994; PAU PEDRÓN, A., *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*, Madrid, 2001; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Notas sobre la oponibilidad de los contratos», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, vol. II, Madrid, 1993, pág. 1467 y sigs.

(89) Vid. FARIAS BATLLE, M., «Realidad del tráfico y Registro Mercantil (algunas reflexiones sobre el principio de inoponibilidad)», en *RCDI*, 1998, pág. 903 y sigs., 927 y sigs.

tenor del cual lo que no se haya inscrito en el Registro no perjudica a terceros. En este punto la disciplina experimenta un cambio sustancial. A partir de ahora, en efecto, solamente no perjudica a terceros lo que no se halle publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, aunque se halle inscrito en el Registro (arts. 21.1 del Código de Comercio y 9.1 RRM). Con el cambio introducido por la reforma, el efecto negativo de la publicidad registral no se vincula ya a la inscripción, sino a la publicación. En cuanto al aspecto positivo de la publicidad registral, la inexactitud o invalidez del registro no es oponible a los terceros de buena fe que confiaron en el contenido del Registro (90). Como se ha dicho, la importancia del Boletín Oficial del Registro Mercantil, dentro del nuevo sistema es, sin embargo, máxima, dado que de su publicación dependen los efectos negativos de la publicidad registral (los positivos derivan directamente de la inscripción) (91).

(90) PAZ-ARES, C., «La reforma del Registro Mercantil», en *Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo*, vol. VI, págs. 472, 478, la reforma también ha destacado «el propósito que ha guiado al reformador de ajustar el contenido del Registro a su función publicitaria. En este sentido se ha tratado de hacer coincidir la materia inscribible con la materia sujeta a inscripción, pues sólo respecto de ésta —y nunca respecto de aquella— juegan los efectos negativos de la publicidad registral (a tenor del art. 21.1 del Código de Comercio no deja margen de duda). De ahí que sea tan escaso el número de hechos susceptibles de inscripción sobre los que simultáneamente no pesa la obligación de inscribir... en dicho grupo de casos no puede incluirse la materia inscribible relativa al empresario individual, puesto que aun siendo potestativa la inmatriculación del mismo (art. 19.1 del Código de Comercio), la registración en su hoja de las circunstancias enumeradas por los artículos 22.1 del Código de Comercio y 87 y sigs. RRM resulta obligada»; GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, «La eficacia de la publicidad del Registro Mercantil en la primera Directiva del Consejo sobre sociedades», en *Homenaje a J. Chico y Ortiz*, Madrid, 1995, pág. 1191 y sigs.

(91) Tras las Directivas en materia de sociedades, se obligaba a modificar el momento de producción de efectos de la inscripción en materia de sociedades, a través de un Boletín nacional correspondiente de cada Estado miembro, con lo que se desplazan los efectos de la inscripción hasta la publicación del acto inscribible en sus datos esenciales en dicho Boletín, ampliando los beneficios a favor del tercero de buena fe. A diferencia del originario sistema registral mercantil donde los efectos se producían frente a terceros desde la fecha en que se realizaba la inscripción. Si bien, si la consulta y la gestión del Registro puede hacerse, como sucede, de manera informática y telemática, no me parece tan necesaria la prescripción del transcurso de 15 días desde la publicación en dicho Boletín; sobre las funciones de este Boletín y a este respecto del Registro Mercantil Central y del organismo editor del *Boletín Oficial del Estado* sobre preparación de la publicación, impresión, distribución y difusión, pueden verse los artículos 386, 388, 349, 389, 390 del RRM, pueden verse también los artículos 385, 357, 386, 387, 386, 381 RRM.

La inscripción en el Registro Internacional creado en relación con el Convenio Internacional de la Ciudad de El Cabo de 2001, sobre garantías de bienes de equipo móvil, tiene efectos, no a partir del momento en el que los datos se transmiten o se reciben en el registro internacional, sino desde que la inscripción puede consultarse, y esto también podría ser suficiente para aplicarlo a otros casos, lo explica para aquel supuesto GOODE: *Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et Protocole relatif portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques, Commentaire Officiel*, Roma, 2002, pág. 98, en cuanto esta regla es necesaria para evitar que los terceros sean inducidos a error por una consulta que no da

Junto a la publicidad formal, el Registro cumple una función legitimadora, pues en virtud del artículo 20 del Código de Comercio: el contenido del Registro se presume exacto y válido, y los asientos del Registro producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad. Asimismo, la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes. La declaración de inexactitud o nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme a derecho; y según el artículo 21 del mismo cuerpo legal: los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos. En caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuere favorable. Quienes hayan ocasionado la discordancia estarán obligados a resarcir al perjudicado. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción. Lo que se complementa, en el mismo sentido, con el artículo 9 del RRM sobre oponibilidad, en virtud del cual los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, dejando a salvo los efectos propios de la inscripción. Cuando se trate de operaciones realizadas, dentro de los quince días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos. En caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuere favorable. Quienes hayan ocasionado la discordancia estarán obligados a resarcir al perjudicado. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción (92).

A la vista de todo ello, sobran las razones para defender y proponer la inscripción en el Registro Mercantil de la explotación agraria individual, para

ningún resultado; un intervalo excesivo entre ambos momentos puede generar responsabilidad para el registrador por mal funcionamiento del sistema. Si bien este sistema responde a unos principios diversos del que nos estamos refiriendo, pero respecto de bienes de gran importancia y estrategia económica.

(92) No hace falta añadir que las funciones del Registro hacen referencia no sólo a la publicidad legal, sino también a la legalización de los libros de los empresarios, nombramiento de expertos y auditores, y depósito y publicidad de cuentas —arts. 16 del Código de Comercio y 2.b) del RRM—, haciéndose del Registro, como ha dicho PAZ-ARES, C., *La reforma del...*, cit., pág. 482, «un centro administrativo del tráfico jurídico»; BARRERO RODRÍGUEZ, C., «Un apunte sobre la naturaleza de la función registral y de los procedimientos a través de los que se desarrolla. La conveniencia de un debate», en *RCDI*, 2005, pág. 1195 y sigs.

aquellas empresas agrarias que no revistan una determinada personalidad jurídica. Por esto, mejor que denominarse este Registro Mercantil, debería llamarse Registro de Empresas. Así, el planteamiento tiene una consideración más amplia, de *lege ferenda* cabe que tal Registro sea obligatorio para todos; al hilo de ello, podría pensarse en una modificación de los criterios sobre la inscripción del empresario individual. Sin la inscribibilidad de la explotación agraria no tendremos un análisis correcto sobre las unidades productivas, ni una completa información ni la posibilidad de intervención con medidas mejor orientadas y adecuadas; sin esto, no es posible identificar radicalmente sus problemas y sus necesidades; también para una mejor aplicación en la distribución y orientación de las ayudas comunitarias. Este planteamiento requiere, así, una solución unificada a nivel europeo. La información en sí misma influye en el desarrollo y el crecimiento económico, fomentando el valor empresarial. La misma idea está ínsita en los desarrollos legislativos sobre el uso de las tecnologías. Proporciona un argumento más para defender el *trust* en nuestro ordenamiento. Siendo instrumento de colaboración para otras políticas. Redunda en su utilidad los efectos aportados por el propio Registro Mercantil, sin hacer perder, en ningún momento, la especificidad propia aportada por el elemento de la agrariedad.

RESUMEN

EXPLOTACIÓN AGRARIA

En el presente trabajo se hace una reflexión para intentar de futuro plantearse la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Mercantil también para aquellas explotaciones agrarias que no revistan una determinada personalidad jurídica, pero entren dentro de la calificación de empresa, justificado por las importantes ventajas que de ello se derivarían para la modernización y evolución del Derecho agrario y la agricultura.

ABSTRACT

FARMING

Abstract: This paper deals with the future possibility of considering the mandatory inscription in the Companies Registry also for those agricultural exploitations with no legal personality but that fall into the description of business or businessmen. This proposal is justified due to the important advantages of this proposal for the modernisation and evolution of agricultural law and agriculture itself.

(Trabajo recibido el 12-06-08 y aceptado para su publicación el 10-10-08)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La incidencia de la Ley de Arbitraje en el convenio arbitral de consumo

por

VICTORIA PICATOSTE BOBILLO
Área de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN:

1. LA GRATUIDAD DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.
2. LA DECISIÓN EN EQUITAD Y LA MOTIVACIÓN DEL LAUDO.
3. LA UNIDIRECCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.
4. LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY DE ARBITRAJE.

II. EL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO:

1. ARBITRABILIDAD Y CONVENIO ARBITRAL.
2. LOS LÍMITES A LA ARBITRABILIDAD.
3. LOS SUJETOS LEGITIMADOS.
4. LAS JUNTAS ARBITRALES.

III. EL CONVENIO ARBITRAL:

1. EL CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL DE CONSUMO:
 - 1.1. *Contenido normativo.*
 - 1.2. *La limitación unilateral del convenio.*
2. LA CAPACIDAD Y LA REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES.
3. LA FORMALIZACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL:
 - 3.1. *Momento de perfección.*
 - 3.2. *La oferta pública de sometimiento.*
 - 3.3. *La comunicación de aceptación del arbitraje.*

IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva *Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre* (LA), se dicta con el objeto de dar un salto cualitativo en la evolución de las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Privado y más concretamente de la institución arbitral (1). Para la consecución de este fin, según su propia Exposición de Motivos, se sigue como criterio inspirador la *Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. Pero, de entre las novedades que introduce la LA con respecto a su predecesora, la *Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje* (ALA), este trabajo pretende destacar algunas de las cuestiones que pueden derivarse en el ámbito de la protección de los consumidores. Precisamente, es este uno de los sectores donde el arbitraje, como vía de resolución de conflictos alternativa a la jurisdiccional, ha tenido una importante expansión (2). El punto de partida ha sido el artículo 31 de la *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (LGDCU), en virtud del que «previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito».

Así, este mandato se cumplió con la publicación del *Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, que regula el sistema arbitral de consumo* (RDAC). Además, junto al referido artículo 31 de la LGDCU, no puede olvidarse en este marco el artículo 51 de la CE, cuando insta a los poderes públicos a garantizar «la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos» (3). La LA, por su parte, se refiere expresamente al arbitraje de consumo en su Disposición Adicional Única, estableciendo su aplicación

(1) Cfr. apartado I de la Exposición de Motivos de la LA.

(2) Así se demuestra en la Memoria de 2004 publicada por el Instituto Nacional de Consumo (INC) en su página web (www.consumo-inc.es). Según los datos que se presentan, el número de solicitudes de arbitraje presentadas en las Juntas Arbitrales de Consumo, van desde las 1.474 en el año 1990, hasta las 65.577 en el año 2002. Pero además, también desde el punto de vista del sector empresarial, se observa un progresivo aumento de las empresas y profesionales que se adhieren al sistema arbitral de consumo. Desde el año 2000, en el que había 63.809 empresas adheridas, casi se ha doblado esa cifra en el 2004, con 119.680 Ofertas Públicas de Adhesión emitidas.

(3) Cfr. LORCA NAVARRETE, *La resolución de conflictos en materia de consumo*, San Sebastián, 2001, pág. 131; MARTÍNEZ GARCÍA, *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2002, pág. 62; BONET NAVARRO, «Fuentes y caracteres del arbitraje de consumo», en AA.VV., *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Pamplona, 1997, pág. 59.

supletoria (4); pero además, hay que tener en cuenta el artículo 14 de la LA, que se refiere al denominado arbitraje institucional. Según el apartado 1 de este precepto, «las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a: a) Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia; b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales». En el RDAC se atribuye la administración y gestión del arbitraje a las Juntas Arbitrales, que se constituyen como auténticos órganos administrativos (5), por lo que en principio, no tendrían cabida en los supuestos contemplados por el artículo 14 de la LA. No obstante, es posición pacífica en la doctrina que se puede hablar del arbitraje de consumo como institucional o administrado (6). De hecho, el legislador no ha previsto ninguna prohibición que de forma expresa impida la creación de nuevos entes u órganos de carácter institucional.

1. LA GRATUIDAD DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

Entre las singularidades del sistema arbitral de consumo, se quiere subrayar, en primer término, el carácter gratuito del mismo, que ya lo imponía la ALA en su Disposición Adicional Primera (7). Este principio de gratuidad se plasmó en el artículo 10.1 del RDAC, junto a otros tan esenciales en la legislación procesal como son los principios de audiencia, contradicción e

(4) La redacción literal es la siguiente: «Esta ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho».

(5) Cfr. artículos 3 y 4 del RDAC.

(6) Cfr. GUTIÉRREZ SANZ, «Las Juntas Arbitrales de Consumo», en AA.VV., *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Pamplona, 1997, pág. 77 y sigs.; CUNAT EDO, «Las Juntas Arbitrales de Consumo», en AA.VV., *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, Valencia, 1989, pág. 15; BOLDI RODA, «El arbitraje institucional», en AA.VV., *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, Valencia, 1989, pág. 40; LETE ACHIRICA, «Comentario al artículo 14», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, 2004, págs. 256 y 257.

(7) Exactamente, disponía que: «1. La presente Ley será de aplicación a los arbitrajes a que se refieren la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios; el artículo 34.2 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de ordenación del seguro privado; la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres; y el artículo 143 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en todo lo no previsto en las mismas y en las disposiciones que las desarrollan. No obstante, no será precisa la protocolización notarial del laudo, que se dictará por los órganos arbitrales previstos en dichas normas.

2. Los arbitrajes a que se refiere el párrafo anterior son gratuitos».

igualdad entre las partes (8). No obstante, la LA actual no se refiere al carácter gratuito del arbitraje de consumo, al menos no de forma explícita, y esta ausencia se ha pretendido explicar por un sector de la doctrina argumentando que resulta innecesario un pronunciamiento expreso en el panorama legal vigente (9). Sin embargo, tampoco faltan voces que mantienen la tesis contraria, es decir, consideran que el arbitraje de consumo no tiene por qué ser gratuito, y que, de hecho, la preterición del legislador acerca de este extremo en la LA no ha sido baladí (10). En mi opinión, debe acogerse la primera postura, puesto que, en general, en este tipo de conflictos existe una desproporción entre el ínfimo valor económico de la controversia y el coste de su resolución. Esta realidad provoca que el principio de la gratuidad adquiera un protagonismo importante en el procedimiento arbitral de consumo, hasta el punto de que su ausencia podría llevar a la obsolescencia de este sistema. En cualquier caso, hay que advertir que no siempre esta gratuidad va a ser absoluta, tal y como puede deducirse del artículo 13.3 del RDAC, cuando establece que serán de cargo de la parte los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia suya (11).

También con relación a la ALA, ya se advertía por la doctrina la desaparición de la gratuidad, tanto en el caso de que se instara la ejecución del laudo, como si se pretendiera su nulidad (12), puesto que se exigía en su artículo 51 la intervención de abogado y procurador para la tramitación del recurso de anulación. Sin embargo, esta afirmación puede ponerse en duda con la nueva LA, que omite toda referencia a la postulación al regular la acción de anulación (13). Puede interpretarse este silencio del legislador precisamente como una exclusión tácita del requisito que se contenía en la ALA. En mi opinión, no resulta razonable que eximiéndose en los juicios verbales

(8) Según la redacción literal de este precepto: «El procedimiento arbitral de consumo comenzará con la designación del Colegio Arbitral, ajustándose, en todo caso, a lo dispuesto en este Real Decreto, con sujeción a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad».

(9) Cfr. LETE DEL RÍO/LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones*, vol. II, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 836; MATEO SANZ, «Comentario a la Disposición Adicional Única», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, 2004, pág. 764.

(10) Cfr. LA MONEDA DÍAZ, «La nueva Ley 60/2003, de Arbitraje, y su incidencia en el Sistema Arbitral de Consumo», en *La Ley*, 2004, pág. 4; FLORENSA I TOMÁS, *Prólogo. El arbitraje de consumo*, Valencia, 2004, págs. 14 y 15; DÍAZ ALABART, «El arbitraje de consumo y la nueva Ley de Arbitraje», en *AC*, 2005, pág. 1293; también, GARBERÍ LLOBREGAT, «Cuestiones problemáticas del procedimiento arbitral de consumo», en *AJA*, 2003, pág. 5.

(11) Así, establece que: «Los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia de parte serán sufragados por quienes las propongan y las comunes por mitad, salvo que el Colegio Arbitral aprecie, en el laudo, mala fe o temeridad en alguna de las partes, en cuyo caso podrá distribuir en distinta forma el pago de los mismos».

(12) Cfr. LETE DEL RÍO, «Arbitraje de consumo», en *AC*, 1998, pág. 715.

(13) Cfr. los artículos 40 y sigs. de la LA.

de menor cuantía la comparecencia por medio de abogado y procurador (14), sí se imponga esta obligación para el ejercicio de la acción de anulación. Especialmente cuando el laudo se hubiera dictado en el marco del arbitraje de consumo, la controversia no será por lo general muy compleja y los intereses en juego no suelen tener tampoco una gran trascendencia económica. Sin embargo, una parte importante de la doctrina mantiene la tesis contraria, y aun cuando la propia LA se remite en materia de anulación a la regulación prevista para el juicio verbal (15), considera que esta remisión debe entenderse limitada a la tramitación procedimental y no como una equiparación de carácter absoluto (16).

En lo que respecta a la ejecución del laudo, la cuestión no resulta menos problemática. El artículo 539.1 de la LEC dispone que no será necesaria la intervención de abogado y procurador para instar la ejecución de las resoluciones que hubiesen sido dictadas en procesos donde no fuese obligatoria la postulación. La duda que surge es si puede considerarse el procedimiento arbitral como un verdadero proceso, equivalencia que no es admitida con carácter general por la doctrina (17). Por lo tanto, si se exige que el ejecutante y el ejecutado estén dirigidos por letrado y representados por procurador, la deseable gratuidad del procedimiento arbitral de consumo se vería nuevamente comprometida. Por ello, se entiende que sería más adecuada una regulación que consintiera la adaptación de esta exigencia a las especialidades propias del arbitraje de consumo, principalmente la escasa cuantía de los asuntos que se conocen a través de este procedimiento (18).

2. LA DECISIÓN EN EQUIDAD Y LA MOTIVACIÓN DEL LAUDO

Una segunda característica del arbitraje de consumo que conviene subrayar en este momento, es que la resolución del conflicto va a ser como regla general en equidad. Así se deduce del artículo 11.3 del RDAC, cuando exige

(14) Cfr. artículos 23.2.1.º y 31.2.1.º de la LEC.

(15) Cfr. artículo 42 de la LA.

(16) Cfr. BARONA VILAR, «Comentario al artículo 42», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, págs. 1458 y 1459; en un sentido similar se pronuncia SAMANES ARA, «La acción de anulación contra el laudo arbitral de consumo a la luz de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje», en CC, 2005, pág. 45; SEGOVIANO ASTABURUAGA, «Comentario al artículo 42», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, 2004, pág. 672.

(17) Cfr. TORIBIOS FUENTES, «Comentario al artículo 44», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, 2004, pág. 713; TOMÁS Y TÍO, «Repercusiones jurisdiccionales del arbitraje de consumo: el laudo», en AA.VV., *Perspectiva jurídica del arbitraje de consumo*, Valencia, 1989, pág. 119.

(18) Cfr., en el mismo sentido, COLMENERO GUERRA, «La ejecución forzosa de los laudos arbitrales», en AA.VV., *La ejecución civil*, Madrid, 2005, págs. 429 y 430.

que «si las partes optasen expresamente por un arbitraje de derecho, los miembros del colegio arbitral deberán ser abogados en ejercicio». Esta declaración también se contenía, con carácter general, en el artículo 4.2 de la ALA, según el que «en el caso de que las partes no hayan optado expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros resolverán en equidad». La nueva LA invierte esta regla y en su artículo 34 dice que los árbitros «sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello». Esta novedad podría justificar una reinterpretación del RDAC, a la luz de la nueva norma, estimando como regla general la decisión en derecho, salvo que las partes dispusieran otra cosa.

No obstante, a mi juicio, no cabe duda de la conveniencia de mantener la decisión en equidad para el arbitraje de consumo (19), y así parece entenderlo también el legislador cuando señala en la Disposición Adicional única de la LA que: «esta ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la LGDCU, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho» (20). Aunque la mayoría de los autores admiten la decisión en equidad como la más adecuada para el arbitraje de consumo, se echa de menos, en general, una pronunciación expresa al respecto (21). Ahora bien, pueden extraerse además otras consecuencias a la vista del citado artículo 11.3 del RDAC, puesto que, repitiendo el privilegio gremial que acogía la ALA (22), exige que cuando «las partes optasen explícitamente por un arbitraje de derecho, los miembros del Colegio Arbitral tengan la condición de abogados en ejercicio». Este requisito se atenúa en la LA, pues permite en su artículo 15 un acuerdo expreso en contrario (23). Podría entenderse que el pacto en virtud del que se prescinda de esta condición para ser miembro de un tribunal arbitral, será válido ahora también en el arbitraje de consumo (24).

Además de esta cuestión, la discordancia entre el RDAC y la LA vuelve a manifestarse en lo que respecta a la motivación de la decisión arbitral. En el artículo 16.2 del RDAC, parece que sólo se exige la motivación del laudo

(19) Cfr., en este sentido, MARÍN LÓPEZ, «Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas», en *RDP*, 2006, pág. 56.

(20) Cfr. DÍAZ ALABART, *loc. cit.*, pág. 1292. Esta autora, amén de denunciar esta cuestión de carácter formal, aplaude la decisión del legislador sobre el fondo. Esto es, la de mantener el arbitraje de equidad para el sistema arbitral de consumo.

(21) Cfr. PALAO MORENO, «Comentario a la Disposición Adicional», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre*, Barcelona, 2004, pág. 1635; ABELLÁN TOLOSA, «El sistema arbitral de consumo», en AA.VV., *Derecho Privado de consumo*, Valencia, 2005, pág. 591; LA MONEDA DÍAZ, *loc. cit.*, pág. 2.

(22) Cfr. artículo 12.2 de la ALA.

(23) Concretamente, dispone que: «En los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad de acuerdo con el artículo 34, se requerirá la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario».

(24) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, pág. 31, quien niega esta posibilidad.

cuando la cuestión litigiosa se tenga que fundar en normas jurídicas (25). Nuevamente, la razón de esta disposición se encuentra en la ALA, ya que el RDAC copia prácticamente el artículo 32.2 de aquella norma (26). En la LA no se condiciona la exigencia de motivación a que el arbitraje sea en equidad o en derecho, limitándose a decir en el apartado 4.º del artículo 37, que «el laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior». Los dos supuestos excepcionales que se recogen, que el laudo sea conciliatorio o que las partes hayan convenido otra cosa, no son más que manifestaciones de la autonomía de la voluntad de las partes, que de hecho juega un papel protagonista en la nueva regulación del arbitraje (27). En todo caso, se valora positivamente la extensión de la exigencia de motivación también a los laudos que se dicten en el marco del sistema arbitral de consumo, sean en equidad o en derecho.

3. LA UNIDIRECCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

De la regulación que contiene el RDAC se deduce una característica principal del arbitraje de consumo, como es su carácter unidireccional. En su artículo 2.1 establece que «el sistema arbitral de consumo tiene como finalidad atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación a sus derechos legalmente reconocidos, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial». También se observa este sentido unidireccional en su artículo 5, cuando dice que serán «los consumidores y usuarios quienes presentarán personalmente o a través de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, las solicitudes de arbitraje, ante la Junta Arbitral de Consumo que corresponda, según lo previsto en el artículo 3, por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, siempre que se garantice su autenticidad». En la doctrina se discute la necesidad de este requisito y, frente al argumento del necesario amparo a la parte más débil, que justificaría la unidireccionalidad sin reservas en el arbitraje de consumo, se opone la existencia de normas sustantivas y adjetivas que aseguran esa protección (28). Una cuestión distinta sería si el carácter unidireccional del arbitraje de consumo

(25) Cfr., la redacción literal del artículo 16.2, que establece: «El laudo será motivado cuando el Colegio Arbitral decida la cuestión litigiosa con sujeción a derecho».

(26) La letra exacta del artículo 32.2 de la LA de 1988, dice que: «el laudo será motivado cuando los árbitros decidan la cuestión litigiosa con sujeción a Derecho».

(27) Cfr. MALUQUER DE MOTES I VERNET, «Ámbito de aplicación», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, 2004, pág. 47.

(28) Cfr. LORCA NAVARRETE, cit., pág. 99.

ha de referirse solamente al inicio del procedimiento, o también debe desplegar sus efectos una vez puesto éste en marcha. Aceptar esta última tesis significaría impedir la reconvencción por la parte reclamada, una consecuencia que, en mi opinión, resulta ciertamente excesiva, especialmente si se cumplen, en todo caso, los principios de igualdad, audiencia y contradicción entre las partes (29).

La admisión de la reconvencción en el marco del sistema arbitral de consumo insiste en la aproximación cada vez mayor de la institución arbitral a la jurisdicción ordinaria y el consiguiente alejamiento de los denominados métodos extrajudiciales de solución de controversias. Si se observan las líneas rectoras de la política comunitaria en esta materia, llama la atención la exclusión del arbitraje del ámbito de aplicación del Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, aprobado por la Comisión Europea el 19 de abril de 2002 (30). Esta exclusión responde, precisamente, a la consideración del arbitraje como un método de resolución más cercano al jurisdiccional que a las modalidades alternativas en que interviene un tercero para lograr una solución de mutuo acuerdo por las partes del conflicto (31).

4. La aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje

Para completar esta introducción, cumple destacar que la LA declara en su artículo 1.3, que su regulación «será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes». En la Disposición Adicional única, reitera su carácter supletorio respecto del arbitraje de consumo ya de modo específico, al igual que hacía su antecesora (32). De ahí, que sean numerosas las remisiones que de forma expresa hace el RDAC a la regulación general (33) y, aun cuando no se haga referencia explícita, deberá acudir a la LA en los extremos en que la regulación del RDAC resulte insuficiente. Esta complementariedad de la LA, con respecto al arbitraje de consumo, habrá de tenerse en cuenta en el desarrollo de este trabajo, puesto que las novedades que se

(29) Cfr., en el mismo sentido, DÍAZ ALABART, *loc. cit.*, pág. 1294; MUERZA ESPARZA, «Ámbito de aplicación del sistema arbitral de consumo», en AA.VV., *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Pamplona, 1997, pág. 69, quien admite la posibilidad que tiene el reclamado de reconvenir, pero sólo una vez iniciado el procedimiento por el consumidor. En contra, cfr. GUTIÉRREZ SANZ, *cit.*, pág. 93, aunque reconoce que en la práctica se está admitiendo esta actuación.

(30) COM (2002) 196 final.

(31) Cfr. GONZÁLEZ LECUONA, «El sistema arbitral español de consumo en el marco normativo de la Unión Europea», en *La Ley*, 2004, pág. 3.

(32) Cfr. la Disposición Adicional 1.ª de la ALA.

(33) Cfr., por ejemplo, los artículos 11.6 y 17.2 del RDAC.

introducen por la LA van a ordenar muchas veces una reinterpretación del RDAC a la luz de la nueva regulación.

II. EL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE DE CONSUMO

1. ARBITRABILIDAD Y CONVENIO ARBITRAL

En realidad, en este apartado se persigue acotar el ámbito sobre el que puede proyectarse la institución arbitral, tanto desde una perspectiva material como subjetiva. En ambos casos, suele partirse de una identificación entre lo que podría denominarse el bloque de arbitrabilidad y el contorno que resulta del convenio pactado entre las partes. Para explicar esta confusión, hay que acudir, en primer lugar, a la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado (LADP), de 22 de diciembre de 1953, donde se distinguían dos momentos en la formalización del contrato arbitral que se plasmaban, a su vez, en dos instrumentos separados: un contrato preliminar y un contrato de compromiso posterior. Sería en el momento de perfeccionarse este último, una vez surgida la controversia, en donde se podría exigir que la materia de que se tratara fuese de libre disposición para las partes, de modo que faltando ese requisito, no se formalizaría el contrato arbitral (34). Por su parte, la ALA decía en su artículo 1, que «mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho». En vez de definir la institución arbitral, por tanto, se limitaba a establecer en este precepto los requisitos de la arbitrabilidad (35), y con la referencia al convenio previo, no se hacía más que contribuir a la equiparación entre arbitrabilidad y convenio arbitral, cuando los requisitos exigibles en uno y otro caso no son idénticos (36).

De ahí, que al tratar el tema de la capacidad para celebrar el convenio arbitral, suele afirmarse que la capacidad de obrar deberá ir acompañada de la libre disposición de las partes sobre la materia controvertida. Sin embargo, ya se ha advertido por algunos autores que la libre disposición no es una cuestión que deba ser estudiada con la capacidad (37), puesto que se incardina en el denominado aspecto subjetivo de la arbitrabilidad. Así, se exige

(34) Cfr. LETE DEL RÍO, *Derecho de Obligaciones* —vol. III—, Madrid, 2003, pág. 549; GARCÍA RUBIO, «El Convenio Arbitral en la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», en *RCEA*, 1988-1989, pág. 83.

(35) Cfr. PERALES VISCASILLAS, *Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley 60/2003, de arbitraje y derecho societario*, Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 32.

(36) Cfr. PERALES VISCASILLAS, cit., pág. 31.

(37) Cfr. VERDERA SERVER/ESPLUGUES MOTA, «Comentario al artículo 9», en *AA.VV., Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, pág. 327.

que la persona que inste el arbitraje sea titular del derecho que sirve como fundamento de su pretensión, y será su condición de titular la que le legitima para pedir una consecuencia determinada (38). Esta exigencia no debe confundirse con los requisitos de capacidad exigidos para la validez del convenio arbitral, que serán objeto de tratamiento más adelante. Por el momento, basta con destacar dos premisas fundamentales que habrán de concurrir en todo caso para que este contrato produzca sus efectos. Por un lado, la capacidad de obrar y, por otro, la identidad necesaria entre los sujetos intervinientes en el convenio y los que deberán acatar la solución de los árbitros (39).

La separación entre la arbitrabilidad y el ámbito del convenio arbitral se pone claramente de manifiesto en materia de nulidad del laudo. La acción de anulación se regula en los artículos 40 y siguientes de la LA, y es concretamente en el artículo 41 de la LA donde se recogen, con carácter tasado, los motivos por los que se puede instar la acción de anulación. A los efectos que interesan a la exposición, hay que fijarse en la letra e) de este precepto, ya que se establece que «el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje». Es decir, el laudo que se dicte sobre cuestiones no arbitrables será susceptible de anulación. En la letra c) señala como otro motivo distinto de anulación: «que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión», con lo que se está refiriendo claramente a los límites impuestos por el convenio arbitral suscrito entre las partes del procedimiento arbitral (40).

2. LOS LÍMITES A LA ARBITRABILIDAD

La LA dispone en su artículo 2 que «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». Tal y como reza su propia Exposición de Motivos, la nueva norma señala las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como ya lo hacía su predecesora (41). No obstante, añade que por razones de política jurídica podrán excluirse cuestiones respecto de las que, aun siendo disponibles para las partes, se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. En este sentido es en el que debe interpretarse la referencia del artículo 2.1 de la LA a las materias que sean susceptibles de arbitraje conforme a derecho.

(38) Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, «Comentario al artículo 29», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, págs. 1006 y 1007.

(39) Cfr. PERALES VISCASILLAS, cit., pág. 32.

(40) Cfr. LETE ACHIRICA, «Comentario a los artículos 40 y 41», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, 2004, págs. 658 a 661.

(41) Cfr. artículo 1 de la ALA.

Se ha señalado, precisamente, que este inciso altera la identificación absoluta de la arbitrabilidad con la libre disposición de la materia por las partes (42). La LA sólo exceptúa formalmente de su ámbito de aplicación los arbitrajes laborales (43), como ya lo hacía también su antecesora (44). Desde luego, la nueva norma contiene un enunciado tan amplio que cabría hablar incluso de una presunción de arbitrabilidad (45).

Ahora bien, aun reconociendo la clara voluntad del legislador de favorecer el arbitraje, conviene sentar algunos criterios que permitan al menos perfilar cuáles pueden considerarse materias disponibles conforme a derecho. Para ello, hay que partir de la terminología que emplea la norma legal y que adolece de una clara imprecisión, puesto que las materias en sí no son indisponibles, sino que se está refiriendo a los derechos. De este modo, cabe afirmar que siempre que exista un verdadero derecho subjetivo será disponible por su titular (46). Pero además de esta exigencia, hay que fijarse en el resultado que se procure en el procedimiento, puesto que si la consecuencia pretendida pudiera ser obtenida de modo particular sin necesidad de una actuación judicial en la que se dicte sentencia, es lógico que pueda deducirse en un procedimiento arbitral (47). En cualquier caso, será el legislador quien, en función de esa necesidad, requiera la intervención del Ministerio Fiscal o deje, en caso contrario, libertad a los particulares para decidir sobre la incoación del procedimiento (48).

En lo que respecta al arbitraje de consumo, el artículo 2.2 del RDAC copia aquellas materias excluidas del arbitraje en la ALA (49), estableciendo que «no podrán ser objeto de arbitraje de consumo las siguientes cuestiones: a) Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva (50), salvo los aspectos derivados de su ejecución; b) Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición; c) Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos;

(42) Cfr. SANCIÑENA ASURMENDI, «Comentario al artículo 2», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, 2004, pág. 65.

(43) Cfr. artículo 1.4 de la LA.

(44) Cfr. artículo 2.2 de la ALA.

(45) Cfr. PERALES VISCASILLAS, cit., págs. 19 y 20.

(46) Cfr. MONTERO AROCA/ESPLUGUES MOTA, «Comentario al artículo 2», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, págs. 116 y 117.

(47) Cfr. MONTERO AROCA/ESPLUGUES MOTA, cit., pág. 118 y sigs.

(48) Cfr. MONTERO AROCA/ESPLUGUES MOTA, cit., pág. 120.

(49) Cfr. artículo 2.1 de la ALA.

(50) Cfr. MARÍN LÓPEZ, «Objeto y límites del arbitraje de consumo», en CC, 2005, pág. 157. Como aclara este autor, el Real Decreto habla indistintamente de resoluciones firmes y definitivas, cuando en realidad sólo quiere referirse a las primeras, esto es, a aquellas resoluciones que ya no admiten ningún recurso ulterior.

d) Aquéllas en las que concurren intoxicación, lesión, muerte o existan indicios racionales de delito» (51). A la vista de este precepto, no parece que se planteen muchos problemas de compatibilidad del RDAC con el enunciado de la nueva LA (52). Únicamente, eso sí, sería recomendable, a mi juicio, una interpretación restrictiva de las exclusiones contenidas en el RDAC.

En relación con la disponibilidad de los derechos por las partes, se quiere apuntar una cuestión que resulta, por lo menos, curiosa. Es común que las normas de protección de los consumidores declaren la irrenunciabilidad de los derechos que en ellas se reconocen. El artículo 2.3 de la LGDCU declara, con carácter general, que «la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula». La referencia al carácter previo de la renuncia hace que el ámbito de materias disponibles varíe según el momento en que se pretenda celebrar el convenio arbitral. Si esto sucede, una vez surgida la controversia, el consumidor sí podrá disponer de los derechos que la ley le otorga para hacer frente a la situación que provoca el litigio (53).

3. LOS SUJETOS LEGITIMADOS

Puede afirmarse que, según la legislación vigente, no todos los consumidores van a tener los mismos derechos (54). Este hecho trae su causa de la inexistencia de un concepto de consumidor unívoco en las distintas leyes dictadas en transposición de las Directivas Comunitarias de protección de los consumidores. En primer lugar, hay que decir que la ALA, en su artículo 1, hacía referencia explícita a las personas, tanto físicas como jurídicas, como sujetos legitimados para ser parte en el arbitraje. La LA actual, sin embargo, no contiene referencia alguna sobre este extremo. El RDAC no hace tampoco

(51) Cfr. artículo 31.1 de la LGDCU.

(52) Cfr., sobre esta cuestión, MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Objeto...», pág. 156. Según este autor, la declaración abierta de la nueva Ley sobre las materias arbitrables no afecta en nada a la letra del RDAC.

(53) Cfr. en relación con esta cuestión, el artículo 9.º de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que modifica el artículo 31 de la Ley de defensa de los consumidores, adicionándole un nuevo apartado, según el que: «Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico. Los convenios arbitrales pactados, contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente, serán nulos». En la propia Exposición de Motivos de esta Ley, se señala que con esta previsión «se garantiza la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente».

(54) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Objeto...», pág. 154.

alusión expresa a la legitimación de las personas jurídicas para ser parte en el arbitraje. Ante este hecho, es lógico acoger la definición que contiene el artículo 1.2 de la LGDCU, en virtud del que serán consumidores «las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden».

Pero a pesar de que no en pocas ocasiones, las leyes de transposición de las Directivas Comunitarias se remiten al concepto de consumidor contenido en la LGDCU (55), no siempre sucede así (56). En este orden de cosas, puede traerse a colación la definición de consumidor que contiene la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados. En su artículo 2 dispone que «a los efectos de esta Ley, será consumidor o usuario cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario». De modo que los derechos que se conceden en esta norma podrán ser reclamados por la vía del arbitraje de consumo por cualquier persona que cumpla las condiciones previstas en la misma, aun cuando no coincidieran con la definición contenida en la LGDCU (57).

Por otro lado, es preciso hacer una breve advertencia en lo que respecta a la legitimación de las Asociaciones de Consumidores para ser parte activa en el procedimiento arbitral. Es cierto que el artículo 11.1 de la LEC dispone que «sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, legalmente constituidas, estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios». Cosa distinta es la facultad que les concede en su artículo 5 el RDAC, de actuar como representantes de los consumidores en el arbitraje de consumo (58). Esta diferencia de tratamiento se tiene en cuenta ya en el artículo 20.1 de la LGDCU, cuando dispone que «las Asociaciones de Consumidores y Usuarios se constituirán con arreglo a la Ley de Asociaciones, y tendrán como finalidad (...) representar a sus asociados y ejercer las corres-

(55) Cfr. el artículo 1.1 de la Ley de 21 de noviembre, de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; el artículo 1.1 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas; o el artículo 1 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

(56) Cfr. el artículo 1.2 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

(57) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Objeto...», pág. 154.

(58) Según este precepto: «Los consumidores y usuarios presentarán personalmente o a través de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, las solicitudes de arbitraje, ante la Junta Arbitral de Consumo que corresponda, según lo previsto en el artículo 3, por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, siempre que se garantice su autenticidad».

pondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios (...). No obstante, sólo puede admitirse la intervención en el marco arbitral de consumo como representantes del consumidor reclamante» (59). Por tanto, sin perjuicio de la legitimación que como se ha expuesto, les reconoce la propia LEC, la salvedad que se contiene en el artículo 20.1 *in fine* de la LGDCU, viene dada por la inadecuación del sistema arbitral de consumo para conocer de las acciones colectivas (60). Por ello, debe excluirse el ejercicio de las acciones de cesación para detener comportamientos lesivos de los intereses de los consumidores, así como impedir la reiteración futura de ese comportamiento. Lo mismo puede decirse respecto de las acciones de reparación de daños colectivos y difusos (61).

Para continuar delimitando el ámbito del arbitraje de consumo, hay que añadir otra restricción que afecta a las personas que pueden estar legitimadas pasivamente en el procedimiento arbitral. El artículo 4 del RDAC, en su letra *a*), permite deducir que los convenios arbitrales que se realicen al amparo de esta norma serán aquellos formalizados entre los consumidores y quienes produzcan, importen o suministren o les faciliten bienes y servicios (62). Los sujetos legitimados pasivamente serán por tanto, todos aquellos profesionales que contraten con un consumidor (63). También se deduce esta exigencia de otros preceptos del RDAC, que al hablar del reclamado suelen referirse a las empresas o entidades (64), o a las organizaciones o sectores empresariales (65). En cualquier caso, a estas menciones debe atribuírsele un significado más amplio que el de empresario mercantil, de acuerdo con la tendencia que se observa en las Directivas Comunitarias en materia de consumo, particularmente en la Directiva 93/13/CCE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. En su artículo 2, se considera profesional a «toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya

(59) Cfr. DE CARPI PÉREZ, «El Colegio Arbitral y las partes en el procedimiento arbitral de consumo», en AA.VV., *El sistema arbitral de consumo*, Elcano (Navarra), 1997, pág. 165.

(60) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Presente...», pág. 14.

(61) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Objeto...», págs. 161 y 162.

(62) Si bien es cierto que esta declaración se integra en la atribución de las funciones de gestión y administración del arbitraje de consumo a las Juntas Arbitrales, y así, el artículo 4 del RDAC dispone: «Las Juntas Arbitrales de Consumo desempeñarán las siguientes funciones: *a*) El fomento y la formalización de convenios arbitrales entre consumidores y usuarios y quienes produzcan, importen o suministren o les faciliten bienes o servicios (...)».

(63) Cfr., en este sentido, RUIZ JIMÉNEZ, *Análisis crítico del Sistema Nacional Español de Arbitraje de Consumo*, San Sebastián, 2007, pág. 295.

(64) Cfr. artículo 7, apartados 2.º y 4.º del RDAC.

(65) Cfr. artículo 11.1, letra *c*), del RDAC.

sea pública o privada». Como puede observarse, es una definición muy abierta donde pueden tener cabida diversos operadores económicos, frente a los cuales podrá dirigir el consumidor su reclamación, evitándose así situaciones de injusticia material.

No cabe duda, según lo expuesto, de que podrá ser parte reclamada, tanto una persona física como jurídica, sin embargo se plantean más dudas a la hora de admitir que el reclamado en el procedimiento sea un ente público. Se trata de un tema complejo sobre el que conviene apuntar algunas ideas esenciales. En primer término, la LA que acaba de entrar en vigor no parece negar tal posibilidad, si bien es cierto que se refiere al arbitraje internacional en su artículo 2.2, estableciendo que «cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral». En lo que interesa a esta exposición, desde el punto de vista del arbitraje de consumo se observa que también el RDAC en el último párrafo de la letra a) del artículo 11.1, parece admitir esta posibilidad, en tanto que «si la reclamación se dirige contra una entidad pública vinculada a la Administración Pública de la que depende la Junta Arbitral, las partes podrán elegir de mutuo acuerdo al Presidente del colegio arbitral, pudiendo tratarse, en este caso, de una persona ajena a la Administración Pública».

Igualmente, en la LGDCU aparecen varias disposiciones que presuponen una relación de consumo donde los servicios, actividades o funciones son prestados por un ente de naturaleza pública (66). No es difícil de hecho, imaginar algunas de estas situaciones, fundamentalmente en los casos en que un servicio público se presta a través de un tercero privado (67). No obstante, hemos de admitir que, efectivamente, habrá relaciones de la Administración o de los entes dependientes de la misma con los administrados-consumidores que deberán seguir, en todo caso, el cauce indicado por la legislación administrativa para la satisfacción de las pretensiones de los administrados.

4. LAS JUNTAS ARBITRALES

El RDAC, dedica su Capítulo II a las Juntas Arbitrales de Consumo, que se constituyen como los órganos encargados de la gestión y administración de

(66) Cfr. artículos 1.2, 10.1, 22.2, y la Disposición Adicional 2.ª de la LGDCU.

(67) Cfr. SAP de Tarragona, de 3 de julio de 1995, en la que se distingue en un contrato de suministro firmado por los clientes con una empresa concesionaria de la Administración, un aspecto administrativo (en la gestión y prestación del servicio, con control por la Administración) y un aspecto privado (la relación contractual entre el abonado y la empresa).

los arbitrajes, frente a los Colegios Arbitrales, que son los órganos de carácter decisorio. El artículo 3.1 del RDAC establece que «se constituye una Junta Arbitral de Consumo de ámbito nacional, adscrita al Instituto Nacional del Consumo, que conocerá, exclusivamente, de las solicitudes de arbitraje presentadas a través de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios cuyo ámbito territorial exceda del de una Comunidad Autónoma, por los consumidores y usuarios que estén afectados por controversias que superen asimismo dicho ámbito». A continuación, en el apartado 2 de este mismo precepto, se dice que «las Juntas Arbitrales de Consumo, de ámbito municipal, de mancomunidad de municipios, provincial y autonómico, se establecerán por la Administración General del Estado mediante acuerdos suscritos a través del Instituto Nacional del Consumo, con las correspondientes Administraciones Públicas». Del tenor literal de esta norma, cabe afirmar, como ya se adelantó en la introducción de este trabajo, el carácter administrativo de las Juntas Arbitrales. Partiendo de este hecho, se puede destacar una consecuencia esencial y es que la composición, el funcionamiento y en general la actividad de las Juntas Arbitrales, van a estar sometidas al derecho administrativo (68).

Lo dicho en el párrafo precedente hay que ponerlo en relación con el texto del artículo 8 del RDAC, cuando declara que «la Junta Arbitral de Consumo, por medio de su presidente, no aceptará las solicitudes de arbitraje, procediendo a su archivo, cuando se trate de las cuestiones a las que se refiere el artículo 2.2 del presente Real Decreto». Hay que distinguir según se declare el archivo o la aceptación a trámite de una solicitud presentada ante la Junta Arbitral, pues las consecuencias serán bien distintas en uno y otro caso. Si la Junta Arbitral resuelve la admisión de una solicitud, cabe cuestionarse la fuerza vinculante de esta decisión respecto de los miembros del Colegio Arbitral. Es decir, hay que preguntarse si en el ámbito del arbitraje de consumo sería aplicable el artículo 22.1 de la LA, que faculta a los árbitros «para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia».

Si se responde negativamente a esta cuestión, el Colegio Arbitral deberá acatar, en todo caso, la admisión a trámite por la Junta Arbitral de una solicitud de arbitraje, aun cuando consideren que la materia de que trata está sustraída a su conocimiento por la Ley o por la voluntad de las partes. Sin embargo, el resultado no parece muy razonable, por lo que se estima más adecuado admitir la compatibilidad de la potestad reconocida a las Juntas Arbitrales, con la de los propios árbitros para decidir sobre su competencia (69). Además, la facultad de las Juntas Arbitrales se proyectaría, según

(68) Cfr. LORCA NAVARRETE, cit., *La resolución...*, pág. 132 y sigs.

(69) Cfr., en este sentido, MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Objeto...», pág. 158.

lo dispuesto en el artículo 8 del RDAC, sobre la arbitrabilidad de la controversia que pretende someterse a arbitraje (70); sin embargo, la proyección del artículo 22 de la LA es mucho más amplia, en tanto que atribuye a los árbitros el poder de decisión sobre cualquier circunstancia que pudiera impedir entrar a conocer sobre el fondo de la controversia.

Por el contrario, cuando la Junta Arbitral competente estimara que procede el archivo de una solicitud de arbitraje, parece que se estaría ante un acto administrativo (71), con la consecuencia de que sería recurrible por los medios previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esta vía de impugnación también sería la adecuada para los casos en que el consumidor que haya solicitado la incoación del procedimiento arbitral vea desestimada su pretensión por la Junta Arbitral por otros motivos distintos de los enunciados en el artículo 2.2 del RDAC. Y es que aunque el artículo 8 del RDAC sólo prevé el archivo de la solicitud fundado en estos motivos, a mi juicio debe entenderse que la competencia de las Juntas Arbitrales alcanza la denegación de aquellas solicitudes cuando concurren otras circunstancias que no puedan ser sustanciadas por el procedimiento arbitral. Como fundamento se puede apuntar el artículo 4 del RDAC, que señala como una de las funciones de las Juntas Arbitrales, «el fomento y la formalización de convenios arbitrales» (72).

Ahora bien, la subjetividad ínsita en la interpretación de determinados supuestos como susceptibles de arbitraje, demanda ciertas cautelas a la hora de denegar una solicitud de arbitraje, especialmente cuando la exclusión venga dada por la delimitación por las partes del ámbito del convenio arbitral. Concretamente, se está pensando en la limitación que con carácter unilateral puede hacer una empresa a través de una oferta pública de sometimiento al arbitraje de consumo (73). Sin perjuicio del examen más detenido que se hará sobre esta cuestión, basta con advertir en este momento que habrá casos en los que el criterio de exclusión contenido en la oferta de sometimiento no sea

(70) Aunque, como se expondrá más adelante, la competencia de las Juntas Arbitrales para decidir sobre la admisión a trámite de una solicitud de arbitraje, puede verse ampliada si se tiene en cuenta la función que les atribuye el artículo 4 del RDAC, en su letra a), de «fomento y formalización de convenios arbitrales, entre consumidores y usuarios y quienes produzcan, importen o suministren o les faciliten bienes o servicios».

(71) Cfr. CUÑAT EDO, cit., pág. 31; en contra, BADENAS CARPIO, *El sistema arbitral de reclamaciones de consumo*, Valencia, 1993, pág. 95.

(72) Cfr. GUTIÉRREZ SANZ, cit., pág. 90, quien considera efectivamente que la función de formalización de los convenios arbitrales incluye la de examinar «dicha solicitud verificando que coincide el arbitraje solicitado con el ofrecido». No obstante, esta autora lleva esta afirmación a sus últimas consecuencias, cuando declara que «cuando el artículo 12 del RDAC prevé las funciones del Colegio Arbitral está ya dando por supuesto que el asunto sometido a su consideración es materia de arbitraje, sin ninguna duda».

(73) Cfr. artículo 6.2 del RDAC.

eminentemente objetivo. Sí lo será, por ejemplo, cuando la adhesión al sistema arbitral se condicione por la empresa a reclamaciones que no excedan de una determinada cuantía. Al ser un dato fácilmente comprobable, en general, no habrá problema en que la constatación del mismo se haga por la Junta Arbitral (74). En otros supuestos, sin embargo, no será tan sencillo señalar los límites de la oferta, por lo que sería preferible que ante la mínima duda, sea el Colegio Arbitral quien decida si es competente para conocer de esa controversia en concreto.

Cuando los árbitros se declarasen incompetentes, el cauce adecuado para recurrir esta decisión no sería el previsto por la legislación administrativa, puesto que los Colegios Arbitrales no son órganos de esta naturaleza, sino que quedaría en todo caso expedita la vía judicial. No parece tampoco procedente para este supuesto la acción directa que se regula en el artículo 21.1 de la LA, puesto que el supuesto de hecho que prevé la norma, no es el mismo que el que se está planteando. Y es que según este precepto, «la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros».

III. EL CONVENIO ARBITRAL

1. EL CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL DE CONSUMO

El arbitraje como instrumento de resolución de conflictos alternativo a la vía judicial es una institución que se erige sobre el principio de autonomía de la voluntad enunciado con carácter general en el artículo 1.255 del Código Civil (75). La expresión de esta voluntad va a materializarse en el convenio arbitral, tal y como lo establece el artículo 9 de la LA, cuando dispone que «el convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual». La necesaria voluntariedad de someterse al procedimiento arbitral de consumo ya se puso de relieve también en el artículo 31.2 de la LGDCU, cuando dice que «el sometimiento

(74) Cfr., en el mismo sentido, LORCA NAVARRETE, cit., pág. 132 y sigs.

(75) Cfr. SSTC de 11 de noviembre de 1996 y de 17 de enero de 2005; cfr. también, LETE DEL RÍO/LETE ACHIRICA, cit., págs. 803 y 804.

de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito».

La misma voluntad libre de las partes también puede actuar en sentido negativo, dejando sin efecto el acuerdo arbitral. Aun cuando el artículo 11 de la LA establece que «el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria», a *sensu contrario*, se deduce que si las partes que hubiesen formalizado el convenio, deciden finalmente que una determinada controversia sea conocida por la jurisdicción ordinaria, el denominado efecto negativo del convenio arbitral no desplegará su eficacia (76). Este suceso no significa necesariamente una renuncia tácita al pacto original, siempre y cuando el acuerdo alcanzado por las partes comprendiera todas las controversias que pudieran surgir entre las partes en el seno de una determinada relación. De modo que, si en un conflicto posterior una de las partes manifiesta su voluntad de someterse al arbitraje en virtud de aquel convenio, no podrá oponerse la contraparte.

1.1. *Contenido normativo*

No obstante lo dicho, el convenio arbitral en el ámbito de consumo va a presentar unas peculiaridades que es preciso analizar. Debe ponerse, en primer lugar, de relieve lo dispuesto en el artículo 4 de la LA. Concretamente en su letra *b)* dice que cuando una disposición de esta ley «se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido». También la propia Exposición de Motivos de esta Ley habla del contenido normativo del convenio arbitral en los supuestos en que la voluntad de las partes se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora de arbitraje, en virtud de sus propias normas. Este contenido normativo del convenio puede predicarse del sistema arbitral de consumo, y así puede deducirse de varios de sus preceptos (77). Lo dicho, no obsta a que el RDAC dé entrada a la voluntad consensuada de las partes para integrar algunos extremos del procedimiento. Así sucede, por ejemplo, en la letra *a)* del artículo 11.1, que en su párrafo 2.º prevé que «la facultad de designar al presidente del colegio podrá recaer en las partes, cuando éstas lo solicitasen de mutuo acuerdo, atendiendo a la especialidad del objeto de la reclamación». En cualquier caso, el convenio

(76) Cfr. LETE DEL RÍO/LETE ACHIRICA, cit., pág. 814.

(77) Cfr. artículos 2.2, 6.2 y 10.1 del RDAC.

arbitral deberá contener la voluntad inequívoca de las partes de someterse a la decisión de un tercero, la cual va a tener carácter vinculante y ejecutivo. Por tanto, aun sin negar la naturaleza contractual del convenio arbitral, conviene llamar la atención sobre las singularidades que prevé la regulación específica del arbitraje de consumo en la formalización del convenio, y que van a mitigar en cierta medida aquel carácter convencional.

1.2. *La limitación unilateral del convenio*

El contenido del convenio arbitral en el sistema de consumo, como ya se ha mencionado anteriormente, puede cercenarse por voluntad del empresario o profesional a través de una oferta pública de sometimiento. En este apartado se pretende analizar únicamente la facultad que el RDAC concede a todo profesional, de determinar unilateralmente las condiciones en que se realiza la adhesión. El artículo 6.2 de esta norma exige, de hecho, en su letra *a*), como uno de los requisitos de la oferta pública de sometimiento, que contenga el ámbito de la oferta (78). En relación con esta posibilidad, no cabe duda de que resulta coherente con la voluntariedad en que debe fundarse la institución arbitral (79), no obstante en mi opinión, aquella facultad no puede ser ilimitada. La total arbitrariedad en este punto podría amparar una situación en la que el núcleo de materias excluidas sea tan amplio, que la oferta de sometimiento deje de ser real.

Además, hay que advertir que una de las consecuencias derivadas de la adhesión al sistema arbitral de consumo, a través de la emisión de una oferta pública, es que se otorgará un distintivo oficial a los profesionales que la realicen. Esta publicidad crea una confianza en el consumidor que puede determinar la opción de contratar la adquisición de un bien o la obtención de un determinado servicio con la empresa distinguida por este símbolo (80). En este orden

(78) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Presente...», pág. 17. Este autor afirma que la pretensión original del precepto no era la de conceder esta facultad al empresario, sino que el legislador estaba pensando en que se hiciera constar el ámbito de su actividad comercial.

(79) Cfr. FIDALGO LÓPEZ, «El contrato de sometimiento al arbitraje de consumo. Inicio del procedimiento arbitral por el empresario», en *NUE* (núm. 263, monográfico sobre *El derecho de los consumidores ante la Unión Europea*), 2007, pág. 18. Esta autora considera que, además de vulnerarse el principio de autonomía de la voluntad, «la imposibilidad de limitar las ofertas públicas de sometimiento contraría el derecho a la tutela judicial efectiva».

(80) Cfr. PÉREZ-SERRABONA, «Réflexions sur le système d'arbitrage de consommation en Espagne», en *REDC*, 2002, pág. 209. Según la opinión de este autor, un desarrollo adecuado del sistema arbitral de consumo pasa por la adhesión obligatoria de las empresas estatales o sociedades de economía mixta. De este modo, tanto el signo distintivo, como el hecho mismo de estar afiliado al sistema arbitral serán, en todo caso, un índice de calidad para los consumidores.

de cosas, resulta también llamativo que varias normas protectoras de los intereses de los consumidores exigen que el consumidor sea informado de los cauces que tiene a su disposición para reclamar sus derechos frente al profesional con el que contrata (81). No obstante, siendo el arbitraje de consumo una de las vías de reclamación más asequibles para el consumidor, no se prevé que se ponga en conocimiento del consumidor en el momento de la contratación, no sólo de que la empresa está adherida al sistema arbitral, sino que además se haga constar con qué condiciones se produce este sometimiento (82).

A tenor de lo expuesto, debe denunciarse la necesidad de adoptar ciertas medidas para conciliar, por una parte, el acceso de los consumidores a un órgano de resolución de conflictos distinto a la jurisdicción ordinaria, que sea real y efectivo; y por otra, la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones jurídico-privadas. Por el momento, puede proponerse como vía para encontrar posibles soluciones correctoras del fraude de ley que se permite en la regulación actual, la inspiración en las normas sobre condiciones generales y cláusulas abusivas. De hecho, se ha llegado a comparar la facultad de las empresas de cercenar el ámbito de la oferta con un verdadero contrato de adhesión (83). Y es que, ciertamente, el consumidor no tiene capacidad para negociar el ámbito del convenio arbitral, que al fin y al cabo, no deja de ser un contrato.

3. LA CAPACIDAD Y LA REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

El RDAC no se refiere en ninguno de sus preceptos a la capacidad necesaria para celebrar el convenio arbitral, como tampoco lo hace la nueva LA. Sin embargo, admitida la naturaleza contractual del convenio (84), es lógico pensar que se requiere la capacidad de obrar. También se refuerza esta afirmación al amparo del apartado III de la Exposición de Motivos de la LA, cuando

(81) Cfr., por ejemplo, en materia de garantías, el artículo 11.3, letra *f*) de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo; o en materia de venta a distancia puede citarse el artículo 40.1, letra *k*), de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, en su redacción dada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre.

(82) Únicamente se impone como una de las funciones de las Juntas Arbitrales en las letras *c*) y *d*) del artículo 4 del RDAC, «confeccionar y actualizar el censo de las empresas que hayan realizado las ofertas públicas de adhesión al sistema arbitral de consumo en su ámbito territorial, con expresión del ámbito de la oferta. Este censo será público»; y «la elaboración y puesta a disposición de los interesados de los modelos de convenio arbitral, en los que se reflejarán las cuestiones que no puedan ser sometidas al sistema arbitral de consumo».

(83) Cfr. CHECA BRAVO, «Las ofertas públicas de sometimiento al sistema arbitral de consumo», en CC, 2005, pág. 125.

(84) Cfr. VERDERA SERVER/ESPLUGUES MOTA, cit., pág. 322; CORDÓN MORENO, *El arbitraje de Derecho Privado*, Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 102.

recomienda la aplicación de las normas generales sobre contratos en todo lo no específicamente previsto en esta ley. Hay que acudir, entonces, a las normas del Código Civil sobre la capacidad general para contratar, en concreto al artículo 1.263 del Código Civil, en virtud del que no podrán prestar consentimiento los menores no emancipados ni los incapacitados. Estas personas deberán actuar mediante sus representantes legales (85), una vez recabaran la correspondiente autorización judicial (86). Lo dicho hasta el momento puede aplicarse también en el caso del pródigo o incapaz que estuvieren sometidos a curatela, siempre y cuando la sentencia de incapacitación exigiera la intervención del curador para celebrar un convenio arbitral (87). Si bien, lo cierto es que no siempre la resolución judicial se va a referir expresamente a la posibilidad de someterse a arbitraje. En este caso, el Código Civil prevé que se entenderá preceptiva la intervención del curador en los casos en que el tutor necesita la autorización judicial. Por tanto, tal y como se menciona más arriba, parece que debe exigirse, en ese caso, la intervención del curador (88). En lo que respecta al menor emancipado necesitará, para celebrar válidamente un convenio arbitral, el complemento de capacidad que se regula en los artículos 323 y 324 del Código Civil (89). Eso sí, solamente se exigirá este requisito cuando con la celebración del convenio pudieran verse comprometidas alguna de las actuaciones a las que se refieren estos preceptos. Concretamente, el artículo 323 establece que «hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador».

Estas reglas de capacidad son sustancialmente las mismas que el Código Civil regula para la transacción en sus artículos 1.810 y siguientes. No obstante, sin negar la cercanía entre la figura del arbitraje y la transacción, hay que admitir que son dos instituciones distintas (90). Es más, aun estando en vigor la LADP de 1953, ya había autores que encontraban incorrecta esta equiparación (91). Y de hecho, se mantuvo la misma actitud crítica en relación con la ALA, insistiendo en la idea de que la capacidad exigible para someter a arbitraje una o más controversias es la capacidad procesal (92). Es cierto que el

(85) Cfr. artículos 162 y 267 del Código Civil.

(86) Cfr. artículos 166 y 271 del Código Civil; también, LETE DEL RÍO/LETE ACHIRICA, cit., pág. 812; VERDERA SERVER/ESPLUGUES MOTA, cit., pág. 330.

(87) Cfr. artículo 286 y sigs. del Código Civil.

(88) Cfr. GARCÍA RUBIO, cit., pág. 84.

(89) Cfr. GARCÍA RUBIO, cit., pág. 83.

(90) Cfr. BADENAS CARPIO, cit., pág. 44 y sigs.

(91) Cfr. DÍEZ PICAZO, «El Pacto Comisorio y la nueva Ley de Arbitraje», en ADC, 1954, pág. 1162.

(92) Cfr. O'CALLAGHAN, «El contrato de compromiso según la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988», en AC, 1989, pág. 5.

convenio arbitral, además de ser un contrato en el sentido de acuerdo de voluntades, también representa un acto mediante el que se abre un proceso análogo al judicial. La doctrina hace referencia continuamente a la dualidad que contiene la institución arbitral (93) ya que, por un lado, nace en una esfera privada y se funda de hecho en la autonomía de la voluntad de las partes; pero además, su eficacia se va a desplegar también en el campo procesal.

Cabría distinguir de este modo, en un plano eminentemente teórico, la capacidad para celebrar el convenio arbitral de aquélla para comparecer e intervenir como parte en el procedimiento arbitral. A pesar de que en la mayor parte de los casos la denominada capacidad procesal se equipara a la capacidad de obrar, la falta o existencia de esta última no presupone la de aquélla. Así sucede en el caso de los menores emancipados, quienes tienen una capacidad plena en el ámbito procesal, como se desprende del párrafo 2.º del artículo 323 del Código Civil. Esta norma dice que «el menor emancipado podrá comparecer por sí solo en juicio». La doctrina, no obstante, reconoce tímidamente que esta declaración legal podría matizarse en función de que el objeto del proceso afectara o no a alguno de los actos para los que se exige el complemento de capacidad (94).

Como puede observarse, en general van a coincidir la capacidad para contratar con la capacidad para intervenir como parte en un proceso. Sin embargo, no por eso debe olvidarse que en algunas ocasiones puede transcurrir un periodo de tiempo entre la firma del convenio arbitral y el surgimiento de la controversia. Entonces, los requisitos de capacidad que hubieran concurrido en el momento de firmar el convenio, podrían no existir ya al tiempo de la celebración del procedimiento arbitral. En tal caso, parece razonable aplicar los mecanismos del derecho procesal para suplir esa falta de capacidad (95). Si se mantiene esta tesis, se estaría admitiendo la posibilidad de separar la capacidad de obrar que se exige para celebrar el convenio, de la capacidad necesaria para realizar actos válidos y eficaces en el procedimiento arbitral.

En todo caso, refiriéndose ya concretamente al sistema arbitral de consumo, debería plantearse la posibilidad de flexibilizar las reglas sobre capacidad, que se aplican con tanto rigor en el ámbito tanto civil como procesal. Sobre todo, en lo que respecta a los menores de edad no emancipados, y ello por dos razones. De una parte, debe recordarse que la cuantía de los litigios que por lo general se conocen en el arbitraje de consumo no suele ser muy elevada. Y en segundo término, debe apelarse, a mi juicio, a la realidad social actual, en la que el acceso a los bienes y servicios por los más jóvenes es cada

(93) Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, cit., pág. 145; DE CARPI PÉREZ, cit., pág. 161.

(94) Cfr. SAMANES ARA, «Las partes en el proceso civil», en *La Ley*, Madrid, 2000, pág. 32; VERDERA SERVER/ESPLUGUES MOTA, cit., pág. 328.

(95) Cfr. artículo 8 de la LEC.

vez más asequible. Ciertamente, la adquisición y el disfrute de los productos de la sociedad de consumo se lleva a cabo de forma cotidiana, y en gran parte de los casos sin discriminación alguna por razón de edad. En cuanto a los fundamentos jurídicos, se puede traer a colación el artículo 162 del Código Civil, en tanto que tras reconocer a los padres que ostenten la patria potestad, la representación legal de sus hijos menores no emancipados, se exceptúan, entre otros, «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo». También puede citarse en esta línea, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección jurídica del menor, que ordena que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores deberán interpretarse de forma restrictiva (96).

En lo que atañe a la representación, ya se hizo referencia más arriba a los supuestos en que va a ser necesaria la intervención de los representantes legales, tanto para que el convenio arbitral sea válido y eficaz (97), como para intervenir y actuar como parte en el procedimiento arbitral (98). Conviene asimismo, dedicar una breve referencia a la necesidad de que las personas jurídicas intervengan en el procedimiento a través de una persona física (99). Debido a la falta de soporte físico para actuar en juicio, las personas jurídicas han de hacerlo por medio de sus representantes (100). Se trata de la denominada representación necesaria (101), y en general se va a exigir la acreditación del correspondiente poder por la persona que comparezca en el procedimiento arbitral en nombre de la entidad (102).

Por lo que respecta a la representación voluntaria, también será de aplicación el régimen general del Código Civil. En virtud del artículo 1.259 del Código Civil (103), el convenio arbitral podrá celebrarse mediante un representante, siempre y cuando existiera la autorización pertinente; y si no mediara esta autorización, podrá ratificarse el contrato por la persona en cuyo nombre se hubiera otorgado. La doctrina coincide al exigir un poder especial

(96) Cfr., en este mismo sentido, VERDERA SERVER/ESPLUGUES MOTA, cit., pág. 329. En contra, DE CARPI PÉREZ, cit., pág. 161, nota 133.

(97) Cfr. artículos 162, 267 y 323 del Código Civil.

(98) Cfr. artículo 7 de la LEC.

(99) Cfr. artículo 7.4 de la LEC.

(100) Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA, MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Madrid, 2000, pág. 91.

(101) Cfr. artículo 37 del Código Civil, que se remite a lo dispuesto en las leyes reguladoras de las distintas personas jurídicas.

(102) Cfr. DE CARPI PÉREZ, cit., pág. 162.

(103) El artículo 1.259 del Código Civil establece: «Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante».

para celebrar el convenio arbitral (104), teniendo esta afirmación como telón de fondo, la equiparación del arbitraje con la transacción. El artículo 1.713 del Código Civil, inserto en la regulación dedicada al contrato de mandato, dispone que «para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso». De ahí que la doctrina sostenga la aplicación de este artículo a los supuestos de sometimiento a arbitraje, o también de modificación del convenio arbitral ya celebrado anteriormente (105).

En el caso de la representación para comparecer en el procedimiento arbitral, parece que basta con un poder ordinario, aunque con carácter expreso, y ya sea para llevar a cabo solamente determinadas actuaciones en el proceso, o en general para las actividades que fueran necesarias a lo largo de todo el iter procedimental (106). Conviene en este punto llamar la atención sobre la redacción del artículo 30 de la LA, cuyo apartado 2.º faculta a las partes a intervenir en las actuaciones arbitrales, directamente o por medio de sus representantes (107). El legislador de 2003 decide así obviar la mención que contenía el artículo 21.3 de la ALA, que concedía a las partes la posibilidad de que actuaran en el procedimiento por sí mismas o valiéndose de un abogado en ejercicio. Se aplaude la redacción de la norma actual, ya que la ALA planteaba la duda sobre la posibilidad de que las partes actuaran en el procedimiento arbitral a través de la representación voluntaria; duda que, por otra parte, se saldaba con una respuesta positiva por parte de la doctrina más autorizada (108).

En cualquier caso, la redacción contenida en el RDAC sobre este extremo no planteaba problemas, ya que en su artículo 10.2 se establece que «las partes podrán actuar por sí o debidamente representadas. El Colegio Arbitral apreciará, en este caso, la suficiencia de la representación». La doctrina, no sin denunciar la desafortunada redacción de la ALA, estimó suficiente la letra de aquel artículo para no tener que acudir a la norma supletoria (109), de ahí

(104) Cfr. CORDÓN MORENO, cit., págs. 120 y 181.

(105) Cfr. MUNNÉ CATARINA, *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Barcelona, 2004, pág. 105.

(106) Cfr. MUNNÉ CATARINA, cit., pág. 105; MARTÍNEZ GARCÍA, «Comentario al artículo 30», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, pág. 1053.

(107) Este precepto dice literalmente: «Las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes».

(108) Cfr. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, «Comentario al artículo 21», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1991, pág. 381. Este autor, además, se ha referido a la lógica aplastante del mismo precepto, cuando sanciona una posibilidad, como es contratar la asistencia técnica de un abogado que no precisa de un reconocimiento expreso en materia de arbitraje, pág. 380.

(109) Cfr. SAMANES ARA, «El procedimiento», en AA.VV., *El sistema arbitral de consumo*, Pamplona, 1997, pág. 172.

que no hubiera reticencias al admitir la posibilidad de que las partes intervinieran en el procedimiento arbitral de consumo a través de la representación voluntaria (110).

Fijándose en la letra del citado artículo 10.2 del RDAC, destaca la referencia a que las partes comparezcan, en su caso, «debidamente representadas», sin que se llegue a concretar cuándo puede entenderse cumplido este requisito. No obstante, cabe afirmar, a mi juicio, la suficiencia de un papel firmado por el reclamante, designando la persona que quiere que le represente (111). La razón es que como ya se ha dicho en más de una ocasión a lo largo de este artículo, los intereses que entran en juego en el ámbito del arbitraje de consumo no suelen tener una gran entidad económica. De cualquier forma, si se quieren prevenir posibles problemas que pudieran surgir de la representación autorizada a través de documento privado, el poder podrá ser otorgado por comparecencia ante el secretario de la Junta Arbitral. En todo caso, sería conveniente que el RDAC se pronunciara sobre esta cuestión en su texto articulado, pudiendo incluso exigir una rigurosidad mayor en las reclamaciones que alcanzaran determinada cuantía. Para terminar, debe destacarse la posibilidad de que una Asociación de Consumidores actúe como representante del reclamante en el procedimiento (112). En este caso, tal y como se ha señalado por la doctrina, parece que será suficiente con demostrar la condición de socio del consumidor (113).

3. LA FORMALIZACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

La LA dedica su Título II al convenio arbitral y sus efectos, y, como ya se observa en su Exposición de Motivos, la regulación que contiene va a estar presidida por un criterio eminentemente antiformalista, y por el principio de conservación del convenio arbitral. En efecto, a pesar de que se sigue exigiendo su constancia por escrito, al igual que hacía el artículo 6 de su antecesora (114), también es cierto que la nueva LA tiene en cuenta el desarrollo de los medios de comunicación y nuevas tecnologías. Así, su artículo 9.3, establece que «el convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuer-

(110) Cfr. BADENAS CARPIO, cit., págs. 201 y 202.

(111) Cfr., en el mismo sentido, en referencia al arbitraje en general, DE ÁNGEL YAGÜEZ, cit., pág. 381; en contra, DE CARPI PÉREZ, cit., pág. 162.

(112) Cfr. artículo 5 del RDAC.

(113) Cfr. DE CARPI PÉREZ, cit., pág. 162.

(114) El artículo 6.1 de la ALA decía lo siguiente: «El convenio arbitral deberá formalizarse por escrito y podrá concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo».

do» (115), aclarando a continuación que «se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo». Por lo demás, no se aportan más novedades a la regulación que sobre esta materia contenía ya la ALA, y así, el artículo 9.1 de la LA, sigue manteniendo que «el convenio arbitral podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o la de un acuerdo independiente» (116). Y para completar los requisitos de forma y contenido del convenio arbitral, el artículo 9.2 de la LA establece que cuando «el convenio arbitral esté contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato», remisión que ya se contenía también en la ALA (117).

El convenio arbitral es un verdadero contrato (118), en tanto que concurrencia de voluntades sobre la sumisión de todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica al arbitraje (119). Por tanto, será de plena aplicación la regulación general en cuanto a la validez, eficacia y objeto de los contratos. En relación con esta afirmación, conviene hacer referencia en este momento a la autonomía que se predica del convenio arbitral, con respecto a la relación jurídica en la que se enmarca. Así queda patente en la regulación de la LA, cuando en su artículo 22 señala que «el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral (120).

En el marco del sistema arbitral de consumo, el criterio de la flexibilidad, en cuanto a la forma del convenio, adquiere especial relevancia, tal y como se desprende de la regulación contenida en el RDAC. En su Capítulo III, bajo la rúbrica «De la formalización del convenio arbitral», acoge una serie de preceptos (121) que evidencian un cauce peculiar, en tanto que se aparta del propuesto con vocación general por la LA. Las particularidades que se advier-

(115) Ya el artículo 6.2 de la ALA advertía que «se entenderá que el acuerdo se ha formalizado por escrito no sólo cuando esté consignado en un único documento suscrito por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje».

(116) Cfr. artículo 6.1 de la ALA.

(117) Concretamente, en el artículo 5.2 de la ALA se disponía, en un sentido muy similar al de la nueva Ley, lo siguiente: «Si el convenio arbitral se ha aceptado dentro de un contrato de adhesión, la validez de este pacto y su interpretación se acordarán a lo prevenido por las disposiciones en vigor respecto de estas modalidades de contratación».

(118) Cfr. VERDERA SERVER/ESPLUGUES MOTA, cit., pág. 321.

(119) Cfr. artículo 9.1 de la LA.

(120) Cfr. GARCÍA RUBIO, *loc. cit.*, pág. 76.

(121) Cfr. artículo 5 y sigs. del RDAC.

ten encuentran su explicación en el carácter administrado del arbitraje de consumo, ya que esta característica comporta la intervención de un tercero en la conclusión del convenio arbitral. Ese tercero va a ser el órgano que tiene atribuida la función de administración y gestión del arbitraje en el ámbito de consumo, esto es, la Junta arbitral. En lo que respecta a la constancia formal del convenio arbitral, hay que decir que la regulación del RDAC también respira de la libertad que imbuje la nueva LA. Así, cabe destacar que no se requiere la formalización del convenio arbitral en un documento único; es más, la regla general en el RDAC va a provocar que la voluntad de las partes se plasme por separado. El cauce que el RDAC pone a disposición del consumidor para que manifieste su deseo de iniciar el procedimiento arbitral es la solicitud ante la Junta Arbitral de consumo (122). El reclamado, por su parte, que hará constar su sometimiento libre al arbitraje de consumo, bien a través de una oferta pública (123), o bien haciendo constar su aceptación para ese caso concreto (124).

3.1. *Momento de perfección*

El momento en que se produzca la conclusión del convenio será distinto según si ya existiera o no, una previa oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo por la empresa reclamada. En caso afirmativo, el artículo 6.1 del RDAC dice que «el convenio arbitral quedará formalizado con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre que dicha solicitud coincida con el ámbito de la oferta». Si no constara un sometimiento anterior al arbitraje de consumo, el convenio requiere para su perfección la aceptación expresa del arbitraje por el reclamado, que según el

(122) Esta solicitud no requiere forma específica, aunque en la práctica suele efectuarse a través de modelos normalizados de hojas de reclamación que se ponen a disposición de los consumidores en la administración competente, y en los que el reclamante podrá señalar las actuaciones que solicita de la administración. El RDAC, por su parte, impone a las Juntas Arbitrales la obligación de «elaborar y poner a disposición de los interesados los modelos de convenio arbitral, en los que se reflejarán las cuestiones que no puedan ser sometidas al sistema arbitral de consumo». Puede verse un modelo de solicitud de arbitraje en: AA.VV., *El sistema arbitral de consumo*, QUINTANA CARLO/BONET NAVARRO (Directores), Pamplona, 1997, págs. 276 y 277.

(123) El artículo 6.1 del RDAC establece al efecto: «Cuando el reclamado hubiese realizado oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo, respecto de futuros conflictos con consumidores o usuarios, el convenio arbitral quedará formalizado con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre que dicha solicitud coincida con el ámbito de la oferta».

(124) El artículo 9.1 del RDAC recoge este supuesto: «La Junta Arbitral de Consumo notificará la solicitud de arbitraje al reclamado, el cual deberá aceptarla o rechazarla por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, en el plazo de quince días hábiles a contar desde la recepción de la notificación».

artículo 9.1 del RDAC, deberá dirigirla a la Junta Arbitral competente, «por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, en el plazo de quince días hábiles, a contar desde la recepción de la notificación». A tenor de lo expuesto, hay que destacar el carácter *ad hoc* que el RDAC atribuye al convenio arbitral de consumo, en el sentido de que el acuerdo de voluntades se va a formalizar una vez que haya surgido la controversia. Ahora bien, esta afirmación debe relativizarse, atendiendo a la posibilidad de que la formalización de un convenio arbitral celebrado entre un consumidor y un operador económico pueda realizarse fuera del marco que se perfila en el RDAC.

Una primera vía se contempla con la inclusión de una cláusula en un contrato en que sea parte un consumidor, que declare el sometimiento a un arbitraje distinto del de consumo. Esta cláusula es nula de pleno derecho según el artículo 8 de la LCGC (125), cuando declara en su primer apartado que «serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». A continuación, en su apartado 2.º dice que «en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales, en todo caso, las definidas en el artículo 10.bis y Disposición Adicional 1.ª de la LGDCU». Efectivamente, en el número 26 de la Disposición Adicional 1.ª de la LGDCU, se contempla como cláusula abusiva aquella que contenga «la sumisión a arbitrajes distintos del consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para sector o un supuesto específico» (126). Sin embargo, ya se ha advertido en el tratamiento de esta cuestión (127), que no puede reputarse el carácter abusivo de esta cláusula, cuando se hubiera negociado individualmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.bis de la LGDCU, que define en su primer apartado como cláusulas abusivas «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente». Esta interpretación sería cuestionable, en mi opinión, a la vista de la rotundidad con que la LGDCU declara en el mismo apartado 1.º del artículo 10.bis, que «en todo caso, se considerarán cláusulas abu-

(125) Cfr. LETE DEL RÍO, *loc. cit.*, «Arbitraje...», págs. 712 y 713.

(126) Es interesante traer a colación la STJCE de 26 de octubre de 2006. Aunque la cuestión que se plantea trae causa de un precepto de la Ley de Arbitraje de 1988, no deja de ser de gran interés el pronunciamiento del Tribunal. Y es que según la tesis acuñada por la resolución citada, un juez español puede declarar la nulidad del laudo, por considerar que la cláusula de sometimiento al arbitraje es abusiva, aun cuando el consumidor no haya impugnado el convenio en el curso del procedimiento arbitral. En un marco más amplio que el de la institución arbitral, cfr. LETE ACHIRICA, «Las cláusulas de sumisión expresa en contratos con condiciones generales desde la perspectiva del Derecho comunitario», en *La Ley*, 2000, pág. 1978 y sigs.

(127) Cfr. FIDALGO LÓPEZ, *loc. cit.*, pág. 19.

sivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la Disposición Adicional 1.^a de esta Ley». En todo caso, hay que tener en cuenta las modificaciones que se introducen con la nueva Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (128) (LMPCU), puesto que, a mi juicio, son esclarecedoras para responder a esta cuestión.

La LMPCU, ya en su Exposición de Motivos, advierte de la ineficacia del artículo 10.4 de la LGDCU, que queda suprimido en virtud de esta norma. Aquel precepto disponía que «la negativa del consumidor o usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir, por sí misma, la celebración del contrato principal». Es cierto que, declarada en la Disposición Adicional 1.^a de la LGDCU, la nulidad de toda cláusula en virtud de la que se imponga al consumidor el sometimiento a un arbitraje distinto del de consumo, esta previsión deviene obsoleta. Pero el legislador va más allá, y añade un nuevo apartado al artículo 31 de la LGDCU (129), según el que «los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico. Los convenios arbitrales pactados, contraviniendo lo dispuesto en el párrafo precedente, serán nulos». A la vista de este precepto, parece que se está admitiendo implícitamente la validez de una cláusula de sometimiento a un arbitraje distinto del de consumo, lo que sólo podría ser aceptable en el supuesto referido más arriba de que hubiera sido fruto de una negociación por las partes. Con la introducción de este nuevo párrafo, se condiciona la eficacia de aquella cláusula, a que se pacte una vez que se haya revelado la controversia entre las partes. Se ha destacado, por tanto, que la importancia de esta norma reside precisamente en que podrá reputarse nula una cláusula arbitral que ponga al consumidor en una situación de indefensión, aunque no pueda calificarse como cláusula abusiva según lo dispuesto en la LGDCU (130), por ejemplo, porque se alegue que fue negociada individualmente.

Un segundo supuesto, distinto del anterior, es que la cláusula que se incluya en un contrato en que sea parte un consumidor, prevea el sometimiento al sistema arbitral de consumo (131). En principio, no parece haber problema para aceptar que la formalización del convenio conste de este

(128) BOE, 30 de diciembre de 2006.

(129) Cfr. artículo 9 de la LMPCU.

(130) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Presente...», pág. 72.

(131) Cfr. FIDALGO LÓPEZ, *loc. cit.*, pág. 18 y sigs., quien analiza minuciosamente esta hipótesis, analizando el régimen resultante según si la cláusula de sumisión al arbitraje de consumo hubiera sido negociada individualmente o predispuesta por el empresario.

modo (132), aunque ello no obsta a que el consumidor deba presentar igualmente la solicitud de arbitraje ante la Junta Arbitral competente para que se forme el Colegio Arbitral una vez surja la controversia (133). Se plantea la duda de que el empresario también pueda solicitar el inicio del procedimiento arbitral de consumo. Dado el carácter unidireccional del arbitraje de consumo y a la luz de la regulación del RDAC, es ciertamente arriesgado contestar afirmativamente a esta cuestión, sin perjuicio en todo caso de que se admita el ejercicio de la reconvencción una vez iniciado el procedimiento. No obstante lo dicho, no faltan argumentos que aconsejan la revisión del esquema que el legislador plasmó en su momento en el RDAC (134), de cara a una actualización del régimen normativo aplicable al sistema arbitral de consumo.

3.2. La oferta pública de sometimiento

Como se adelantaba más arriba, tal y como dice el artículo 6.1 del RDAC, si de forma previa a la solicitud del consumidor, el reclamado hubiese realizado una oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo, el convenio se formalizará en el momento mismo de presentación de la solicitud. Cabe preguntarse, en primer lugar, sobre la naturaleza jurídica de esta declaración pública. Podría considerarse como una declaración unilateral de voluntad, en virtud de la que un profesional se obliga a someterse al arbitraje de consumo cuando surgiera alguna controversia con un consumidor en el ejercicio de su actividad económica. No obstante, sin necesidad de entrar en la polémica sobre la admisión de esta institución en nuestro ordenamiento (135), no parece necesario acudir a otras figuras distintas de la mera oferta contractual. Esta oferta se realiza con vocación general y precede a la perfección de un contrato, hecho que sucederá una vez se emita la aceptación por cualquiera de los destinatarios en el plazo que debe señalarse en la propia oferta. El artículo 6.2 del RDAC señala, de hecho, los requisitos que deberán integrar necesariamente el contenido de la oferta pública, y que son los siguientes: *a)* Ámbito de la oferta; *b)* Sometimiento expreso al presente Real Decreto del sistema arbitral de consumo; *c)* Compromiso de cumplimiento

(132) Cfr. LETE DEL RÍO, *loc. cit.*, «Arbitraje...», pág. 713; en contra, cfr. RUBIO ESCOBAR, «El sometimiento contractual del consumidor al Arbitraje de Consumo: ¿Sumisión expresa o mera opción a favor del arbitraje? Referencia a la nueva Ley de Arbitraje», en *La Ley*, 2004.

(133) Cfr. artículos 2.1, 3.1 y 5 del RDAC.

(134) Cfr. FIDALGO LÓPEZ, *loc. cit.*, pág. 21 y sigs., que defiende razonadamente la facultad del empresario de activar el procedimiento arbitral de consumo.

(135) Cfr. LETE DEL RÍO/LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones*, vol. I, Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 168 y sigs.

del laudo arbitral; d) Plazo de validez de la oferta, que en caso de no constar se entenderá realizada por tiempo indefinido».

En cuanto a los requisitos formales, el RDAC establece que podrá realizarse comunicación de la oferta por escrito o a través de cualquiera de los medios electrónicos, informáticos o telemáticos, siempre que se garantice su autenticidad (136). Lo peculiar de esta oferta es que se reviste de un carácter público, por su comunicación a un órgano adscrito a la Administración Pública como son las Juntas Arbitrales, que deberá «confeccionar y actualizar el censo de las empresas que hayan realizado las ofertas públicas de adhesión al sistema arbitral de consumo, en su ámbito territorial, con expresión del ámbito de la oferta. Este censo será público» (137). En suma, el efecto fundamental de esta oferta emitida por el profesional o empresario, es la perfección del convenio cuando se emite la aceptación por el consumidor a través de su solicitud. Pero además, cabe destacar una segunda consecuencia, que se contempla en el artículo 7.1 del RDAC, y es que «las Juntas Arbitrales de Consumo otorgarán un distintivo oficial a quienes realicen ofertas públicas de sometimiento al sistema arbitral de consumo».

El RDAC también regula la renuncia a la oferta pública, que según su artículo 7.3, «se comunicará a la Junta Arbitral a través de la cual se ha formalizado la oferta, por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y conllevará la pérdida del derecho a ostentar el distintivo oficial desde la fecha de comunicación de dicha renuncia». En su apartado 4.º, el artículo 7 del RDAC continúa diciendo que «el otorgamiento de los distintivos a las empresas, y su renuncia por éstas, se plasmará en el Diario Oficial que corresponda a dicha Junta». A pesar de la preocupación que se deduce del texto del RDAC, por informar a los consumidores de las empresas que se encuentran adheridas al sistema arbitral, lo cierto es que los instrumentos previstos pueden no ser muy eficaces. La situación que provoca la regulación actual es la de imponer una carga al consumidor de acudir a las instancias oportunas para conocer el ámbito o plazo de duración de la oferta pública emitida por la empresa con la que se dispone a contratar la adquisición de un bien o la obtención de un servicio.

De esta forma, si el consumidor no se sirve de esa información con carácter previo, puede ocurrir que, aun hecha la renuncia por la empresa, se continúe utilizando el distintivo y el usuario confíe en la veracidad de la información publicitada. Como no se prevé la consecuencia de este incumplimiento en el RDAC, hay que acudir a la regulación general contenida en la LGDCU. El artículo 8 de esta norma recoge la tesis acuñada ya por la doctrina y la jurisprudencia, en virtud de la cual «la oferta, promoción y

(136) Cfr. artículo 6 del RDAC.

(137) Cfr. artículo 4, letra c) del RDAC.

publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad y de acuerdo con el principio de conformidad con el contrato regulado en su legislación específica. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido». De este modo, aun cuando una empresa hubiera renunciado a la oferta emitida o hubiera transcurrido el plazo señalado al efecto, si se prueba efectivamente que el empresario continúa utilizando el distintivo, el convenio quedaría formalizado desde el momento en que el consumidor presente la solicitud de arbitraje (138).

3.3. *La comunicación de aceptación del arbitraje*

Si la empresa a la que se dirige la reclamación, no hubiera manifestado su voluntad de someterse al arbitraje de consumo, con carácter previo, a través de una oferta pública, podrá aceptar igualmente someterse al arbitraje. Según el artículo 9.1 del RDAC, una vez se haya notificado la solicitud del consumidor al reclamado, éste «deberá aceptarla o rechazarla por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, en el plazo de quince días hábiles a contar desde la recepción de la notificación». A continuación, en su apartado 2.º, el artículo 9 del RDAC, prevé que «en caso de que no constare formalizado previamente el convenio arbitral y el reclamado no contestase en el plazo establecido en el apartado anterior, la Junta Arbitral de Consumo ordenará el archivo de las actuaciones, notificándolo al reclamante».

Cuando aun se encontraba vigente la ALA, algún autor denunciaba la situación de desigualdad que podía crearse entre los reclamados que se adhieren mediante una oferta pública y los que lo hacen para cada supuesto concreto (139). Efectivamente, los empresarios que han emitido una oferta pública de sometimiento, podrán alegar, en su caso, y una vez puesta en su conocimiento la solicitud de arbitraje por el consumidor, las excepciones que estimen procedentes en su escrito de contestación (140), y que pueden ser no solo materiales, sino también de índole procesal (141). Ahora bien, si el

(138) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Presente...», pág. 23, quien adelanta la intención del legislador de llenar esta laguna, adoptando precisamente esta solución.

(139) Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, «Cuestiones problemáticas de procedimiento arbitral de consumo», en *AJA*, 2003, pág. 5.

(140) Cfr. artículo 22.2 de la LA.

(141) Así se deduce del artículo 22 de la LA, cuando dispone que: «los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones

profesional que no hubiera emitido una oferta pública decide someterse al juicio de los árbitros para solucionar una controversia en concreto, la situación que se crea puede reputarse un tanto anómala. Y es que, si una vez perfeccionado el convenio arbitral con la aceptación del empresario, éste señala después en su escrito de alegaciones la existencia de un defecto que impide al tribunal entrar a conocer sobre el fondo del asunto, su actuación no parece adecuada al principio de buena fe (142). Aun admitiendo la incoherencia del sistema que se desprende de este razonamiento, es cierto que esta situación puede tener lugar también en el marco de un arbitraje distinto del de consumo. La LA permite en su artículo 9.1 que las partes en el convenio arbitral expresen su voluntad inequívoca de «someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir» (143). La posibilidad de que el convenio se celebre *ad hoc*, es decir, una vez surgida la controversia, y para ese preciso supuesto, provoca que las excepciones que en su caso fueran argüidas por la parte demandada, se pongan de manifiesto con posterioridad a la formalización del acuerdo arbitral.

A la vista de esta identidad de hecho, y dada la supletoriedad de la LA respecto al RDAC, debe acudirse a aquella norma para definir el régimen aplicable. En este sentido, la LA muestra, respecto a su predecesora, una mayor flexibilidad en cuanto al momento procedimental oportuno para alegar las excepciones por el demandado. Concretamente, el artículo 22.2 de la LA dispone, en primer término, lo que sería la regla general, en tanto que «las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación». El artículo 23.1 de la ALA era más rigurosa, ya en sus términos, al disponer que «la oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales». Pero es que además, la nueva LA permite apartarse de la regla general, cuando dice en el mismo artículo 22.2, que «la excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como

relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia». El artículo 23 de la ALA disponía que: «La oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales».

(142) Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, *loc. cit.*, pág. 6. Este autor considera que «tal conducta, además de indicadora de un comportamiento poco acorde con las reglas de la buena fe, evidencia una lesión del principio general del derecho que impide ir en contra de los actos propios».

(143) En la ALA ya se contemplaba esta posibilidad en su artículo 1: «Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho».

se plantee durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito». Y en segundo término, cerrando el precepto citado, expone que «los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada» (144).

En definitiva, el momento oportuno para oponer las excepciones pertinentes a juicio del demandado, será el escrito de contestación. Concretamente, en el sistema arbitral de consumo, no parece que exista óbice, a mi juicio, para que se aleguen en el mismo escrito de aceptación del arbitraje por el reclamado. La misma LA, en su artículo 22.2, reconoce que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros no impide oponer las excepciones oportunas. De esta previsión, se desprende que la LA no estima contrario al principio de buena fe que el demandado, aun llevando a cabo de forma activa las actuaciones necesarias para el impulso del procedimiento arbitral, pueda señalar posteriormente aquellas circunstancias que pudieran ser impeditivas de una resolución sobre el fondo del asunto. Y es que, en definitiva, la voluntad de someterse al juicio de los árbitros designados sobre el fondo del asunto, debe comprender también el acatamiento de sus decisiones sobre las cuestiones procedimentales que se susciten.

IV. CONCLUSIÓN

Ya se ha señalado en más de una ocasión, a lo largo de este trabajo, las particularidades que hacen del sistema de consumo un arbitraje especial. Tanto, que a veces no resulta sencillo integrar la parca regulación del RDAC acudiendo a la normativa general de la LA. Por este motivo, se estima necesaria una intensa reforma del RDAC (145), intentando dar respuesta a las cuestiones que se han expuesto más arriba, y por supuesto a otras a las que no se ha podido hacer referencia (146). Fundamentalmente, se recuerda la conveniencia de replantearse la gratuidad como requisito del sistema arbitral de consumo, ya que a pesar de que se ha defendido en su momento la consustancialidad de esta característica a la función del arbitraje de consumo, tampoco puede despreciarse la adopción de ciertas medidas tendentes a un empleo más racional del sistema (147). Por otra parte, también sería deseable

(144) Cfr. SAMANES ARA, «Comentario al artículo 22», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, 2004, págs. 406 y 407.

(145) Cfr. DÍAZ ALABART, *loc. cit.*, pág. 1287.

(146) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Presente...», quien aborda en este trabajo una gran parte de los problemas existentes en la actual regulación del sistema arbitral de consumo, así como las posibles respuestas para su prevista actualización.

(147) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Presente...», pág. 36. Precisamente, tal y como apunta este autor, esa es la tendencia que parece seguirse en los trabajos preparatorios para la actualización de la normativa específica del arbitraje de consumo.

un pronunciamiento expreso sobre la exigencia o no de postulación en las distintas fases del procedimiento.

En lo que respecta a la decisión en equidad, no deja de llamar la atención la forma en que se declara la decisión en equidad como una posible alternativa para el arbitraje de consumo. Concretamente, la LA declara en su Disposición Adicional que «esta ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la LGDCU, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho». De un lado, permite algo que ya existe, y además obvia toda referencia al RDAC, aun cuando es la norma que desarrolla específicamente el arbitraje de consumo. Entre los comentaristas de la LA, se ha intentado explicar los términos en que se pronuncia el legislador (148). A mi juicio, lo más adecuado parece que sería entender que el legislador no ha hecho referencia expresa del RDAC, sospechando que tal mención pronto podría quedar desfasada (149). No en vano, la citada LMPCU, en su Disposición Final sexta emplaza al Gobierno para que en el término de un año desde la entrada en vigor de esta norma, dicte una nueva regulación para el arbitraje de consumo (150).

En último término, cabría estudiar una ampliación de las materias sobre las que puede proyectarse el arbitraje de consumo, así como de los sujetos legitimados para intervenir en el procedimiento (151). En lo que se refiere a los requisitos de capacidad, ya se ha sancionado en el apartado correspondiente la posible adaptación de las reglas generales en esta materia, a las circunstancias que concurren en muchas de las relaciones de consumo. Y ya para concluir esta reflexión debe insistirse, una vez más, sobre la acuciante necesidad de encontrar una solución a la limitación indiscriminada de la oferta por parte de las empresas (152). En la doctrina se han apuntado algunas propuestas que se dirigen a un control por los agentes competentes

(148) Cfr. MATEO SANZ, *op. cit.*, pág. 765; este autor justifica la referencia de la Ley en estos términos para dejar clara la preferencia de la equidad en las decisiones del arbitraje de consumo, y dotar de sustento legal a esta opción que únicamente puede deducirse del artículo 11.3 del Real Decreto.

(149) Cfr. PALAO MORENO, *cit.*, pág. 1625.

(150) Esta Disposición dice exactamente: «1. En el plazo de un año, desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, contando con el parecer de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo de Consumidores y Usuarios, dictará una nueva regulación del sistema arbitral de consumo, regulando también el arbitraje virtual.

2. Reglamentariamente se determinarán los supuestos en que podrá interponerse reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las Juntas Arbitrales Territoriales sobre admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje.

3. Reglamentariamente se establecerán los supuestos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo».

(151) Cfr. MARÍN LÓPEZ, *loc. cit.*, «Objeto...», pág. 159 y sigs.

(152) Cfr., en este sentido, ABELLÁN TOLOSA, «Hacia un nuevo reglamento del arbitraje de consumo», en CC, 2005, pág. 394.

para garantizar la protección de los consumidores y usuarios, por ejemplo, imponiendo algunos límites que marcaran la frontera más allá de la que no se podría aceptar la oferta emitida (153). Como ya se ha tenido oportunidad de señalar en su momento, en la situación actual se está permitiendo, en muchos casos, un verdadero fraude de ley que menoscaba de forma importante la debida protección de los intereses de los consumidores (154).

RESUMEN

CONVENIO ARBITRAL

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en vigor desde el 26 de marzo de 2004, ha supuesto un avance importante en esta institución como método de resolución de conflictos alternativos al judicial. Por otra parte, el hecho de que esta norma se dicte con una vocación general, hace que las novedades que introduce van a incidir de algún modo en todos los denominados arbitrajes especiales, es decir, en aquellos ámbitos en donde el procedimiento arbitral se ha desarrollado con unas particularidades especiales para servir al objeto que se persigue. Así sucede, de hecho, respecto de la protección de los consumidores y usuarios, donde el arbitraje regulado en el Real Decreto 636/1993, de 17 de diciembre, se presenta como un método rápido, eficaz y económico, puesto a disposición de este sector que por lo general se presenta como la parte contratante más vulnerable frente al profesional que oferta bienes o servicios. Este trabajo, por tanto, pretende analizar, desde esta perspectiva, algunas de las novedades que se introducen a través de la nueva Ley y fundamentalmente respecto a la formalización del convenio arbitral, que en el arbitraje de consumo reviste unas peculiaridades propias, derivadas fundamentalmente de su carácter de administrado.

ABSTRACT

ARBITRATED AGREEMENT

Act 60/2003 of 23 December on arbitration, in force since 26 March 2004, was an important step forward in the institution of arbitration as an alternative method to court proceedings for conflict resolution. Furthermore, the fact that the act was dictated as being general in scope means that the new features it introduced are in one way or another going to affect all of what is known as special arbitration, that is, the spheres where the arbitration procedure has developed special, unique features in order to meet the object pursued. Such is the case of consumer and user protection, where arbitration as regulated by Royal Decree 636/1993 of 17 December places a quick, effective, economical method at the disposal of consumers and users, a sector that in general is more vulnerable as a contractual party than the professionals who offer goods and services. This paper, then, endeavours to analyse from this perspective some of the new features introduced through the new act, fundamentally the conclusion of the arbitration agreement, which bears some unique features of its own in consumer arbitration, stemming fundamentally from its nature as the object of administration.

(Trabajo recibido el 06-09-07 y aceptado para su publicación el 10-10-08)

(153) Cfr. CHECA BRAVO, cit., pág. 129; MARÍN LÓPEZ, loc. cit., «Presente...», pág. 19.

(154) Cfr. MARÍN LÓPEZ, loc. cit., «Presente...», pág. 18.

ADENDA

En el periodo transcurrido entre la aceptación y la publicación de este artículo se han llevado a cabo reformas legislativas importantes que afectan al sustrato de este artículo. Ese hecho no obsta a que las reflexiones en él contenidas sean trasladables ahora en su mayoría a la nueva regulación; por otra parte, las reivindicaciones que se plasman en este estudio se han visto satisfechas en más de una ocasión por la nueva regulación. En relación con lo dicho, por tanto, pueden traerse aquí las modificaciones que afectan sustancialmente a las cuestiones tratadas en el presente trabajo. Por una parte, no puede dejar de mencionarse la entrada en vigor, en diciembre de 2007, del *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* y que dedica sus artículos 57 y siguientes a regular el marco general del arbitraje de consumo.

En segundo término, hay que destacar principalmente la sustitución del antiguo *Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, que se toma de hecho como referencia en el presente trabajo, por el actual *Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*. Esta norma introduce novedades muy importantes respecto a su antecesora, tal y como se puede advertir ya sólo en el aumento de su articulado que alcanza 64 disposiciones normativas, frente a las 17 que integraban la anterior legislación. No obstante, aquí sólo van a anotarse de forma sucinta aquellos extremos de la regulación que presentan una relación más directa con la materia objeto de estudio y que se contienen fundamentalmente en el artículo 3.2 (que determina la regulación aplicable a las Juntas Arbitrales); en los artículos 25, 26 y 28.2, párrafo segundo (en donde se hace referencia a las ofertas públicas y las consecuencias de su limitación, como es la creación de un distintivo específico); también es inevitable hacer hincapié en la admisión expresa de la reconvencción en el procedimiento arbitral de consumo contenida en el artículo 43; y ya por último, puede subrayarse en esta línea marcada por el presente artículo, la previsión del denominado arbitraje de consumo colectivo en los artículos 56 y siguientes.

DICTÁMENES Y NOTAS

Principales aspectos jurídicos controvertidos de la captación desleal de clientes

por
HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS
Abogado

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. SUPUESTO DE HECHO DE LA CAPTACIÓN DESLEAL DE CLIENTES.
- III. SUPUESTO DE HECHO DE LA ACCIÓN DEL ARTÍCULO 18.5.º DE LA LCD.
- IV. CONCRECIÓN DE LOS DAÑOS RESARCIBLES.
- V. REQUISITOS DE ESTIMACIÓN DE LAS ACCIONES DE LOS PRECEPTOS 18.1.º Y 18.5.º DE LA LCD:
 1. ACCIÓN MERODECLARATIVA (ART. 18.1.º DE LA LCD).
 2. ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS (ART. 18.5.º DE LA LCD).
- VI. POSIBLE DEFENSA ANTE LA ACCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL POR CAPTACIÓN DE CLIENTES.
- VII. CONCLUSIÓN.
- VIII. BIBLIOGRAFÍA.
- IX. REFERENCIA JURISPRUDENCIAL.

I. INTRODUCCIÓN

La captación desleal de clientes es uno de los supuestos más desconocidos dentro del tráfico económico. La calificación de desleal depende funda-

mentalmente del respeto de los principios que rigen en nuestro modelo de competencia. Como consecuencia de lo anterior y como se va a explicar a lo largo de este artículo, podría decirse que, a grandes rasgos, es desleal toda captación de clientes que tiene su origen en el aprovechamiento del esfuerzo, reputación o medios ajenos, en vez de en la eficiencia económica propia.

II. SUPUESTO DE HECHO DE LA CAPTACIÓN DESLEAL DE CLIENTES

La captación de clientes no está contemplada expresamente en la LCD como un tipo desleal. Ello conlleva que tanto la doctrina (1) como la jurisprudencia (2) recurran a la cláusula general del artículo 5 de la LCD para calificar como desleal la mencionada conducta.

En primer lugar, convendría precisar que la vulneración de la buena fe del artículo 5 de la LCD «no se identifica con cualquier regla de conducta tenida por la colectividad como exigible en cualquier ámbito de las relaciones humanas, y aún jurídicas, sino sólo a aquéllas que, siendo aptas en un sistema de libre competencia, sirvan para el buen orden concurrencial» (3). Esto implica que «una captación de clientes que resulte éticamente reprochable o contraria a los usos y costumbres, incluso los correspondientes al ramo de actividad donde se produce la captación, no sea desleal» (4).

(1) No de forma directa, vid. BARONA VILAR, *Competencia desleal*, Tirant lo Blanch, 2.ª ed., Valencia, 1999, pág. 36. Aunque hay autores que también lo encuadran en otros artículos en función de las circunstancias, como los preceptos 13 y 14, vid. VÁZQUEZ CUETO, págs. 409 y 410.

(2) Vid. STS de 29 de octubre de 1999 (RJ 1999/8164) y jurisprudencia menor que la sigue, como la SAP de Burgos, de 8 de junio de 2005 (AC 2005/2253). No obstante, algunas sentencias parecen aceptar la posibilidad de que la captación de clientes pueda ser desleal en virtud de otro artículo, como la SAP de Madrid, de 7 de octubre de 2005 (AC 2005/1757).

(3) Cfr. «II Congreso de Derecho Mercantil», pág. 87. En igual sentido, vid. MASSAGUER, pág. 147; BARONA VILAR, «Competencia desleal», *op. cit.*, págs. 33 y 34, entre otros.

(4) Desde una perspectiva de un ejercicio antisocial de la libertad de empresa, vid. MASSAGUER, *op. cit.*, pág. 147; VÁZQUEZ CUETO, pág. 641, y SAP de Lérida, de 9 de mayo de 1997 (AC 1997/1139); para un enfoque desde los intereses protegidos, vid. DE LA CUESTA, «Significado de la Ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, Boletín Oficial del Estado y Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1.ª ed., Madrid, 1992, págs. 25 y sigs., y SAP de Barcelona, de 1 de septiembre de 1995 (AC 1995/1718); centrada en la eficiencia económica, vid. MOLINA BLÁZQUEZ, págs. 268 y sigs., «II Congreso de Derecho Mercantil», pág. 87, y la SAP de Barcelona, de 6 de abril de 2005 (AC 2005/856), aunque también se refiere a los intereses y al abuso de competencia.

Así, en el caso concreto de la captación de clientes hay que partir de la premisa de que ésta es lícita (5). Y es que el ordenamiento español no reconoce ninguna relación de exclusividad entre las empresas y sus clientes o sus trabajadores (6). Consecuentemente, *la captación sólo se reputa como desleal cuando se realiza mediante «maniobras incorrectas» que consisten principalmente en la obtención de dichos clientes sin esfuerzo alguno o utilizando el engaño con los clientes, el descrédito del competidor o el aprovechamiento de su reputación o infraestructura* (7).

Por tanto, una captación de clientes basada en la eficiencia económica, es decir, en unas condiciones más ventajosas para el cliente, no puede reputarse como desleal (8). Por ello nuestros tribunales se suelen fijar en las siguientes circunstancias para determinar si hay deslealtad:

- a) *La captación de clientes de un competidor por un antiguo trabajador suyo*. Este supuesto puede concurrir tanto mediante la creación de una nueva empresa por el antiguo empleado como por el ingreso de éste en una empresa de la competencia. Este hecho no es por sí solo merecedor del calificativo de desleal según muchas sentencias (9), aunque nuestros tribunales suelen atender a esta situación para determinar si hay deslealtad, puesto que un antiguo trabajador ha podido utilizar los medios de su anterior empresario para captar los clientes en beneficio propio o de su nuevo empleador. *Máxime cuando la captación de clientes se produce antes de la salida del trabajador de su anterior empresa* (10).

(5) Vid. MOLINA BLÁZQUEZ, pág. 269; VÁZQUEZ CUETO, págs. 569 y 570, e incontables sentencias como la SAP de Guipúzcoa, de 19 de enero de 2005 (AC 2005/299) y SAP de Toledo, de 4 de febrero de 2005 (JUR 2005/73971), entre otras.

(6) Vid. STS de 29 de octubre de 1999 (RJ 1999/8164); SAP de Barcelona, de 13 de julio de 2005 (AC 2006/267); SAP de Madrid, de 7 de octubre de 2005 (AC 2005/1757) y SAP de Madrid, de 9 de junio de 2006 (AC 2007/259), entre otras.

(7) Vid. BARONA VILAR, «Competencia desleal», *op. cit.*, págs. 36 y 37; SAP de Huesca, de 21 de enero de 1995 (AC 1995/121); SAP de Guipúzcoa, de 19 de enero de 2005 (AC 2005/299); SAP de Barcelona, de 6 de abril de 2005 (AC 2005/856); SAP de Sevilla, de 3 de mayo de 2006 (AC 2006/2107), y STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007/262), entre otras.

(8) Vid. MASSAGUER, págs. 409 y 410, y VÁZQUEZ CUETO, págs. 569 y 570. Especialmente ilustrativa es la descripción del modelo de competencia protegido por nuestro ordenamiento que hace DE LA CUESTA, pág. 30 y sigs. Según este autor el modelo de competencia se basa en la claridad y diferenciación de las ofertas, la actuación de los oferentes en el mercado basada en su propio esfuerzo, cumplimiento de los operadores de la legalidad vigente, prohibición de arbitrariedad de los agentes económicos y garantía de la libre decisión de los consumidores.

(9) Vid. SAP de Valencia, de 2 diciembre de 2000 (JUR 2001/64230) y SAP de Madrid, de 7 octubre de 2005 (AC 2005/1757).

(10) Así lo entienden varias sentencias, como la SAP de Toledo, de 4 de febrero de 2005 (JUR 2005/73971) y SAP de Sevilla, de 3 de mayo de 2006 (AC 2006/2107).

- b) *Utilización de lista de clientes.* No es controvertido en nuestra jurisprudencia que las listas de clientes no constituyen un secreto empresarial (11). No obstante, *su uso por un competidor sí es considerado como una conducta desleal por numerosas sentencias* (12).
- c) *Se produzca una pérdida relevante e injustificada de clientes en un competidor en beneficio de otro empresario.* En primer lugar, hay que insistir en que la obtención de clientes de un competidor, basada en la eficiencia económica, no es desleal (13). Sin embargo, *una finalización de los contratos con los clientes de forma regular* (lo cual incluye la falta de prórroga de los mismos en el momento de su extinción), *sí es reputada por desleal cuando no responde a causas económicas. Sobre todo cuando hay una cercanía temporal entre la finalización de los contratos con el competidor y la contratación con el otro empresario, produciéndose un gran quebranto por el importante número de clientes que cambian de empresario* (14). A su vez, hay que señalar que alguna sentencia también se fija en la coincidencia temporal de la marcha de trabajadores del competidor a otra empresa junto con los clientes, aunque no haya habido incumplimiento contractual alguno por parte de los trabajadores y los clientes (15).
- d) *Concurrencia de medios que revelen la deslealtad de captación.* En este sentido, *las sentencias suelen reparar en el engaño y denigración* (16).

III. SUPUESTO DE HECHO DE LA ACCIÓN DEL ARTÍCULO 18.5.º DE LA LCD

El propio precepto establece con claridad que su supuesto de hecho lo constituye una producción de daños motivados por actos desleales en los

(11) Vid. STS de 29 de octubre de 1999 (RJ 1999/8164) y STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007/262).

(12) Vid. STS de 29 de octubre de 1999 (RJ 1999/8164); SAP de Valladolid, de 30 de enero de 2002 (AC 2002/515), y SAP de Burgos, de 8 de junio de 2005 (AC 2005/2253).

(13) Pronunciamientos ilustrativos al respecto se encuentran en las SSTs de 5 de junio de 1997 (RJ 1997/4608) y SAP de Barcelona, de 6 de abril de 2005 (AC 2005/856).

(14) Vid. STS de 19 de abril de 2002 (RJ 2002/3306) y la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 21 de marzo 2005 (JUR 2005/103284).

(15) Vid. SAP de Burgos, de 30 de enero de 2001 (AC 2001/795).

(16) Vid. SAP de Valencia, de 2 de diciembre de 2000 (JUR 2001/64230); SAP de Madrid, de 7 de octubre de 2005 (AC 2005/1757), y STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007/262), entre otras.

que haya intervenido dolo o culpa del autor de los mismos. En consecuencia, siguiendo a nuestra jurisprudencia (17), se podría decir que los elementos del supuesto de hecho son:

- a) *La comisión de un acto desleal* (18).
- b) *Que la actuación desleal se deba al dolo o la culpa del sujeto que realiza el mencionado comportamiento* (19).
- c) *Que se hayan producido unos daños efectivos, reales, actuales y evaluables económicamente* (20).
- d) *Que medie una relación de causalidad entre el hecho desleal y la producción de los daños* (21).

IV. CONCRECIÓN DE LOS DAÑOS RESARCIBLES

Con carácter previo habría que determinar qué tipo de daños son indemnizables. Debido al silencio que guarda la LCD al respecto, hay una gran incertidumbre. Sobre todo porque la posibilidad del uso de la denigración en la captación conlleva que puedan producirse daños morales, y por ende, que pueda condenarse a indemnizarlos. Sin embargo, puede concluirse siguiendo a BARONA VILAR (22) que *son indemnizables tanto los daños patrimoniales, generados por la pérdida de clientes, como los morales, originados por los medios desleales, sin olvidar los posibles gastos de la publicación de la sentencia cuando ésta se solicite*.

Como el tercer gasto no plantea controversia alguna, el estudio se centra en los otros dos gastos. No es frecuente la concurrencia de un daño moral en un supuesto de captación desleal de clientes, a no ser que medien actos de denigración u otros que puedan originarlos. No obstante, parece que *el mejor criterio para su determinación es el propuesto por la referida autora: atender a las circunstancias del daño, la gravedad de la lesión, difusión o audiencia del medio en que se haya producido y al beneficio que*

(17) Vid. SAP de Madrid, de 22 de abril de 1998 (AC 1998/1134); SAP de Castellón, de 18 marzo de 2000 (JUR 2001/106452); SAP de Málaga, de 20 junio de 2002 (JUR 2002/259909), y SAP de Valladolid, de 27 mayo de 2003 (JUR 2003/172521).

(18) Vid. SAP de Albacete, de 3 de junio de 1997 (AC 1997/1723).

(19) Vid. BACHARACH, «Acciones derivadas de la competencia desleal», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, págs. 134 y sigs., y «II Congreso de Derecho Mercantil», *op. cit.*, pág. 87.

(20) Vid. SAP de Madrid, de 13 de diciembre de 1994 (AC 1995/37).

(21) Vid. STS de 15 de octubre de 2001 (RJ 2001/9441) y STS de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6399).

(22) Cfr. BARONA VILAR, *Competencia desleal. Normas procesales en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia desleal*, Tirant lo Blanch, 1.ª ed., Valencia, 1991, págs. 35 a 38.

se haya obtenido como consecuencia del acto que ha producido el daño moral (23).

Los daños materiales también son difíciles de determinar. Aunque para los casos de captación desleal parece que hay que partir de la premisa que éstos son los generados por la marcha de los clientes a otro competidor (24). Por ello, parece que *el criterio más adecuado para determinarlos es el beneficio obtenido* (25). En efecto, en un supuesto de captación desleal de clientes, el daño patrimonial es el perjuicio económico que supone la pérdida de los mismos. Por tanto, es claro que dicho daño coincide con el perjuicio anteriormente enunciado, constituyendo un lucro cesante, y como tal, éste no puede suponer una mera expectativa de ganancia, como a continuación se va explicar.

La jurisprudencia ha enfatizado que únicamente son indemnizables los daños reales, efectivos, actuales y evaluables económicamente (26). Lo cual reduce sustancialmente la posibilidad de reclamar un lucro cesante. Por consiguiente, *la acción del artículo 18.5.º no ampara meras expectativas o posibles futuros ingresos*. Tiene que haber una certeza de que se iban a obtener los daños que se reclaman, es decir, los ingresos de los clientes que han contratado con la competencia (27). Por esa razón, *la existencia de una captación desleal de clientes no conlleva la condena automática de resarcimiento de daños* (28), dándose casos en los que se declara la deslealtad sin concesión de indemnización (29).

Esta condena requiere un juicio de probabilidad atendiendo a lo que lógicamente cabe esperar del curso normal de las cosas y de las circunstancias del caso concreto (30). Entre dichas circunstancias *los tribunales se fijan en la duración de los contratos, la existencia de exclusividad con el cliente, si la relación era de proveedor, si la contratación era circunstancial* (31), la

(23) Es decir, los criterios previstos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de 1982, de protección civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Cfr. BARONA VILAR, «Competencia desleal. Normas procesales en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal», *op. cit.*, pág. 37.

(24) Vid. SAP de Burgos, de 30 de enero de 2001 (AC 2001/795).

(25) En este sentido, OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, 1.ª ed., Pamplona, 1994, pág. 261, denuncia la traslación defectuosa de la LCD suiza al incluir una acción de enriquecimiento injusto en vez de haber utilizado la ganancia obtenida por el infractor como criterio de cálculo de los daños. Sin embargo, algunos autores como BACHARACH, *op. cit.*, pág. 136, defienden una valoración equitativa del juez siguiendo la solución italiana.

(26) Vid. SAP de Madrid, de 13 de diciembre de 1994 (AC 1995/37), entre otras.

(27) Vid. STS de 28 de octubre de 2004 (RJ 2004/7208); SAP de Valencia, de 9 de diciembre de 2004 (JUR 2005/67520); SAP de Valencia, de 21 de abril de 2005 (AC 2005/1169), y SAP de Málaga, de 20 de junio de 2005 (JUR 2005/186693).

(28) Vid. STS de 19 de enero de 2006 (RJ 2006/2659).

(29) Vid. SAP de Barcelona, de 6 de abril de 2005 (AC 2005/856).

(30) Vid. STS de 19 de enero de 2006 (RJ 2006/2659).

(31) Vid. SAP de Barcelona, de 6 de abril de 2005 (AC 2005/856).

relación entre la pérdida de clientes y el descenso en la facturación, o si la principal razón de la contratación por parte de los clientes era la marca (32). Y es que la captación desleal de clientes y la reducción de facturación no tienen porqué estar necesariamente relacionadas, pudiendo haber otras causas.

Aunque a dichas circunstancias podrían sumarse otras como la fidelidad de los clientes en ese sector (33), que los clientes perdidos hayan seguido contratando los mismos servicios o productos, mantenimiento de los clientes perdidos por parte del competidor (34), la importancia de las relaciones personales a la hora de contratar por parte del cliente (35), etc. No obstante, el factor fundamental debería ser el motivo del cambio por parte de los clientes.

En consecuencia con lo anterior, *la fijación de la cuantía de los daños patrimoniales debe hacerse valorando la pérdida de la clientela (36). Y tal valor no puede ser otro que la ganancia efectivamente obtenida por el competidor de los clientes captados deslealmente, ya que ésta constituye una cifra real, efectiva y actual que es evaluable económicamente. Sin embargo, a dicha cuantía habría que adicionar, siempre y cuando las circunstancias del caso concreto así lo aconsejen, todos los daños indirectos que se hayan podido ocasionar.* Por ejemplo, indemnizaciones laborales que se hayan tenido que abonar por despidos motivados por el descenso de actividad provocada por la captación desleal de clientes, penalizaciones por retrasos en los pagos fruto de la falta de liquidez originada por la captación desleal, pérdida de los locales, maquinaria, patentes, licencias, etc., por falta de pago por la misma causa...

Al criterio de cálculo de los daños patrimoniales expuesto, hay que hacerle tres matizaciones. Una cuestión recurrente en la práctica es la concreción del intervalo temporal que se computa a efectos a determinar el daño. Al respecto, algunas sentencias parecen seguir el criterio de utilizar la facturación anual obtenida de los clientes captados deslealmente (37). Sin embargo, parece que el criterio más adecuado sería atender a la duración habitual de los contratos celebrados con esos clientes y la duración de los contratos que el competidor y el anterior proveedor o prestador de servicios han suscrito con ellos.

(32) Vid. SAP de Madrid, de 17 de febrero de 2005 (AC 2005/425).

(33) Por ejemplo, en el sector servicios, la fidelidad suele ser inferior. Un ejemplo claro de escasa fidelidad en el suministro de productos lo constituyen las gasolineras, donde la contratación con los clientes es más una cuestión de localización y oportunidad.

(34) Es obvio que si los clientes continúan durante un largo tiempo con el competidor es que están satisfechos con sus productos o servicios. En consecuencia, éste sería un indicio importante de que la captación de los clientes tuvo su origen en la eficiencia económica.

(35) Y es que en ese caso es más que dudoso que se produzca una captación desleal, puesto que el motivo del cambio no sería el aprovechamiento del esfuerzo ajeno, sino del propio al establecer esa relación de confianza con el cliente. Vid. SAP de Guipúzcoa, de 19 de enero de 2005 (AC 2005/299).

(36) Vid. STS de 19 de enero de 2006 (RJ 2006/2659).

(37) Vid. SAP de Burgos, de 30 de enero de 2001 (AC 2001/795).

El primer intervalo permite observar cuál es la duración, en circunstancias normales, de la relación contractual con este tipo de clientes. El segundo proporciona el beneficio efectivamente obtenido por el competidor desleal. El tercero señala la ganancia que razonablemente podía esperar recibir el perjudicado. En la mayoría de los casos, ambos intervalos coincidirán, aunque en otros no. Para tales casos, y atendiendo siempre a las circunstancias del caso concreto, parece que habría que optar, en el caso de que fuera posible, por la duración del contrato que efectivamente hubiera celebrado el cliente con su anterior proveedor o prestador de servicios (38), puesto que la duración habitual respondería, en ese caso, a una mera expectativa.

La segunda de las matizaciones sería que hay que tener en cuenta que a la cuantía obtenida habría que quitarle los gastos en que hubiera incurrido el actor para prestar los servicios o suministrar los productos. En caso contrario se estaría enriqueciendo injustamente al demandante (39).

La tercera matización es que los tribunales conceden las indemnizaciones por lucro cesante con un criterio restrictivo, precisamente para evitar el mencionado enriquecimiento injusto por parte de los demandantes. Por tanto, en caso de duda sobre la existencia de los daños, éstos no deberían concederse.

En conclusión, los daños resarcibles se calcularían conforme a la siguiente fórmula:

$$\text{Indemnización por captación desleal} = DP + DM + GPS$$

Donde:

DP serían los daños patrimoniales, que estarían compuestos por los daños directos (el perjuicio económico proveniente de la pérdida de clientes) y los daños indirectos (indemnizaciones laborales, penalizaciones, etc.). El daño directo se determinaría por la ganancia obtenida por el competidor desleal por los clientes captados deslealmente durante el tiempo que hubieran contratado con el anterior prestador de servicios o proveedor. Y a tal cantidad habría que deducir los gastos en que se hubiera incurrido por suministrar los productos o prestar el servicio.

DM serían los daños morales ocasionados por los medios desleales y habrían de calcularse atendiendo las circunstancias de cada caso.

GPS serían los gastos ocasionados por la publicación de la sentencia.

(38) A estos efectos puede ser especialmente útil cualquier documento de la negociación de la renovación o de la prórroga del contrato relativo a la duración.

(39) Lo cual no deja de ser la aplicación de los principios *ob iniustam causam, ob causam turpem, condicio indebite*. Vid. STS de 13 de diciembre de 1991 (RJ 1991/9002) y STS de 27 de julio de 1995 (RJ 1995/5734), aunque se refieran a otros casos.

V. REQUISITOS DE ESTIMACIÓN DE LAS ACCIONES DE LOS PRECEPTOS 18.1.º Y 18.5.º DE LA LCD

Aunque ambas acciones se acumulen en la práctica, esto no supone que cada acción pierda sus propios requisitos de estimación. Por ello, se van a analizar éstos de forma separada para cada acción.

1. ACCIÓN MERODECLARATIVA (art. 18.1.º de la LCD)

Siguiendo a BARONA VILAR (40), puede decirse que toda acción merodeclarativa tiene dos elementos que configuran su tutela: la existencia de una norma que ampare su ejercicio y de un interés. Respecto al primer elemento, ya se ha apuntado que el fundamento sustantivo de esta acción se encuentra en la cláusula general del artículo 5 de la LCD. Amén del procesal que, obviamente, radica en el artículo 18.1.º de la LCD. Por ello, el requisito de estimación es la concurrencia del supuesto de hecho descrito en el apartado II.

En cuanto a la necesidad de que exista un interés para su estimación, puede concluirse junto con BARONA VILAR (41), que deben concurrir los siguientes elementos:

- a) Justificación de la presencia de una incertidumbre real, objetiva y actual durante toda la pendencia del proceso. Es decir, debe haber una situación jurídica controvertida. En nuestro caso, la captación de clientes.
- b) Dicha situación debe hallarse en conexión con el demandado. En el supuesto estudiado en este artículo, tal conexión es la autoría o participación en la captación de clientes.
- c) La mencionada situación debe ocasionar un perjuicio al actor. Así, en el caso analizado, se produciría una pérdida de clientes con el consiguiente perjuicio económico.

Asimismo, a estos efectos es importante aclarar la interpretación que hay que hacer sobre el requisito de la subsistencia de la perturbación, que expresamente recoge el precepto 18.1.º de la LCD. Y ello porque una interpretación literal del artículo, tal y como impone el artículo 3.1 del Código Civil, conllevaría que no pudieran resarcirse los daños ocasionados por un acto desleal que ha sido completamente ejecutado.

(40) Cfr. BARONA VILAR, «Competencia desleal», *op. cit.*, pág. 112 y sigs. Aunque la citada autora postula la tutela merodeclarativa sin necesidad de que exista una norma expresa que ampare su ejercicio.

(41) Cfr. BARONA VILAR, «Competencia desleal», *op. cit.*, pág. 117 y sigs.

Por tanto, parece oportuno seguir la postura de OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, estimando que la palabra perturbación se refiere a los efectos (42). Así, todas las acciones que precisen para su estimación que el acto sea declarado desleal podrían prosperar aunque dicha conducta haya sido plenamente realizada. Y es que esta interpretación es la más coherente con el criterio sistemático que señala el citado artículo 3.1 del Código Civil, puesto que el conjunto de la LCD pretende evitar precisamente ese resultado.

En consecuencia con lo anterior, puede concluirse que los requisitos de estimación de la acción merodeclarativa son la existencia de una norma que ampare el ejercicio de la acción (arts. 5 y 18.1.º de la LCD), la concurrencia del supuesto de hecho de una captación desleal de clientes descrito en el apartado II, la subsistencia de los efectos de la captación desleal de los clientes (43) (es decir, su perjuicio) y la existencia de un interés en el ejercicio de la acción.

2. ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS (art. 18.5.º de la LCD)

Los requisitos de estimación de esta acción coinciden con los elementos de su supuesto hecho descritos en el apartado III, es decir, un acto desleal, la existencia de unos daños, una relación de causalidad entre ambos y que haya dolo o culpa del agente.

El problema surge con la limitación de la legitimación pasiva respecto a los sujetos que realicen, ordenen o cooperen con la realización del acto desleal. Esta restricción normativa, en cuanto a la legitimación pasiva, podría provocar que en todos los supuestos en los que no se pueda demostrar que la empresa beneficiaria de la captación desleal ordenó o participó en la misma (lo cual es bastante complicado en la realidad), ésta no podría ser condenada. Consecuentemente, el competidor que ha sufrido la conducta desleal sólo podría reclamar daños a las personas físicas que intervinieron en la misma, con el consiguiente riesgo de imposibilidad de cobro de los daños que se le hayan originado.

(42) Cfr. OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, *op. cit.*, págs. 266 a 268, haciéndose eco de las opiniones de otros autores como OTERO, GIMENO y BACHARACH. Así este autor sostiene que la exigencia del requisito de la subsistencia de la perturbación es un error de dicción al intentar emular su norma inspiradora la LCD Suiza. En igual sentido, vid. BARONA VILAR, *Competencia desleal*, pág. 124 y sigs., y SAP de Valencia, de 18 de julio de 1997 (AC 1997/1448). De hecho algunas sentencias, como la SAP de Valladolid, de 26 de mayo de 1997 (AC 1997/1047), incluso parecen aceptar que se pueda ejercitar la acción merodeclarativa antes de que se produzcan los efectos de la perturbación.

(43) En el caso de captación desleal de clientes parece que debe entenderse que no habría subsistencia de efectos si los clientes han vuelto a contratar con el actor. En efecto, en tal situación es difícil sostener una justificación para una tutela judicial al amparo de la LCD, ya que una contratación puntual con otro competidor es una consecuencia normal de la libertad y rapidez de contratación del mercado.

Por esa razón, parece pertinente ampliar la legitimación pasiva al sujeto beneficiario de la captación desleal, puesto que así se evita el tener que iniciar otro proceso con ese objeto, dándose cumplimiento al principio de economía procesal establecido en la Exposición de Motivos de la LEC. Además de esta forma se obtendría una solución más acorde a la equidad y a la justicia material que impone el artículo 1.1 de la Constitución.

La segunda cuestión controvertida es que el requisito del dolo o culpa del agente no se exige respecto al comportamiento desleal, conforme al artículo 5 de la LCD y la doctrina y jurisprudencia que lo aplica. Por tanto, se produce la paradoja que una captación desleal de clientes podría ser declarada y su autor y beneficiarios podrían no ser condenados a indemnizar los daños ocasionados debido a la falta de dolo o de culpa.

Esta consecuencia injusta ha sido sorteada por parte de la doctrina (44) mediante la postulación de una inversión de la carga de la prueba. Es decir, el establecimiento de una presunción *iuris tantum* de culpabilidad. Esta solución carente de respaldo normativo en nuestro ordenamiento parece la más adecuada, por cuanto establece una carga probatoria más ajustada a la realidad del supuesto. Y es que el competidor que ha sufrido la captación desleal difícilmente puede demostrar la intencionalidad o conocimiento y aceptación de los autores, partícipes o beneficiarios del acto desleal.

VI. POSIBLE DEFENSA ANTE LA ACCIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL POR CAPTACIÓN DE CLIENTES

La acción del artículo 5 de la LCD es muy utilizada por los empresarios con la finalidad de evitar prácticas concurrenciales incómodas de sus competidores, como denuncia la SAP de Cádiz, de 12 de junio de 1992 (AC 1992/847).

Ante esta práctica, las principales líneas de defensa consisten en:

1. *Desacreditar la presunta titularidad de los clientes.* A este respecto, lo primero que hay que destacar es que no hay protección jurídica alguna para una pretendida relación exclusiva entre los clientes y los empresarios (45).

Sin perjuicio de lo anterior, nuestros tribunales atribuyen una especie de «titularidad» de los clientes a los empresarios de cara a analizar la posible deslealtad en la captación de clientes. Y para tal determinación se fijan en los siguientes datos:

(44) Vid. MOLINA BLÁZQUEZ, págs. 301 y 302. Aunque otros autores rechazan el requisito del dolo o la culpa, considerando que tal exigencia puede deberse a una mala traslación de la figura del Derecho alemán. Vid. OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, *op. cit.*, págs. 274 y 275.

(45) Vid. SAP de Barcelona, de 13 de julio de 2005 (AC 2006/267); SAP de Madrid, de 7 de octubre de 2005 (AC 2005/1757), y SAP de Madrid, de 9 de junio de 2006 (AC 2007/259).

- a) *Que la captación de clientes no se deba al buen hacer comercial del pretendido captador desleal* (46).
- b) *Que la relación con el cliente sea directa y se base en la confianza, siendo relevante, a este respecto, que al cliente le resulte indiferente quién le presta el servicio o le vende el producto*. Es decir, que el cliente prima la relación con la persona de contacto sobre la estructura empresarial del vendedor o del prestador de servicios (47).
- c) *Que el captador ya tuviera conocimiento o contacto de esos clientes* (48).
- d) *Que la clientela contratara con el anterior proveedor o prestador de servicios por una marca que pertenece al competidor que presuntamente le ha arrebatado deslealmente los clientes* (49).

En consecuencia, mediante la prueba de estas situaciones puede eliminarse un elemento esencial del supuesto de hecho del tipo del artículo 5 de la LCD: la «titularidad» de los clientes por parte del competidor. Y con la acreditación de su ausencia, la demanda ejercitada al amparo del citado artículo ha de ser desestimada.

2. *Falta de identificación de la presunta conducta desleal*. La acción del precepto 5 de la LCD recoge un tipo específico y autónomo del resto de conductas desleales contempladas en la Ley, como indican la STS de 6 de junio de 1997 (RJ 1997/4611), STS de 11 de octubre de 1999 (RJ 1999/7323) y STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007/262).

Esto implica que los actores deben identificar de forma precisa cuál es el pretendido comportamiento desleal, y que éste no sea encuadrable en ninguno de los otros tipos de la LCD. Por tanto, una conducta desleal de captación de clientes no permite el ejercicio de acciones al amparo de otros preceptos que no sean el 5 de la LCD. No obstante, la mayoría de las demandas suelen argumentar que hay una pérdida de clientes por estratagemas del competidor, ejercitando prácticamente todas las acciones previstas en la LCD, en un intento de que se estime la deslealtad mediante cualquier vía. Este tipo de demandas adolecen de forma flagrante de los requisitos de identificación de la conducta desleal y de sustantividad del tipo del artículo 5 de la LCD, y por ello, deben ser desestimadas.

3. *Carencia de prueba del hecho desleal*. Tras la derogación del precepto 26 de la LCD por la LEC, rige el principio general establecido en el artículo 217.2 de la LEC, consistente en que la parte que alega un hecho debe

(46) Vid. SAP de Guipúzcoa, de 19 de enero de 2005 (AC 2005/299).

(47) Vid. SAP de Madrid, de 7 de octubre de 2005 (AC 2005/1757), y SAP de Barcelona, de 13 de julio de 2005 (AC 2006/267).

(48) Vid. SAP de Valencia, de 2 de diciembre de 2000 (JUR 2001/64230).

(49) Vid. SAP de Madrid, de 17 de febrero de 2005 (AC 2005/425).

de probarlo. En consecuencia, *deben ser los demandantes los que acrediten, mediante pruebas claras, directas y categóricas, la realización del acto desleal* (50). Por tanto, todas las demandas que fallen en ese deber probatorio respecto a la existencia de medios que revelen deslealtad como la denigración, engaño o uso de listas de clientes, también deben ser desestimadas. Y es que, como comentan numerosas sentencias (51), incluso el contacto sistemático con antiguos clientes de un competidor no se considera desleal si no se acredita el empleo de medios que demuestren tal carácter.

4. *La finalidad de la LCD obliga a una aplicación restrictiva de la misma.* En efecto, la finalidad de la citada norma es proteger la competencia y los intereses de todos los operadores del mercado, incluyendo los consumidores, tal y como dispone el artículo 1 de la LCD, su Exposición de Motivos y mencionan algunas sentencias como la SAP de Zaragoza, de 1 de diciembre de 1997 (AC 1997/2393). Y la principal consecuencia de ello es que la estimación de este tipo de acciones debe ser restrictiva, como señala la SAP de Madrid, de 9 de junio de 2006 (AC 2007/259).

5. *Ausencia de los requisitos exigidos por el artículo 18.5.º de la LCD para obtener una indemnización por la conducta desleal.* Es notorio que el principal interés en el ejercicio de la acción del precepto 18.1.º de la LCD es la consecución de una indemnización por el ejercicio conjunto de dicha acción con la prevista en el artículo 18.5.º de la LCD, al amparo de los preceptos 71 y siguientes de la LEC.

Por esta razón, toda demanda ejercitada en virtud del artículo 18.5.º de la LCD, que no pruebe suficientemente cualquiera de estos elementos expuestos en el apartado III, y especialmente la causalidad entre el daño y la conducta desleal, debe ser desestimada. Además, también debe de precisarse que el daño reclamado en la mayoría de los casos es un lucro cesante. Es decir, los ingresos que hubiera percibido el competidor si los clientes hubieran seguido contratando con él. Y este tipo de daño es interpretado y concedido de forma restrictiva por nuestros tribunales (52).

(50) Vid. STS de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003/6399); STS de 1 de diciembre de 2005 (RJ 2005/7746) y STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007/262). Aunque a este respecto resulta especialmente ilustrativa la SAP de Sevilla, de 3 mayo de 2006 (AC 2006/2107).

(51) Vid. SAP de Barcelona, de 13 de julio de 2005 (AC 2006/267); la SAP de Sevilla, de 3 mayo de 2006 (AC 2006/2107); la SAP de Madrid, de 9 de junio de 2006 (AC 2007/259), y STS de 24 de noviembre de 2006 (RJ 2007/262), entre otras.

(52) Vid. STS de 28 de octubre de 2004 (RJ 2004/7208); SAP de Valencia, de 9 de diciembre de 2004 (JUR 2005/67520); SAP de Valencia, de 21 de abril de 2005 (AC 2005/1169), y SAP de Málaga, de 20 de junio de 2005 (JUR 2005/186693).

VII. CONCLUSIÓN

Por tanto, el corolario del presente artículo es que la captación de clientes por un competidor únicamente es desleal cuando se realiza con medios que acrediten tal carácter. Éstos son principalmente el aprovechamiento de los medios, méritos o infraestructura del competidor. Y es precisamente en la identificación de tal conducta y en su prueba, donde suelen fallar las acciones fundamentadas en una captación desleal de clientes. Lo cual motiva que la mayoría de esas demandas deban ser desestimadas.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BACHARACH: «Acciones derivadas de la competencia desleal», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE y Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, 1.ª ed., págs. 121 a 137.
- BARONA VILAR: *Competencia desleal. Normas procesales en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*, Tirant lo Blanch, 1.ª ed., Valencia, 1991.
- *Competencia desleal*, Tirant lo Blanch, 2.ª ed., Valencia, 1999.
- DE LA CUESTA: «Significado de la Ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal», en *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991*, BOE y Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1.ª ed., Madrid, 1992, págs. 24 a 33.
- MASSAGUER: *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1999.
- MOLINA BLÁZQUEZ: *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Montecorvo, 1.ª ed., Madrid, 1993.
- OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT: *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, 1.ª ed., Pamplona, 1994.
- VÁZQUEZ CUETO: «La apropiación de la clientela ajena y la Ley de Competencia Desleal», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 244, abril-junio de 2002, Madrid, págs. 569 a 652.

IX. REFERENCIA JURISPRUDENCIAL

- STS de 13 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991/9002).
- SAP de Cádiz, de 12 de junio de 1992 (*AC* 1992/847).
- SAP de Madrid, de 13 de diciembre de 1994 (*AC* 1995/37).
- SAP de Huesca, de 21 de enero de 1995 (*AC* 1995/121).
- SAP de Barcelona, de 1 de septiembre de 1995 (*AC* 1991/1718).
- STS de 27 de julio de 1995 (*RJ* 1995/5734).
- SAP de Lérida, de 9 de mayo de 1997 (*AC* 1997/1139).
- SAP de Valladolid, de 26 de mayo de 1997 (*AC* 1997/1047).

- SAP de Albacete, de 3 de junio de 1997 (*AC* 1997/1723).
- STS de 6 de junio de 1997 (*RJ* 1997/4611).
- SAP de Valencia, de 18 de julio de 1997 (*AC* 1997/1448).
- SAP de Zaragoza, de 1 de diciembre de 1997 (*AC* 1997/2393).
- SAP de Madrid, de 22 de abril de 1998 (*AC* 1998/1134).
- STS de 11 de octubre de 1999 (*RJ* 1999/7323).
- STS de 29 de octubre de 1999 (*RJ* 1999/8164).
- SAP de la Audiencia Provincial de Castellón, de 18 marzo de 2000 (*JUR* 2001/106452).
- SAP de Valencia, de 2 diciembre de 2000 (*JUR* 2001/64230).
- SAP de Burgos, de 30 de enero de 2001 (*AC* 2001/795).
- STS de 15 de octubre de 2001 (*RJ* 2001/9441).
- SAP de Valladolid, de 30 de enero de 2002 (*AC* 2002/515).
- STS de 19 de abril de 2002 (*RJ* 2002/3306).
- SAP de Málaga, de 20 de junio de 2002 (*JUR* 2002/259909).
- SAP de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 27 mayo de 2003 (*JUR* 2003/172521).
- STS de 29 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003/6399).
- STS de 28 de octubre de 2004 (*RJ* 2004/7208).
- SAP de Valencia, de 9 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/67520).
- SAP de Guipúzcoa, de 19 de enero de 2005 (*AC* 2005/299).
- SAP de Toledo, de 4 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/73971).
- SAP de Madrid, de 17 de febrero de 2005 (*AC* 2005/425).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 21 de marzo 2005 (*JUR* 2005/103284).
- SAP de Barcelona, de 6 abril de 2005 (*AC* 2005/856).
- SAP de Valencia, de 21 de abril de 2005 (*AC* 2005/1169).
- SAP de Burgos, de 8 de junio de 2005 (*AC* 2005/2253).
- SAP de Málaga, de 20 de junio de 2005 (*JUR* 2005/186693).
- SAP de Barcelona, de 13 julio de 2005 (*AC* 2006/267).
- SAP de Madrid, de 7 de octubre de 2005 (*AC* 2005/1757).
- STS de 1 de diciembre de 2005 (*RJ* 2005/7746).
- STS de 19 de enero de 2006 (*RJ* 2006/2659).
- SAP de Sevilla, de 3 de mayo de 2006 (*AC* 2006/2107).
- SAP de Madrid, de 9 de junio de 2006 (*AC* 2007/259).
- STS de 24 de noviembre de 2006 (*RJ* 2007/262).

RESUMEN

COMPETENCIA DESLEAL

Un caso recurrente al que se enfrentan nuestros tribunales es la captación desleal de clientes. El ánimo de los empresarios de evitar la pérdida de los mismos, o al menos conseguir una compensación, junto con la indeterminación jurídica en torno a este supuesto, han motivado que las demandas por esta causa proliferen de forma exponencial.

Como se ha apuntado, el principal problema de este supuesto es concretar el hecho al que el ordenamiento reputa desleal. En este sentido, el principal criterio para determinarlo, según la jurisprudencia y la más destacada doctrina, es la circunstancia de que los clientes se hayan obtenido mediante el engaño, el descrédito del competidor o la utilización de sus medios o infraestructuras, como las listas de clientes. Es decir, el ordenamiento únicamente protege la eficiencia económica y no la relación de exclusividad con los clientes, desligándose de los principios éticos o deontológicos que puedan resultar aplicables.

La otra cuestión especialmente controvertida es qué conceptos pueden ser objeto de indemnización. Siguiendo a nuestros tribunales y autores, puede concluirse que la compensación puede incluir: (i) el daño emergente, compuesto por los gastos que ha tenido que afrontar el perjudicado; (ii) el lucro cesante, integrado por los beneficios obtenidos por el competidor desleal por la correspondiente prestación de servicios o suministro; (iii) los daños morales; (iv) los gastos de publicación de la sentencia. Al respecto es importante resaltar que la concesión del lucro cesante suele ser restrictiva.

Por tanto, el éxito de este tipo de demandas depende de la correcta identificación y prueba suficiente del acto desleal.

ABSTRACT

UNFAIR COMPETITION

One recurring type of case our courts have to face is that of unfair practices to steal customers. Because of business owners' anxiety to avoid losing clients, or at least their anxiety to receive compensation, together with the legal fuzziness surrounding the event, suits on these grounds are proliferating exponentially.

As hinted, the main problem in such circumstances is specifying the event that legislation holds to be «unfair». In this sense, the main criterion for determining unfairness according to case law and leading doctrine is the circumstance of the customers' having been obtained by means of deceit, some discrediting of the competitor or some use of the competitor's resources or infrastructure, such as the competitor's customer lists. That is to say, legislation protects only economic efficiency, not a company's exclusive relationship with its customers, and is unattached to any ethical or deontological principles that may prove applicable.

The other especially controversial issue is for what items damages may be sought. Following our courts and authors, it may be concluded that compensation may include: (i) indirect damage, comprising the expenses the injured party has had to bear; (ii) loss of income, made up of the profits earned by the unfair competitor through the corresponding rendering of services or supply; (iii) mental anguish; (iv) the expenses of publishing the ruling. It is important in this respect to emphasize that the granting of loss of income is usually restrictive.

Therefore, the success of this type of suit depends on correct identification and sufficient proof of the unfair act.

(Trabajo recibido el 09-01-08 y aceptado para su publicación el 10-10-08)

DERECHO COMPARADO

El carácter mercantil de la unificación internacional del Derecho Contractual

Principios UNIDROIT y Principios de Derecho Contractual Europeo ()*

por

DANIEL ESPINA

*Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Barcelona*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: LOS TEXTOS PRINCIPALES EN LA UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO CONTRACTUAL.
- II. LA COINCIDENCIA DE LAS DISTINTAS PROPUESTAS EN FORMULAR REGLAS UNIFICADAS COMO SUPERACIÓN DE LA DIVERSIDAD LEGISLATIVA NACIONAL:
 1. LA COINCIDENCIA FUNCIONAL EN EL ÁMBITO MERCANTIL DE APLICACIÓN.
 2. LA COINCIDENCIA INSTRUMENTAL COMO ORDEN NORMATIVO A DISPOSICIÓN DE LOS CONTRATANTES.
- III. LA COINCIDENCIA MATERIAL EN LA REGULACIÓN PROPUESTA COMO DERECHO UNIFICADO DE LOS CONTRATOS:
 1. EL AMPLIO RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA COMO PILAR DEL DERECHO CONTRACTUAL
 2. LA RECONDUCCIÓN DEL DEBATE SOBRE LA CAUSA EN EL CONTRATO AL RÉGIMEN EFECTIVO DE LOS LÍMITES GENERALES A SU RECONOCIMIENTO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES:

(*) Ponencia del autor en el I Congreso de Derecho Contractual Europeo y Principios Unidroit, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de las Islas Baleares y celebrado los días 26 y 27 de abril de 2007. La Ponencia formaba parte de la mesa sobre el tema «“Acquis communautaire”, Principios de la Unión Europea y Principios Unidroit: ¿pueden coexistir?», y se publicará junto con las actas del Congreso.

- a) *La ponderación de la causa como elemento y requisito del contrato en el tráfico mercantil.*
 - b) *La tipicidad mercantil del contrato como superación de la cuestión causal:*
 - b') La ausencia de propia cuestión causal en la ponderación del distinto poder negociador de las partes.
 - b'') La ausencia de propia cuestión causal en la prevención normativa frente a las cláusulas abusivas.
 - c) *El mantenimiento en todo caso de la revisión causal de los fines de las partes.*
- 3. LA AUSENCIA DE ESPECIALIDAD EN MATERIA DE CAPACIDAD DE LAS PARTES.
 - 4. LA ADOPCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRODUCTIVIDAD DE INTERESES DE LAS OBLIGACIONES.
 - 5. EL RECONOCIMIENTO EXPRESO DE LA FUNCIÓN SOLUTORIA DE LOS NUEVOS MEDIOS DE PAGO.
- IV. EL DISTINTO RITMO Y EL IMPULSO RECÍPROCO ENTRE LAS DIFERENTES PROPUESTAS DE UNIFICACIÓN COMO PONDERACIÓN DE SU DIVERSO ALCANCE NORMATIVO:
- 1. LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE PRODUCTIVIDAD DE INTERESES A LA PROPIA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERÉS
 - 2. LA ADOPCIÓN DEL PRINCIPIO MERCANTIL DE LA SOLIDARIDAD DE LAS OBLIGACIONES.
- V. CONCLUSIÓN: UNA FORMULACIÓN UNIFORME DE LAS ESPECIALIDADES MERCANTILES DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

I. INTRODUCCIÓN: LOS TEXTOS PRINCIPALES EN LA UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO CONTRACTUAL

Tras el estudio, por parte de los ponentes de la primera mesa, de los problemas y caracteres generales de la construcción de un Derecho Privado europeo e internacional en el ámbito contractual, parece correspondernos ahora, a los de la segunda, la presentación general de los principales procesos encaminados a ese fin. En esta Ponencia se procurará, por ello, una presentación y comparación inicial de los textos sobre los que pretenden centrarse esencialmente las labores del Congreso: los llamados «Principios de Derecho Contractual Europeo» (1) y los «Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Inter-

(1) Véase Ole LANDO/Hugh BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law, Part I. Performance, Non-performance and Remedies*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1995; Ole LANDO/Hugh BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II Combined and Revised (Prepared by The Commission of European Contract Law)*, Kluwer, La Haya, 2000; y Ole LANDO/Eric CLIVE/André PRÜM/Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *Principles of European Contract Law, Part III (Prepared by The Commission of European Contract Law)*, Kluwer, La Haya, 2003 (se citarán los dos últimos como «PECL I & II [1999]» y «PECL III [2002]»). Versión en español: *Principios de Derecho Contractual Europeo*,

nacionales» (2). No dejarán de mencionarse, con todo, otras aportaciones de inspiración más o menos cercana, en especial cuando ofrezcan soluciones o perspectivas diferentes sobre las mismas cuestiones examinadas (3).

Al efecto, se tratarán específicamente aquellos aspectos generales que permiten caracterizar funcional e instrumentalmente las diferentes propuestas, como expresión probablemente de lo ya mencionado en las intervenciones anteriores, pero dando razón, en lo posible, de su esencial coincidencia y señalando también su concreción material en las previsiones normativas que contienen. Aunque el objeto de análisis hubiese podido extenderse, se ha circunscrito a los extremos que no está previsto analizar en ponencias sucesivas, sobre la interpretación y aplicación de los textos y sobre la determinación de algunos de sus contenidos, suponiendo que su incorporación aquí no habría conducido a replantear por entero los resultados que se exponen a continuación.

II. LA COINCIDENCIA DE LAS DISTINTAS PROPUESTAS EN FORMULAR REGLAS UNIFICADAS COMO SUPERACIÓN DE LA DIVERSIDAD LEGISLATIVA NACIONAL

Frente a la pluralidad de legislaciones nacionales conexas con cada operación en el comercio internacional, o a la misma diversidad de ordenamientos entre los Estados miembros de la Unión Europea; y frente a la propia elaboración o reconocimiento estatal del respectivo derecho positivo o de los medios normativos para su coordinación; los dos textos examinados se proponen una semejante formulación privada y puesta a disposición de los interesados de reglas generales unívocas en materia contractual (cfr. art. 1:101 [1] PECL I & II [1999] y Preámbulo [I] UNIDROIT Principles 2004). Como en toda labor de

Partes I y II. Los trabajos de la «Comisión de Derecho Contractual Europeo» (Pilar BARRES BENLLOCH/José Miguel EMBID IRUJO/Fernando MARTÍNEZ SANZ, eds.), Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.

(2) Véase *Principles of International Commercial Contracts*, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Roma, 1994 (versión en español: *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado [UNIDROIT], Roma, 1995 [reimp. corregida 2001]); y *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004*, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Roma, 2004 (se citará el segundo, como «UNIDROIT Principles 2004»).

(3) En especial: Giuseppe GANDOLFI (coord.), *Code Européen des Contrats, Avant-projet, Livre Première, I*, Accademia dei Giusprivatisti Europei (Pavia)/Giuffrè, Milán, 2002 (3.^a). (Se citará como «Cod. eur. contr. I.1»). Para un texto en español: José Luis DE LOS MOZOS/Agustín LUNA SERRANO, «Academia de iusprivatistas europeos de Pavia. “Código Europeo de Contratos” (Anteproyecto)», en *RGLJ*, 2001, págs. 713 a 804; Gabriel GARCÍA CANTERO (dir.), «La traducción española de la Parte General del Código Europeo de Contratos», en *RJN*, 44 (2002), págs. 299 a 396.

tamaño enjundia, y renovando prevenciones manifestadas históricamente frente a las codificaciones decimonónicas, parecen contraponerse las dificultades y oportunidad de su consecución técnica a la debida corrección por el estado democrático de la imposición de cierta realidad del tráfico según el interés de los grupos sociales dominantes (4). Sea como fuere, cabe presuponer una parecida pretensión normativa en ambas propuestas, más o menos inmediata en una de ellas o postergada en la otra, y procede esclarecer así por igual su recta conjunción con los ordenamientos estatales ante cuyas instancias jurisdiccionales o administrativas vayan a hacerse valer en su momento.

(4) La propia formación y desarrollo de un derecho autónomo de la práctica comercial internacional, en cuanto suerte de derecho vivo creado por los propios medios profesionales del tráfico mercantil, ha podido explicarse como una respuesta a la lentitud y dificultades de una mayor unificación por la vía legislativa; pero se explica ésta a su vez, más allá del factor técnico de las diferencias entre los sistemas jurídicos de las llamadas *civil* y *common law*, por la oposición entre los países industrializados, bajo cuya influencia dominante se ha venido desenvolviendo el Derecho Uniforme Internacional, y los países en vías de desarrollo, que han accedido a la independencia tras el proceso de descolonización; sin decisiva relevancia, en cambio, de la contraposición entre sistemas de economía de mercado y de economía centralizada, coincidentes cuando menos en desarrollar las relaciones comerciales internacionales de carácter privado dentro de la más amplia libertad contractual. Véase José María GONDRA ROMERO, «La nueva *lex mercatoria* y la unificación del Derecho del comercio internacional», en *RDM*, 1973, págs. 13 a 17, 21 a 25, 33 y 34, que ponderaba, a la sazón, aquella autonomía presupuesta, respecto de sus fuentes, por el carácter fragmentario de su contenido, dependiente todavía de los derechos nacionales; y respecto de su jurisdicción arbitral, por la falta de una propia institucionalización internacional, dependiente del reconocimiento estatal para el logro de una sanción mayor que la mera reprobación social. Antes también de que se iniciaran siquiera trabajos como los que ahora se examinarán, se previno frente a la falsa impresión de que la llamada «nueva *lex mercatoria*» se expresara ya como un conjunto normativo coherente, sobre la formulación de reglas convincentes en los arbitrajes internacionales, pues no se advertía sino la pretensión teórica de evitar la aplicación de los derechos estatales, mediante la remisión a oscuros principios generales u ordenamientos no nacionales. Se reconocía al mismo tiempo, empero, la función normativa efectiva de las reglas fijadas por este cauce, entre agentes económicos cuyo poder difuso les permite crear un marco reservado en el que no se les requiere obedecer otras; y se advertía la realidad de un cierto espacio transnacional conformado sobre la movilidad territorial de los grandes poderes económicos privados, que deciden con rapidez y discreción sobre la transferencia y localización de recursos y actividades significativas, protagonizando incluso la organización efectiva de las relaciones entre los diferentes Estados en el ámbito económico, al seguirse identificando con la riqueza de cada nación los intereses de las grandes empresas rivales dilucidados en la evolución del colonialismo europeo y la posterior expansión norteamericana. Véase François RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, en *Revue générale de droit international public*/Pedone, París, 1977, págs. 369 a 372, 398 a 400, 408 a 413, 433, 434 y 439 a 444, que señalaba la propia autonomía como sistema normativo no estatal de los códigos formulados por técnicos al servicio de comerciantes, que los asumen en el ejercicio de su poder económico privado, sobre la eficacia de sanciones de exclusión patrimonial consistentes en la privación del acceso a las actividades bajo la competencia inorgánica de cierto número, quizá restringido, de sujetos o empresas con fines determinados; lo que parece suceder como proyección de las libertades formales de

1. LA COINCIDENCIA FUNCIONAL EN EL ÁMBITO MERCANTIL DE APLICACIÓN

Aunque quizá parezca una trasposición no enteramente ponderada del mismo contexto comercial y transnacional en el que venían desarrollándose y discutiéndose las labores unificadoras de este tipo, cabe señalar una propia coincidencia funcional en el ámbito de aplicación de los dos textos analizados sobre la consideración última de la organización y desarrollo empresarial de cualquier actividad económica. La unificación de reglas que suponen, en todo caso, viene a retomar con ello el debate recurrente sobre la unificación del Derecho Civil y el Derecho Mercantil en los ordenamientos nacionales que mantienen esta distinción, como ocurre con el español.

Ciertamente, sólo los Principios de UNIDROIT se conciben a sí mismos como propio instrumento del tráfico internacional entre empresas, al enunciar su noción básica como reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, frente a su paralela proyección en cuanto modelo de reglamentación común de toda relación contractual (Preámbulo [I] UNIDROIT Principles 2004). Cuando menos, se considera típicamente la contratación con algún elemento interterritorial, al establecerse unas reglas generales aplicables a los contratos internacionales, aun propuesta su posible función también en la contratación puramente nacional, estando conectados todos los elementos relevantes del contrato con un solo país, por el acuerdo de las partes al efecto (cfr. Preámbulo [I] [Comm. 1 y 3] UNIDROIT Principles 2004). Y se atiende igualmente la contratación entre empresarios, estableciendo reglas generales aplicables a los contratos mercantiles, aunque sólo pretenda prevenirse con ello frente al derecho imperativo nacional aplicable a la contratación con consumidores, que intervengan en el contrato fuera del comercio o del ejercicio de una profesión, o a la contratación directamente entre particulares (cfr. Preámbulo [I] [Comm. 2 y 3] UNIDROIT Principles 2004) (5).

contratar y del poder reconocido a los particulares sobre sus bienes según los derechos de los diferentes Estados, cuya legislación imperativa u orden público se neutraliza arbitrariamente por la misma desconexión de estos supuestos respecto de ordenamientos nacionales concretos; de modo que, por fin, terminaba previniendo frente a una separación estricta entre Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado, que habría ocultado la realidad de dicho fenómeno de cambiante sumisión y sustracción a los ordenamientos estatales oscureciéndola bajo la consideración esquiva de usos y prácticas comerciales o profesionales, o de pretendidos principios generales.

(5) Cierta concepción pragmática de la comercialidad ha sido considerada un rasgo sustancial de base de casi todos los instrumentos normativos elaborados en esta materia, a partir de la misma expansión del fenómeno de las relaciones jurídicas privadas en el comercio internacional a partir del fin de la II Guerra Mundial. Véase Rafael ILLESCAS ORTIZ, «El derecho uniforme del comercio internacional: elementos de base», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont* (3 vols.), Universitat de València/Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 1786 a 1790, que subraya la omisión deliberada del debate conceptual sobre la dicotomía continental en la delimitación de lo

Los Principios de Derecho Contractual Europeo, en cambio, parecen haberse formulado como reglamentación común de toda relación contractual, sobre la escueta noción genérica de su aplicación como reglas generales de Derecho Contractual en la Unión Europea (art. 1:101 [1] PECL I & II [1999]) (6). Y aun así, la coincidencia material que después se advertirá entre el contenido de sus normas y las del otro texto principal que aquí se examina, exigiría concluir, cuando menos, una misma inspiración y una plena adopción normativa de aquella proyección funcional al tráfico internacional entre empresas, extendidas acaso sus razones a la regulación de toda actividad económica (7). La propuesta, en realidad, se habrá elaborado ya en el marco económicamente cualificado del establecimiento de un mercado co-

mercantil frente a lo civil, al punto de haberse mencionado el carácter civil o comercial de las partes o del contrato para disponer expresamente que no se tendrá en cuenta a los efectos de determinar la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (art. 1.3); pero que advierte también una creciente preocupación por fijar con exactitud el campo de aplicación del derecho uniforme frente a las normas de tutela de los consumidores, mediante una indirecta o implícita caracterización empresarial y profesional del mismo instrumento convencional, de cuya aplicación se excluyen las compraventas de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico [art. 2.a), *pr.*]; de modo que no se trata de excluir la limitación del supuesto regulado según la realidad de la empresa, frente al común de los contratos, sino de superar la restricción tradicional de la materia al comercio en sentido estricto, como muestra la progresiva consideración de también la prestación de servicios, la transformación de la naturaleza o la circulación de capitales.

(6) De ahí que, coincidentes en el ambicioso objetivo de establecer un conjunto de reglas generales en materia contractual, se haya contrapuesto este enunciado de un propósito de aplicación a cualquier contrato, internacional o no, comercial o no, a la limitación anterior de los Principios de UNIDROIT a los contratos cuya naturaleza sea mercantil e internacional. Véase M.^a del Pilar PERALES VISCASILLAS, «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: los Principios de Unidroit (ámbito de aplicación y Disposiciones Generales)», en *RDM*, 1997, págs. 231 y 232.

(7) Quizá se haya convertido en un lugar común, en el debate paralelo sobre las relaciones entre una y otra disciplina, observar esta generalización del Derecho Mercantil y subsiguiente comercialización del Derecho Civil, al haberse extendido a otros sectores de la sociedad las exigencias económicas que antes fueron peculiares del comercio y de los comerciantes, a causa del predominio de las grandes empresas mercantiles e industriales, y de la multiplicación descomunal de su contratación en masa con el público; y habiéndose hecho también patrimonio común de todos los ciudadanos, en la realidad del tráfico, aquellas operaciones tradicionalmente reservadas a los comerciantes; de modo que la misma unificación del derecho de las obligaciones, con la consiguiente desaparición de la codificación del comercio en algunas legislaciones, habría supuesto una propia adopción generalizada de estas normas e instituciones mercantiles, con la salvedad de aquellas referidas inalienablemente al estatuto del empresario y el patrimonio empresarial, o de los contratos esencialmente ligados a la actividad de la empresa y que no pueden ya concebirse sin su participación. Véase Joaquín GARRIGUES/Alberto BERCOVITZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Aguirre, Madrid, 1976 (7.^a), págs. 28 a 35, que señalan al punto la subsistencia de la autonomía jurídica y científica del Derecho Mercantil, aun de perder así su autonomía legislativa.

mún por la Comunidad Europea, y su consecución mediante la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para su funcionamiento [cfr. arts. 2, *pr.*, y 3.1.h), Tratado Constitutivo (ahora según Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997)]; un ámbito, en fin, que será materialmente conformado por la actividad empresarial, sin perjuicio de que el mayor alcance del proyecto político comunitario se proponga también la cohesión económica y social, previendo por ello su contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores [cfr. arts. 2, *in fine*, y 3.1.t), según Tratado de la Unión Europea (Maastrich, de 7 de febrero de 1992) y ahora Tratado de Amsterdam (1997)].

2. LA COINCIDENCIA INSTRUMENTAL COMO ORDEN NORMATIVO A DISPOSICIÓN DE LOS CONTRATANTES

La misma pretensión del carácter general con que se formulan unas y otras reglas, que tiende a presentarlas como modelo común de reglamentación aplicable a toda relación contractual, no sólo debería ponderarse con una recta delimitación funcional de su ámbito de aplicación, o cuando menos de las especiales razones de su contenido normativo, sino también por su pareja concepción como herramienta técnica formulada en auxilio del tráfico económico frente a la diversidad legislativa imperante. En realidad, tanto los Principios de UNIDROIT como los Principios de Derecho Contractual Europeo sólo parecen partir de su aplicación directa cuando las partes acuerden que su contrato sea regido por ellos, o los incorporen a él (cfr. Preámbulo [II] UNIDROIT Principles 2004 y art. 1:101 [2] PECL I & II [1999]).

Desde este punto de vista, cabría incluso plantear el eventual carácter de estos textos como condiciones generales de la contratación, según la misma noción del supuesto recogida también en el ordenamiento español, en cuanto cláusulas predisuestas y redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, con independencia de su autoría material, si su incorporación al contrato fuere impuesta por una de las partes a la otra (cfr. art. 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación) (8). En su caso, regiría cuando menos el requisito general por

(8) En contra, se ha negado expresamente el carácter de condiciones generales de los contratos a las recopilaciones y codificaciones de usos y prácticas del comercio internacional como formulación escrita y ordenada de pautas de conducta a seguir por las partes en la contratación; aunque, al no integrar tan sólo prácticas socialmente exigibles y ampliamente aceptadas, sino también otras normas nuevas o de ocasión a las que sus confeccionadores atribuyen tal carácter, el sometimiento a ellas no se concibe sino en virtud de un pacto expreso de sumisión incluido por las partes en el contrato. Con todo, ya no se supone cuestión su incorporación como clausulados generales al contrato, sino su carácter de normas formuladas de modo abstracto y general, y la consiguiente determinación por

el que, según parece, un contrato formalizado por escrito deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas y ser firmado por todos los contratantes, habiendo sido aceptadas por el adherente tras informarle expresamente el predisponente acerca de su existencia y facilitarle un ejemplar de ellas (cfr. art. 5.1 de la Ley 7/1998) (9).

En los demás supuestos en que prevén después su propia aplicación, en cambio, aquellas reglas generales pueden limitarse a apuntar la posibilidad de que sean tenidas en cuenta en el ámbito de lo que, en primer lugar, parece muy cercano a una integración consuetudinaria de la declaración de las partes, que según las disposiciones generales sobre los contratos en la codificación española se expresa señalando que los contratos obligan desde su per-

la voluntad de las partes del sometimiento total o parcial a una u otra de sus modalidades. Véase Rafael ILLESCAS ORTIZ, «El Derecho Uniforme del comercio internacional y su sistemática», en *RDM*, 1993, págs. 69 a 72. A lo que parece, esta objeción apunta propiamente a la distinta voluntad contractual encerrada en aquella remisión de la completa declaración de las partes a cierto clausulado general, ya redactado al efecto, frente a este supuesto diverso, quizá peculiar o especialmente relevante en el comercio internacional, en que los contratantes dan por suficientemente acabada su reglamentación de la operación —incorporando también ciertas condiciones generales o remitiéndose a ellas—, para señalar a continuación el texto de referencia que consideran como marco normativo de su relación. En alguna medida, se plantea con ello la efectiva realidad ordenadora en el tráfico de ciertos cuerpos de normas formulados privadamente, apuntando a la sola cuestión de determinar cuál deba ser aplicable en cada oportunidad; pero no se resuelve el problema subsiguiente de encajar esta posible relevancia normativa en el sistema jurídico de los ordenamientos estatales, según sus propias técnicas reguladoras.

(9) Desde una perspectiva general, esta aplicación de los textos examinados por acuerdo de las partes pudo enfrentar el inconveniente de la relativa novedad de su primera formulación, y la presumible dificultad de su conocimiento y elección por los contratantes; pero se predijo desde el primer momento, en cambio, un mayor desarrollo de su aplicación por los árbitros. Frente al mayor ajuste presupuesto de los jueces nacionales a la solución impuesta por el derecho aplicable, según la correspondiente norma de conflicto, se apuntaba así la flexibilidad ofrecida especialmente por el arbitraje de equidad, para suplir de este modo la indeterminación de la norma sin embargo aplicable; las lagunas, resultado del carácter fragmentario e incompleto del propio Derecho Positivo Uniforme, y hasta de los propios derechos nacionales; o la falta de elección del derecho aplicable por las partes, así como la inadecuación manifiesta del derecho aplicable respecto de la seguridad y agilidad requeridas por el comercio internacional. Véase PERALES VISCASILLAS, en *RDM*, 1997, págs. 236, 237, 246 a 248, 269 y 270. Solventado este aspecto práctico de la cuestión con la misma formulación y publicación de principios generales, según las reglas aceptadas en la práctica arbitral y contractual internacional, no se ha ocultado su vertiente teórica, en cuanto la nueva transparencia ofrecida por esta reciente redacción de las distintas propuestas no bastaría para superar el tradicional secretismo arbitral en el discernimiento de su contenido. Frente a la ausencia de la necesaria publicidad legal de la *lex mercatoria*, se requería de un progresivo grado de transparencia también en la adopción de sus decisiones, lo que se considera logrado ya, en gran medida, con la creciente publicación de los laudos por organismos especializados, desde el último tercio del siglo xx, y la subsiguiente homogeneidad y coherencia de sus resoluciones, con una ulterior consolidación de su doctrina. Véase Klaus Peter BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Münster University/Kluwer, La Haya, 1999, págs. 61 a 64.

fección, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1.258, *in fine*, del Código Civil). Quizá desde esta perspectiva quepa mostrar el pleno sentido de haber enunciado por igual que los Principios de UNIDROIT o los Principios de Derecho Contractual Europeo podrán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* u otras expresiones semejantes, o cuando las partes no hayan escogido derecho u ordenamiento jurídico alguno aplicable al contrato (cfr. Preámbulo [III y IV] UNIDROIT Principles 2004 y art. 1:101 [3] PECL I & II [1999]).

Ello supone, empero, que en cada regla formulada por estos textos uniformes deberían apreciarse los caracteres de las normas a las que cabe conceder el rango de propia fuente del Derecho. Se exigiría así una suficiente continuidad, uniformidad, vigencia territorial y relevancia o contenido jurídico obligatorio del precepto, en cuanto deberá operar sobre un cierto contrato sin propia conexión con la voluntad de las partes. Cabe recordar, en este sentido, que los actos de comercio se regirán, en defecto de las disposiciones contenidas en la codificación mercantil española, por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza (art. 2.I, seg., del Código de Comercio); y, en general, que tendrán la consideración de costumbre los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, exigiéndose al efecto que resulte probada esta costumbre, concebida como fuente del ordenamiento jurídico que sólo regirá en defecto de ley aplicable y siempre que no sea contraria a la moral o al orden público (art. 1.3.I, *in fine*, y II del Código Civil [según Decreto 1836/1974]). De ahí, en fin, que con aquella anunciada aplicación indirecta o implícita de reglas generales, no mencionadas expresamente por las partes, pueda suponerse atendido en mayor medida un segundo ámbito de menor alcance normativo, referido a la mera interpretación de la propia declaración de los contratantes, en el que no será extraña la previsión común de tener en cuenta el uso o la costumbre del país para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse (art. 1.287 del Código Civil). Concebida la labor interpretativa como acierto de la intención de los contratantes, según los términos del contrato, se trataría acaso de atender la constancia de una voluntad contraria de las partes, de acuerdo también con el apunte mercantil de no tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido usual de las palabras dichas y escritas, en la ejecución y cumplimiento de los contratos de comercio según los términos en que fueren hechos y redactados (cfr. arts. 1281.I, *pr.*, del Código Civil, y 57, *pr.*, del Código de Comercio) (10).

(10) Los requisitos de la propia costumbre mercantil, como fuente de producción normativa del Derecho Uniforme del comercio internacional, se consideran sustancialmente idénticos a los exigidos a la práctica negocial para su consideración como norma

Una consideración no muy alejada parece merecer la aplicación normativa prevista por la posibilidad de utilizar los Principios de UNIDROIT para interpretar o complementar instrumentos internacionales de Derecho uniforme, o para interpretar o complementar el Derecho nacional (Preámbulo [V y VI] UNIDROIT Principles 2004); o por la posibilidad de dar solución al punto controvertido con los Principios de Derecho Contractual Europeo cuando no lo hagan el ordenamiento o la ley aplicables (art. 1:101 [4] PECL I & II [1999]). En este caso, se plantea la significación de sus reglas como formulación racional y especialmente cuidada de modelos objetivos de conducta, que pueden generalizarse como exigencias de corrección y rectitud en el tráfico, a los efectos de dilucidar en cada ocasión —como no deja de prever el ordenamiento español— el contenido específico de aquella buena fe con que se ejecutarán y cumplirán los contratos de comercio; al modo en que los contratos en general, desde que se perfeccionan, obligan también al cumplimiento de todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, además de a lo expresamente pactado (cfr. arts. 57, *pr.*, del

consuetudinaria en los ordenamientos nacionales. Se ha señalado, en cambio, el distinto carácter de las normas elaboradas con tal denominación de usos y prácticas por ciertas agencias asociadas a las sociedades de mercaderes y sus más conspicuos asesores en cuestiones relativas al comercio internacional y su régimen jurídico, que requieren de pacto individual para su aplicación al caso concreto, aparte aspiren a crear *opinio iuris* como propia convicción social. Se las asemeja en mayor medida, pues, a los usos y prácticas negociales, en cuanto conducta propia de las mismas partes a lo largo de contratos anteriormente pactados, cuya aplicación a una relación actual se supone tácitamente aceptada, en el sentido de usos interpretativos pero no todavía normativos. Véase ILLESCAS, en *RDM*, 1993, págs. 64 a 69, que señala cómo la distinción se refleja también en la congruente separación sistemática adoptada por el Derecho Positivo en materia de compraventa internacional de mercaderías, ora de la propia costumbre, como uso que en el comercio internacional sea ampliamente conocido y observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate, ora de la llamada costumbre convencional, como cualquier uso en que hayan convenido las partes y cualquier práctica que hayan establecido entre ellas (art. 9.1, *in fine*, y 2, *in fine*, de la Convención de Viena de 1980). Con carácter también general, viene previniéndose semejantemente respecto del fenómeno preconsuetudinario que supone la codificación o formulación de usos del tráfico mercantil internacional hasta la propia consolidación normativa de sus propuestas, no reducidas tampoco a la mera fijación por escrito de usos ya existentes y operantes en la práctica más difundida, sino empeñadas también en corregirlos, según el mejor equilibrio de los intereses implicados, cuando ello se estima preciso. Y aun así, se advierte que el fundamento de su aplicación en la voluntad de las partes contratantes sirve en realidad a potenciar su reducida eficacia como normas consuetudinarias, excluida la costumbre contra ley y exigida la vigencia local de los usos, contra aquel carácter autónomo e internacional que quieren reunir las reglas comerciales uniformes. Véase GONDRA, en *RDM*, 1973, págs. 25 a 32, en relación con el reconocimiento común de la costumbre como fuente del ordenamiento jurídico español, que sólo regirá en defecto de ley aplicable (art. 1.3.I, *pr.*, del Código Civil [según Decreto 1836/1974]); y con la consideración mercantil paralela de los usos de comercio observados generalmente en cada plaza, por los que se regirán los actos de comercio en defecto de las disposiciones contenidas en el propio Código de Comercio (art. 2.I, *seg.*, del Código de Comercio).

Código de Comercio, y 1.258, *in fine*, del Código Civil) (11). Se trataría de apelar, en fin, al especial poder de convicción y al prestigio normativo de

(11) Este modo de operar un cuerpo normativo extraño a la propia soberanía estatal guarda cierto parecido con la consolidación histórica del *ius commune* en la vida jurídica de la Cataluña medieval, contra una fuerte reacción de la nobleza de cuño feudal que no evitó la extraordinaria amplitud de su efectiva introducción en todas las manifestaciones del derecho, desde principios ya del siglo xiii, en cuanto bastó para ello con que la misma prohibición de recibir, admitir, enjuiciar o alegar en causas seculares las leyes romanas o góticas, o los derechos y decretales canónicas, estableciese que de no bastar los usos de Barcelona o la costumbre del lugar debía procederse según la natural razón (Jaime I en Barcelona, año 1251 [cap. 3], *Constitutions y altres drets de Catalunya* [1704], 3, 1, 8). Véase Santiago SOBREQUÉS I VIDAL, «Història de la producció del Dret Català fins al Decret de Nova Planta», en *Llibre del II Congrés Jurídic Català 1971*, Barcelona, 1972, págs. 94 y 95. Una recepción más rápida e intensa del Derecho romano en Cataluña que en los demás Estados de la península ibérica, hasta la casi entera romanización de su Derecho propio a fines de la edad media, se ha fundamentado en un extraordinario desarrollo industrial y comercial, frente al carácter rudimentario de un Derecho nacional adecuado a la sociedad agrícola y limitado a instituciones sucesorias y matrimoniales, que fueron asimiladas también a los modelos romanos por juristas imbuidos de sus doctrinas ante las semejanzas en su circunstancia o fin económico. Véase E. DE HINOJOSA, «La réception du droit romain en Catalogne», en *Mélanges Fitting, LXXV^e Anniversaire de M. le Professeur Hermann Fitting, II*, Imprimerie Générale du Midi, Montpellier, 1908, págs. 393, 407 y 408. Quizá no deba suponerse casual, pues, que la expansión del comercio internacional y de la actividad empresarial transnacional estén conduciendo hoy a una unificación del derecho aplicable, no sólo por imposición de comerciantes y empresarios poderosos, sino también por la vía más sutil de cierta preferencia intelectual por los resultados de determinada labor técnica de ordenación normativa. Y quizá no sea impertinente recordar que el abundante uso tradicional de la doctrina romano-canónica por los juristas catalanes, con citas cosmopolitas de autores y leyes de otros países, se había fundado en su apreciación y valoración racional con arreglo a su motivación, y en la nota peculiar de una especial relevancia de la equidad, sin reducirla a pareceres meramente personales no fundados en las circunstancias objetivas del caso concreto; lo que evitaba el simple argumento de autoridad según criterios cuantitativos y mecánicos, o el mero ejercicio lógico y aun juego bizantino en la aplicación de reglas y valoración de opiniones como normas generales; y permitió prever, finalmente, respecto de su calificación tan sólo como fuente persuasiva o auxiliar en otros ordenamientos históricos, que las causas hubiesen de decidirse también según doctrinas de los doctores, y conforme a reglas del Derecho Común y que aportan los doctores sobre materia de equidad, de faltar el canónico o civil, amén de los usos, constituciones, capítulos de Corte y demás derechos del país (Felipe II en la primera Corte de Barcelona, año 1599 [cap. xxxx], *Constitutions y altres drets de Catalunya* [1704], 1, 30). Véase Ángel LATORRE, «El Derecho Romano como parte integrante de la tradición jurídica catalana», en *Llibre del II Congrés Jurídic Català, 1971*, Barcelona, 1972, págs. 208 a 212. En realidad, entre las funciones de los Principios de UNIDROIT se ha señalado la muy parecida de servir como fuente de la equidad que opera en el arbitraje comercial internacional de equidad, partiendo del esfuerzo que han supuesto para dotar de sistemática y plenitud a una nueva *lex mercatoria* cuyos caracteres normativos se discuten justamente por no constituir un propio conjunto de reglas con carácter de plenitud, y no formar parte del sistema de fuentes de los Estados actuales, aun aplicadas sin embargo por los operadores económicos, y hasta reconocidas judicialmente sobre la consideración de la autonomía privada o de los usos en la conformación del contrato. Véase Alfonso Luis CALVO CARAVACA/Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contrato internacional, nueva *lex mercatoria* y Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales», en *Estu-*

unos textos propuestos como marco general de ordenación de la actividad contractual y de solución de las controversias que en ella se produzcan y deban enjuiciarse (12).

dios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo (4 vols.), Civitas, Madrid, 2003, págs. 1543 a 1553.

(12) Las soluciones formuladas en estas propuestas pueden acordarse a la práctica comercial internacional y a las pautas de las diversas legislaciones nacionales, pero su propia aplicación como principios generales del derecho o como *lex mercatoria* no parece operar tanto por efecto automático de cierta sumisión de las partes al efecto, o de su misma incorporación como cláusula del contrato, cuanto por la convicción de los árbitros sobre su efectiva representación de los principios o caracteres generales de dicha práctica contractual, en términos muy parecidos al valor, en todo caso, de los diferentes textos como punto de referencia doctrinal. Cfr. PERALES VISCASILLAS, en *RDM*, 1997, págs. 237 a 246, que advierte, por lo demás, sobre la necesaria consideración de la propia historia legislativa de cada precepto, ejemplificada en las dificultades de acertar un uso o principio general a falta de una regla unívoca sobre el carácter irrevocable de la oferta contractual que establezca un plazo determinado para su aceptación. Esta última cuestión, en materia de compraventa internacional de mercaderías, queda remitida a la interpretación y aplicación del derecho positivo por los tribunales: se presume la irrevocabilidad de la oferta hasta la fecha señalada, pero cabe siempre que del conjunto de la declaración del oferente resulte tan sólo la voluntad de que expire entonces el plazo para aceptarla —sin ulterior excepción a la posibilidad general de revocar la oferta hasta la perfección del contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado su aceptación—, al haberse mantenido en el texto normativo la referencia al «plazo fijo para la aceptación» tras rechazarse en los debates preparatorios su efecto decisivo como peculiar modo de expresión de aquella irrevocabilidad [cfr. art. 16.1 y 2.a) de la Convención de Viena de 1980]. Esta ambigüedad, señaladamente, se ha recogido después con una misma redacción normativa y pareja prevención conceptual en los Principios de UNIDROIT (art. 2.1.4 [2] [a] [Comm. 2.a] UNIDROIT Principles 2004); mientras que los Principios de Derecho Contractual Europeo tercian expresamente en el debate tipificando ya el propio señalamiento de un plazo fijo para la aceptación como supuesto, en sí mismo, de ineficacia de la revocación de la oferta (art. 2:202 [3] [b] [n. 2] PECL I & II [1999]). Véase M.^a del Pilar PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 427 a 442; y John O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer, La Haya, 1999 (3.^a), págs. 162 y 163. Con carácter general, la unificación doctrinal y la subsiguiente codificación por escrito, no directamente vinculante, de los principios generales del Derecho en este ámbito, fruto del trabajo desarrollado por representantes prestigiosos del mundo académico, ha llevado a evocar también la cuestión del papel de la doctrina científica entre las fuentes del Derecho, al modo de aquella experiencia culminada históricamente con la doctrina del *ius commune* enseñada en las universidades medievales frente a una práctica judicial ligada a los derechos locales, ante cuyas lagunas e incertidumbre se alzaba la autoridad y racionalidad de la opinión de los doctores, apreciada según su número y autoridad, la generalidad o especialidad del respectivo ámbito de estudio, su eventual irracionalidad o error evidente. Véase Fabrizio MARELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, en Francesco GALGANO (dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXX, CEDAM, Padua, 2003, págs. 244, 245, 261 a 269 y 276 a 295, que contrapone la hostilidad posterior de las codificaciones nacionales, en el siglo XIX, a un cierto mantenimiento de aquel reconocimiento en el ordenamiento internacional, verdaderamente crucial en la propia individualización y precisión de un derecho no escrito, amén de indispensable

Aun advertida esta posible conclusión unitaria, respecto de la indefinición que puede aquejar a los textos analizados sobre las diversas vías directas e indirectas que expresamente prevén para su misma aplicación, los Principios de Derecho Contractual Europeo añaden además cierta convicción sobre su relevancia efectiva como propuesta también de un nuevo Derecho uniforme y autónomo, asumido oficialmente por las instancias comunitarias y llamado a establecerse en cierto pie de igualdad junto a los ordenamientos positivos de los diferentes Estados. De ahí, cabe suponer, que se hayan ocupado en introducir una norma de conflicto específica respecto de la determinación del derecho aplicable por una sumisión expresa de los contratantes, de modo que los propios Principios determinarán la existencia y validez del acuerdo de las partes de adoptarlos o incorporarlos (art. 1:104 [1] [Comm.] PECL I & II [1999]).

Se reproduce así expresamente un criterio generalizado en el Derecho Internacional Privado Europeo, por el que la existencia y la validez del consentimiento de las partes, en cuanto a la elección de la ley aplicable, se regirán por las disposiciones establecidas sobre la existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus cláusulas, en cuanto sometidas a la ley que sería aplicable si el contrato o la disposición fueran válidos (cfr. arts. 3.4 y 8.1 del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 [80/934/CEE]); y se supera con ello, pues, el debate sobre su posible consideración como cuestión de calificación, para determinar la norma de conflicto aplicable, que se haría con

respecto de los principios generales del Derecho, según se recoge en la debida aplicación de las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones como medio auxiliar para la determinación de las reglas del Derecho Internacional conforme al cual el Tribunal Internacional de Justicia decide las controversias que le son sometidas [art. 38.1.d) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia (Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945)]. Ha llegado a señalarse, por fin, que el objetivo quizá más importante de toda redacción de cualesquiera principios en general sería el papel de referente que puedan desempeñar en la enseñanza e investigación jurídica, al crear un lenguaje común con el que comunicarse estudiosos y estudiantes, y una medida sobre la que apreciar las diferencias comparadas entre las diversas soluciones ofrecidas para una misma cuestión en los distintos ordenamientos. No se atribuye así, a las propuestas elaboradas en la actualidad, un carácter propio de principios generales de los ordenamientos nacionales, pendiente todavía de que la experiencia en la comunidad o cultura jurídica respectiva muestre su adopción y percepción como tales en la práctica contractual efectiva, pero sí parecen ser, con todo, el primer texto común al que pueden acudir los académicos europeos desde la recepción del Derecho Romano. Véase Jan M. SMITS, «PECL and the Harmonisation of Private Law in Europe», en Antoni VAQUER (ed.), *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo. The Principles of European Contract Law Part III*, Universitat de Lleida/Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 576 y 577. Entretanto, también los trabajos en curso han sido conscientes de la relevancia de estos extremos, señalándose ahora expresamente que podrán utilizarse como materiales curriculares en los estudios universitarios de Derecho, promoviendo la enseñanza del Derecho Contractual sobre una base verdaderamente comparada (Preámbulo [Comm. 8] UNIDROIT Principles 2004).

arreglo a la ley del foro nacional que entendiera de una eventual controversia, como se prevé siempre para la ley española (cfr. art. 12.1 del Código Civil [según Decreto 1836/1974]) (13). Con la misma inspiración se reproduce también la subsiguiente prevención general respecto de la debida certeza sobre la efectiva formación de aquel acuerdo de elección de la ley aplicable, en especial de apreciarse tácitamente o por el silencio de una de las partes, de modo que, a efectos de probar que no ha dado su consentimiento, cualquiera de ellas pueda remitirse a la ley del país en que tenga su residencia habitual, si de las circunstancias resulta que no es razonable determinar el efecto del comportamiento de tal parte según la ley que sería aplicable si el contrato o la disposición fueran válidos (cfr. art. 8.2 del Convenio de Roma de 1980) (14). Se prevé a continuación, pues, la facultad de que una

(13) Cfr. Nuria BOUZA VIDAL, «Derecho de Obligaciones», en Adolfo MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado, II. Parte especial*, Atlas, Madrid, 1987 (10.^a), págs. 347 a 350, respecto de la norma uniforme europea, objeto de remisión, relativa a la ley aplicable al consentimiento y validez de fondo del contrato. La cuestión se ha caracterizado por el círculo vicioso que parece encerrar aquella apreciación de la validez de la misma cláusula de sumisión a cierta ley según la misma ley que sería aplicable si la sumisión fuese válida, es decir, la propia ley que la cláusula tiene por objeto designar, tratándose de un elemento de la norma de conflicto que procedería examinar según el Derecho del foro respecto de esta admisibilidad y efectos de su designación de la ley aplicable. Véase François RIGAUX/Marc FALLON, *Droit international privé, II. Droit positif belge*, Larcier, Bruselas, 1993 (2.^a), págs. 518 y 519. Aparte el debate sobre el acierto funcional de la norma, este círculo vicioso de regir las condiciones de fondo del propio pacto de los contratantes sobre qué ley deberá regir su contrato según esta misma ley elegida por ellos para regir el contrato en el pacto en cuestión —que precede además lógica y cronológicamente al contrato cuya ley atiende—, se ha pretendido evitar mediante cierta presunción de la validez inicial del acuerdo de elección contenida en aquella determinación positiva de la ley aplicable sobre la consideración hipotética de que «el contrato o la disposición fueran válidos» (cfr. art. 8.1, *in fine*, del Convenio de Roma de 1980). Véase Jacques FOYER, «Le contrat d'*electio juris* à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980», en *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, París, 1994, págs. 174 y 175. En realidad, la literalidad del Derecho Positivo europeo ha permitido destacar cierta norma material, relativa a la propia validez del contrato o cláusula de sumisión como medio de elección de la ley aplicable, y distinguirla con ello de la norma de conflicto relativa a qué ley regirá la existencia y validez del «consentimiento» de las partes al efecto —más que del «contrato»— en cada ocasión (cfr. art. 3.4, *pr.*, y art. 8.1, *pr.*, del Convenio de Roma de 1980). Cfr. Paul LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», en *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1991, págs. 305, 306 y 326.

(14) Se presupone aquí la norma uniforme europea, según la cual la elección por las partes de la ley que rija el contrato deberá ser expresa, pero cabe también que resulte de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias (cfr. art. 3.1.I, seg., del Convenio de Roma de 1980); y se mantiene la simplicidad y seguridad de concentrar todas las cuestiones relativas al fondo del contrato bajo el imperio de una misma ley que debe reputarse conocida por ambas partes, según la consiguiente función profiláctica de la autonomía privada, en el Derecho Internacional Privado, como mecanismo de evitar conflictos y proporcionar previsibilidad en la elección del Derecho aplicable, dependiente de otro modo del foro concreto en que se litigue; pero sin olvidar dar una solución razonable a

parte pueda fundarse en la ley del país de su residencia habitual, para establecer que no consintió su adopción o incorporación, si según las circunstancias resultara irrazonable determinar los efectos de su conducta de acuerdo con los propios Principios de Derecho Contractual Europeo (art. 1:104 [2] [Comm.] PECL I & II [1999]).

III. LA COINCIDENCIA MATERIAL EN LA REGULACIÓN PROPUESTA COMO DERECHO UNIFICADO DE LOS CONTRATOS

La plena apreciación de los logros alcanzados con esta formulación uniforme de reglas generales para el Derecho Contractual no puede reducirse a apuntar su presumible proyección o base funcional en la realidad empresarial del tráfico transnacional, según cierta inserción natural en el curso de una experiencia ya consolidada en el comercio internacional. Tampoco queda limitada a poner de manifiesto la tensión existente entre su efectividad normativa, como orden de reglas conformadas con virtualidad propia en un determinado ámbito inorgánico, y su precario encaje en el sistema normativo de los diferentes Estados, como instrumento que opera por la influencia persuasiva de su eventual superioridad técnica y adecuación valorativa a las condiciones económicas y sociales correspondientes. Cuando menos, debería seguir a continuación un análisis del propio contenido de sus más destacadas previsiones normativas, aun sin llevar a cabo un estudio exhaustivo de todas ellas. Aquella labor de dar cuerpo a una propuesta sistemática de tamaño pretensión no ha eludido cierta prevención respecto de la ausencia de pleno sustento democrático en su efectiva realización; y esta fijación material de su contenido específico afronta también la moderación por el estado social del acento liberal originario de la codificación decimonónica, que conforma todavía los ordenamientos nacionales, sobre la misma consideración de la dificultad y oportunidad de los trabajos empeñados para ello (15).

posibles abusos frente a un contratante débil, al que cabría imponer de distintas maneras aquella sumisión. Véase Miguel VIRGÓS SORIANO, «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA/Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS/Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, III, Civitas, Madrid, 1986, págs. 776 a 780.

(15) Precisamente respecto los Principios de Derecho Contractual Europeo, se ha recordado la inevitable elección política implicada en la misma formulación de las nociones y conceptos que habrá requerido su elaboración, aunque no dejen de ser necesarios y ofrezcan además el beneficio evidente de un lenguaje y una terminología comunes a la progresiva internacionalización del debate académico, y hasta de la enseñanza del Derecho Privado; pero que deben, finalmente, suponer alguna toma de posición entre la autonomía individual y la solidaridad colectiva como posibles ideas subyacentes al ordenamiento contractual, en el que puede distinguirse siempre la defensa del libre mercado frente a

1. EL AMPLIO RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA COMO PILAR DEL DERECHO CONTRACTUAL

El debate sobre la extensión general de la autonomía privada en el sistema contractual puede partir de su consideración presupuesta como expresión del libre desarrollo de la personalidad, que es uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social, junto a la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el respeto a la ley y a los derechos de los demás (cfr. art. 10.1 de la Constitución Española). Su función conformadora del régimen jurídico de los contratos resulta luego del amplio reconocimiento del derecho a la propiedad privada y de la libertad de empresa entre los derechos y libertades de los ciudadanos (cfr. arts. 33.1, *pr.*, y 38, prim. [*pr.*], de la Constitución Española). Presupuesto este fundamento, expresado de uno u otro modo, los Principios de UNIDROIT y los Principios de Derecho Contractual Europeo han establecido la libertad general de las partes para celebrar un contrato y determinar su contenido (art. 1.1 UNIDROIT Principles 2004 y art. 1:102 [1] *pr.* PECL I & II [1999]). Se refunden así, tanto la libertad de contratar por la que las partes constituyen entre ellas la relación contractual, cuanto la posibilidad ulterior de reglamentarla consiguientemente, es decir, de que los contratantes —en términos de la codificación española— establezcan los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente (cfr. art. 1.255, *pr.*, del Código Civil).

El inmediato carácter internacional del supuesto regulado, y la debida fijación singular de la ley aplicable a cada operación, han exigido de los Principios de UNIDROIT la previsión general de que no restringirán la aplicación de las normas de carácter imperativo que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho Internacional Privado, ya sean de origen nacional, internacional o supranacional, bastando con remitir implícitamente las demás consideraciones comunes sobre la materia a ese Derecho Internacional Privado del ordenamiento jurídico aplicable al contrato (cfr. art. 1.4 [Comm. 2 y 4]

la regulación o intervención estatal; la inspiración histórica en los postulados de la ilustración frente a la ponderación de los efectos de la industrialización; la perspectiva filosófica racionalista frente a la marxista; la eclosión social del ciudadano en los siglos XVIII y XIX frente al surgimiento de nuevos movimientos emancipatorios en los siglos XIX y XX; la lógica económica del primer capitalismo frente al desarrollo del estado del bienestar; o una política liberal, en fin, frente a otra socialista. Véase Martin W. HESSELINK, «The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Comisión», en M. W. HESSELINK/G. J. P. DE VRIES, *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2001, págs. 25, 26 y 48 a 53, que excluye expresamente, empero, la conclusión imponderada de una poco sostenible oposición de cierta jungla presupuesta en la práctica comercial frente al ámbito doméstico de la contratación de consumo, al tratar de mostrar el carácter algo anticuado del texto como Derecho general de los contratos, en cuanto parece evitar la mayoría de las cuestiones involucradas en este debate, eludiendo dar tratamiento a los que quizá sean logros principales del siglo XX respecto del empleo, los arrendamientos, el consumo y demás supuestos de partes débiles en la contratación.

UNIDROIT Principles 2004) (16). Retomada, en cambio, aquella formulación de los Principios de Derecho Contractual Europeo como propia alternativa a los completos Derechos estatales en materia contractual, será necesario contemplar directamente los posibles conflictos de leyes derivados de la presencia o intromisión ulterior de la ley nacional de algún tercer Estado respecto de la unificación propuesta entre los miembros de la Comunidad Europea.

Sin dejar de atender, pues, a la función ordenadora de la autonomía privada, se ha recogido también aquella salvedad general en Derecho Internacional Privado respecto de las normas de aplicación inmediata o necesaria del foro, cualquiera que sea su fuente, al modo en que las leyes penales, la de policía y las de seguridad pública obligan tradicionalmente a todos los que se hallen en territorio español (art. 8.1 del Código Civil [según Decreto 1836/1974]); a lo que se refiere el reconocimiento, en todo caso, de la debida eficacia de las normas imperativas de Derecho nacional, supranacional o internacional que sean aplicables independientemente de la ley a la que se sujete el contrato según las normas pertinentes de Derecho Internacional Privado (art. 1:103 [2] PECL I & II [1999]). Más allá de esta excepción del orden público atendible directamente por el foro, y subrayando la autonomía normativa de la propuesta, se parte ya de la exclusión por las partes de los Derechos imperativos nacionales, tras la elección de los Principios como ley aplicable al contrato, siempre que lo permita la ley de otro modo aplicable (cfr. art. 1:103 [1] PECL I & II [1999]). Con todo, sólo se recoge con ello la solución habitual por la que la elección de la ley aplicable determina la imperatividad de las normas que lo sean en ese derecho, pero no las de otro Derecho nacional; a lo que se añade expresamente una innovadora previsión de la unificación europea del Derecho Internacional Privado: se procura facilitar, en especial, el reconocimiento y ejecución ulterior de la sentencia en un tercer Estado, distinto de aquél en que se haya dictado, tomando en consideración las disposiciones imperativas de una ley extranjera distinta también de la que resulte aplicable al contrato en virtud de la norma de conflicto pertinente, pero con la que la situación tenga una conexión, si según el Derecho de dicho país distintos fuesen aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato (cfr. art. 7.1, prim., del Convenio de Roma de 1980) (17).

(16) Lo que se advierte aquí, de nuevo, es el matiz que la práctica arbitral puede dar a este mantenimiento del Derecho nacional aplicable al contrato, aun elegidos los «Principios» por las partes como ley reguladora de su relación, al considerar las normas de orden público, también internacional más que nacional, y ajustarse especialmente a los usos, dadas las facilidades concedidas por los poderes de amigable componedor o los arbitrajes de equidad, con la consiguiente libertad de aplicar el texto analizado como estándar autónomo. Véase PERALES VISCASILLAS, en *RDM*, 1997, págs. 275 y 276.

(17) Véase Luis Díez-PICAZO/E. ROCA TRÍAS/A. M. MORALES, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 147 y 148. Aparte las normas imperativas en sentido común, en cuanto no derogables por los contratantes en el ordena-

Respondiendo a este mismo carácter completo y autónomo del orden normativo proyectado, se han enunciado los límites generales a aquella libertad de contratar con una expresa sujeción de las partes a las normas imperativas de los propios Principios de Derecho Contractual Europeo (art. 1:102 [1] *in fine* PECL I & II [1999]). Probablemente, basta con suponer recogida aquí una previsión genérica como la que establece, en el Derecho Mercantil español, que las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción aunque recaigan sobre operaciones de comercio (art. 53 del Código de Comercio). Con todo, se ha debatido sobre el alcance de la buscada omisión de una mayor referencia a los otros límites comunes de la moral y el orden público, que tampoco los contratantes pueden contravenir al establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente (cfr. art. 1.255, *in fine*, del Código Civil) (18).

miento del país con que la operación mantenga cierta conexión, se suponen atendidas aquí las normas imperativas en sentido de Derecho Internacional Privado, aplicables cualquiera que sea la ley rectora del contrato, por haberse definido con este alcance material y espacial en el ordenamiento al que pertenezcan, procurando excepcionalmente una aplicación coordinada de la ley del contrato y de estas disposiciones extranjeras, cuando su naturaleza y objetivos estén verdaderamente en juego y quepa asociarse a ellos según los valores del propio ordenamiento del juez, procurando la menor restricción posible del Derecho directamente aplicable según la norma de conflicto. En vistas a una armonía internacional de soluciones basada en cierta solidaridad normativa entre Estados, facilitada acaso en el espacio jurídico presupuesto de la Comunidad Europea, el mismo Derecho Internacional Privado, que determina la ley aplicable, prevé así una aplicación también de la ley del lugar de ejecución del contrato, persiguiendo una efectividad real de lo juzgado frente a la relatividad de las soluciones dictadas en cada país y la eventualidad de soluciones contradictorias según el foro en que se litigue. Véase VIRGÓS SORIANO, en GARCÍA DE ENTERRÍA/GONZÁLEZ CAMPOS/MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, III, págs. 812 a 825, que compara esta solución con una percepción tradicional del problema centrada todavía en el respeto de la soberanía extranjera, y en la necesidad o inevitabilidad de los efectos de las normas de intervención de terceros países bajo cuyo poder territorial se mantenga de hecho la operación, frente a lo que en el ordenamiento español sólo se había apuntado la aplicación de la ley del lugar de cumplimiento a las modalidades de la ejecución que requieran intervención judicial o administrativa, como limitada moderación de la extensión general de la ley reguladora de una obligación a los requisitos del cumplimiento y a las consecuencias del incumplimiento, así como a su extinción (cfr. art. 10.10, seg., del Código Civil [según Decreto 1836/1974]).

(18) Como parte de otros trabajos desarrollados paralelamente, el llamado Código Europeo de Contratos ha subrayado, en cambio, la salvaguarda de cierto control de los fines de las partes mediante el mantenimiento expreso de esta referencia al orden público y la moral, en atención a la formulación por la autonomía privada de nuevos esquemas contractuales útiles a las relaciones de los negocios, supliendo además la ausencia general del requisito de la causa en cuanto función económica y social de cada tipo contractual (cfr. art. 2.1 [Rapp. II.2] Cod. eur. contr. I.1). Habiendo considerado como elementos esenciales del contrato tan sólo el acuerdo de las partes y el contenido del contrato, reconoce con ello los contratos abstractos y remite el problema de su juridicidad al control de licitud de su contenido (cfr. art. 5.3 [Rapp. II.7] Cod. eur. contr. I.1). Se trata, pues, de mantener el consiguiente enjuiciamiento o valoración de la llamada causa del contrato, como fin objetivo característico de cada tipo respecto de los demás —aparte los motivos particulares o los fines subjetivos por y para los que determinadas partes lo celebren en

Los Principios de Derecho Contractual Europeo han excluido de forma expresa ocuparse en una regulación de la invalidez del contrato derivada de su ilegalidad o inmoralidad, ante la consideración de la gran variedad existente en el tratamiento de esta cuestión entre los mismos Estados miembros de la Comunidad, pero atendiendo ya a la oportunidad de remitirla a ulteriores estudios y desarrollos de la propuesta (art. 4:101 *pr.* [Comm.] PECL I & II [1999]) (19). Los Principios de UNIDROIT atienden además su función normativa en mayor medida instrumental como auxilio del tráfico comercial internacional, de modo que contienen también una exclusión expresa del tratamiento de la inmoralidad o la ilegalidad como causas de invalidez del contrato, pero lo suponen remitido al Derecho nacional aplicable (art. 3.1[b] [Comm.] UNIDROIT Principles 2004).

La falta de consideración expresa del orden público no excluye tampoco su reconducción material presupuesta al orden constitucional de cada Estado, que sería siempre atendible en los términos ya señalados de aquella debida aplicación de las normas de carácter imperativo que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho Internacional Privado o independientemente de la ley a la que se sujete el contrato según éstas (cfr. art. 1.4 UNIDROIT Principles 2004 y art. 1:103 [2] PECL I & II [1999]) (20). Los Principios de Derecho Contractual Europeo, en cualquier caso, recuperan finalmente esta perspectiva, centrándose ya en el propio ámbito comunitario de la realidad regulada, y disponen expresamente la ineficacia del contrato en la medida en que contraría principios que se consideren fundamentales en el ordenamiento de los Estados miembros de la Unión Europea (art. 15:101 PECL III [2002]) (21).

cierta ocasión—, que no tanto se requiere cuanto define necesariamente al negocio; pero a la que se aplicarían sin embargo los principios establecidos para la propia causa de la obligación, como fin inmediato y objetivo al que se dirige la atribución patrimonial. Este último sí es un elemento o requisito del contrato según la codificación española, de modo que no hay contrato sino cuando concurre también la causa de la obligación que se establece, y se presume que la causa existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, aunque no se haya expresado en el contrato, al modo de cierta abstracción procesal pero no material (cfr. arts. 1261.3.º y 1.277 del Código Civil). Cfr. Manuel ALBALADEJO, *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 207 a 212 y 217 a 221.

(19) En realidad, desde otros proyectos ocupados en esbozar una lista de las reglas aceptadas en la práctica arbitral y contractual internacional, la nulidad del contrato que infrinja las buenas costumbres se ha considerado un principio general de la llamada *lex mercatoria*. Véase BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, pág. 285.

(20) Esta sola consideración de normas imperativas —también como límite general a la libertad contractual de las partes (art. 1:102 [1] *in fine* PECL I & II [1999])— se supone que restringe propiamente la posibilidad de inducir normas no expresamente formuladas del conjunto de principios inspiradores de cierto orden político y social. Véase Díez-PICAZO/ROCA TRIAS/MORALES, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, págs. 146 y 147.

(21) Se advierte en esta disposición cierta solución final de compromiso respecto de la propia proyección normativa del texto de los «Principios», entre una futura codificación

Sea como fuere, los dos textos examinados coinciden, finalmente, en establecer el carácter dispositivo general de la regulación que contienen. Así, podrán las partes excluir su aplicación y derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que se disponga algo diferente en los propios Principios de UNIDROIT o los Principios de Derecho Contractual Europeo (art. 1.5 UNIDROIT Principles 2004 y art. 1:102 [2] PECL I & II [1999]).

2. LA RECONDUCCIÓN DEL DEBATE SOBRE LA CAUSA EN EL CONTRATO AL RÉGIMEN EFECTIVO DE LOS LÍMITES GENERALES A SU RECONOCIMIENTO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

Los Principios de UNIDROIT, localizando la cuestión sistemáticamente en el régimen de validez de los contratos, excluyen el requisito tradicional de la causa, considerando que todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional (art. 3.2 [Comm. 1 y 2] UNIDROIT Principles 2004). Los Principios de Derecho Contractual Europeo relegan todavía, en mayor medida, esta consideración causal, previendo sin más en el régimen de formación y perfección del contrato que éste se concluye, sin necesidad de otro requisito ulterior, por llegar las partes a un acuerdo suficiente con intención de obligarse (art. 2:101 [1] PECL I & II [1999]). Las dos regulaciones coinciden así en omitir conscientemente aquel requisito común, también en la codificación española, por el que no hay contrato sino cuando concurre la causa de la obligación que se establezca, además del consentimiento de los contratantes y el objeto cierto que sea materia del contrato (art. 1261.3.º del Código Civil).

europea y un mero trabajo oficioso de efectividad restringida, de modo que termina afrontándose en ella la cuestión de la inmoralidad y el orden público. Ésta fue excluida, en un primer momento, de la labor emprendida, y se ha evitado después la relatividad y variedad de las diferentes tradiciones sociales nacionales, pero se presupone, por fin, cierta remisión a los textos fundacionales de la Comunidad Europea, o al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 14 de noviembre de 1950, en el marco del Consejo de Europa. Véase Hector L. MACQUEEN, «Illegality and Immorality in Contracts: Towards European Principles», en Arthut HARTKAMP/Matijn HESSELINK/Ewoud HONDIUS/Carla JOUSTRA/Edgar DU PERRON/Muriel VELLMAN (ed.), *Towards a European Civil Code*, Ars Aequi/Kluwer, Nimega, 2004 (3.ª), págs. 415 a 418 y 420 a 425, que señala también cómo se permite adoptar una considerable flexibilidad, frente a la solución tradicional de la nulidad radical, definiendo el supuesto sobre una ineficacia dependiente de la medida de la contravención, y previéndose la ineficacia de sólo parte del contrato (cfr. arts. 15:101 y 15:103 [1] *pr.* PECL III [2002]).

a) *La ponderación de la causa como elemento y requisito del contrato en el tráfico mercantil*

Semejante reducción de los requisitos de validez o formación del contrato a su mínima expresión presupone también su carácter consensual. Los textos estudiados han excluido los llamados contratos reales, que se perfeccionan con la entrega efectiva de la cosa, como supuesto difícilmente compatible con las modernas prácticas y percepciones de los negocios (art. 3.2 [Comm. 3] UNIDROIT Principles 2004); y han eximido expresamente de la necesidad de concluir o probar el contrato por escrito, o de sujetarlo a otra exigencia de forma, pudiendo probarse por cualquier medio, incluidos los testigos (art. 2:101 [2] PECL I & II [1999]). Se obvian con ello los dos índices tradicionales sobre los que fundar la validez del contrato y su carácter jurídico vinculante, la causa y la forma —o la entrega de la cosa—; pero parece plantearse de nuevo el recurrente debate sobre la exigencia de una cierta conformación funcional de la operación, homologable según algún equilibrio típico de prestaciones en el tráfico, con la que apreciar la debida suficiencia y justificación de un intento serio de obligarse, legalmente atendible y socialmente reconocible (22).

(22) En el ordenamiento español cabe partir de la ausencia de un número cerrado de los negocios cuya validez se admite, de modo que no se requiere de una aplicación excepcional de la analogía ni de un positivo amparo consuetudinario para el reconocimiento de otros negocios no recogidos en las leyes; pero parece necesario conjugar al efecto cierta relevancia presupuesta de la significación social del intento práctico de las partes, a pesar de haberse formulado la noción general del contrato en la codificación común con independencia de su contenido concreto, previéndose que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio (art. 1.254 del Código Civil). Este consentimiento, en realidad, se manifiesta por el curso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, que constituyen, a su vez, los otros dos requisitos sin cuya concurrencia no hay contrato (cfr. arts. 1261.2.º y 3.º y 1262.I del Código Civil); y respecto de los que se establece a continuación que pueden ser objeto del contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, y los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (cfr. art. 1271.I y III), y que no producen efecto alguno los contratos cuya causa sea ilícita por oponerse a las leyes o a la moral (cfr. art. 1.275). El alcance obligatorio del contrato, pues, no resulta por sí mismo de la pura coincidencia en la declaración de las partes, requiriéndose además una causa suficiente para su validez y carácter jurídico vinculante, aun cuando los contratos se perfeccionen por el mero consentimiento, y desde entonces obliguen al cumplimiento de lo pactado, siendo obligatorios cualquier que sea la forma en que se hayan celebrado (cfr. arts. 1.258, *pr.*, y 1.278, *pr.*, del Código Civil). Propiamente, se atenderá ya, bien la adopción de aquella causa típica correspondiente a la naturaleza de cierta figura regulada, según la peculiar conformación o el esquema fijado en su misma definición legal, implícita luego como requisito funcional bastante del contrato; bien el ajuste a la causa genérica reseñada en la codificación para los contratos onerosos, que implica una atribución patrimonial y se concibe sobre la reciprocidad de prestaciones o la utilidad recíproca, entendiéndose por ella, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte (art. 1.274, *prim.*, del Código Civil). Concurriendo una causa gratuita —entendida por tal, en los

Cabe apuntar, cuando menos, cierto requisito funcional añadido a la suficiencia del llamado pacto nudo para la constitución contractual de la obligación, al modo en que, según la codificación española, serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles cualesquiera que sean la forma y la clase a que correspondan (cfr. art. 51.I, prim. [pr.], del Código de Comercio); pero se requiere al efecto, aun en un ámbito ya probatorio, que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho Civil tenga establecidos, no siendo por sí sola bastante la declaración de testigos para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, a no concurrir con alguna otra prueba (art. 51.I, prim. [in fine] y seg.) (23). Quizá se contemple de este modo cierta tipicidad social de

contratos remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor (art. 1.274, seg., del Código Civil)—, la cuestión queda desplazada por el requisito formal exigido arquetípicamente para la donación, aun como propio acto dispositivo, siendo solamente válidas las donaciones de bienes inmuebles si los donantes las hacen y los donatarios las aceptan en una escritura pública; y debiendo hacerse por escrito las de bienes muebles, siendo válidas las verbales tan sólo de entregarse simultáneamente el bien donado (cfr. art. 531-12.1, prim., y 2, prim. y seg., del *Codi Civil de Catalunya* [Llei 5/2006], y arts. 632.II, seg., y 633.I, pr., del Código Civil). Cfr. Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967 (reimp. 1971), págs. 185 a 188 y 199 a 204, que añade otras causas no aludidas expresamente, pero atendibles conforme a principios generales de moralidad y sociabilidad, como el cumplimiento de un deber moral o social, a las que podría ser referido también un contrato atípico para justificar su eficacia, aunque la ley las recoge respecto de la propia atribución patrimonial, en sede de cobro de lo indebido como suerte de obligación que se contrae sin convenio, al disponer que aquél a quien se pida la devolución de la cosa entregada que nunca se debió, o que ya estaba pagada, puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa (art. 1901, seg., del Código Civil).

(23) Se declaraba así el principio de libertad de forma como el más adecuado a las exigencias de rapidez características de la contratación mercantil, rectificando el criterio del primer codificador español del comercio, para el que podían los comerciantes contratar de palabra, y eran válidos sus contratos aunque no se hubiesen redactado por escrito, siempre que el interés del contrato no excediera de 1.000 reales de vellón, no teniendo fuerza obligatoria civil los contratos por mayor cantidad sin reducirse necesariamente a escritura pública o privada (cfr. arts. 237.I, pr., y 238 del Código de Comercio de 1829). Esas mismas exigencias, sin embargo, llevaron a negar una libertad semejante en cuanto al modo de probar la existencia de los vínculos jurídicos creados por la mera voluntad de los contratantes, siguiendo un criterio de desconfianza hacia la prueba de testigos, aunque sólo se prohiba como prueba única, pudiendo constituir un elemento de convicción del juzgador si concurre con otra. El régimen consiguiente no entraña así una propia cuestión de validez del contrato, sino que implica cierta coacción material hacia la forma no desmentida por la realidad del tráfico mercantil, como instrumento de una mayor claridad en la determinación de los derechos y obligaciones recíprocos, evitando discusiones y litigios sin requerir tampoco la observancia de inútiles formalidades ni representar obstáculo para la rapidez de la contratación. Véase Joaquín GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil, III.1.º Obligaciones y contratos mercantiles (Teoría general. Cuentas en participación. Compraventa. Comisión. Agencia. Corretaje)*, Revista de Derecho Mercantil, Madrid, 1963, págs. 68 a 70 y 75 a 77.

la operación en el tráfico, tratándose de establecer disposiciones generales sobre los contratos de comercio comprendidos en la codificación mercantil o cualesquiera otros de naturaleza análoga a ellos (cfr. art. 2.II del Código de Comercio); y aparte se remita también, ora a la imposición bilateral de obligaciones a ambos contratantes, según la noción común de la causa en los contratos onerosos, entendida como la prestación o promesa de una cosa o servicio por cada parte a la otra (cfr. art. 1.274, prim., del Código Civil); ora al soporte formal de la declaración de los contratantes, que salvaría incluso los requisitos de validez implícitos en el reconocimiento general de la causa gratuita (cfr. art. 1.274, seg.) (24).

Los Principios de Derecho Contractual Europeo parecen renunciar por entero a una noción continental del contrato, en cuanto fundado en la voluntad de las partes y sujeto a la concurrencia cumulativa de los requisitos de consentimiento, objeto y causa; y han depurado incluso la misma perspectiva anglo-

(24) Por lo demás, aun excluido expresamente en el Derecho Uniforme proyectado todo ulterior requisito para la formación o conclusión del contrato, evitando la necesidad de la causa, de la forma o de una efectiva prestación inicial, no dejaría de contemplarse una cierta reciprocidad en sentido amplio, como razón más convincente y atendible para el mantenimiento de una obligación —y así el precio a pagar por la contraparte, frente a la materialización posesoria de la obligación mediante cierta constancia escrituraria, o mediante la entrega de los bienes, a falta de dicha contraprestación—; lo que serviría, cuando menos, como elemento relevante en la apreciación, interpretación y determinación del alcance del intento de las partes de obligarse, que se determina según la declaración y conducta de cada parte, tal y como fuese razonablemente entendida por la otra (cfr. art. 2:102 PECL I & II [1999]). Véase Matthias STORME, «The Binding Character of Contract - Causa and Consideration», en Arthur HARTKAMP/Martijn HESSELINK/Ewoud HONDIUS/Carla JOUSTRA/Edgar DU PERRON (ed.), *Towards a European Civil Code*, Ars Aequi/Kluwer, La Haya, 1998 (2.^a), págs. 241 a 246, que concluye con ello una atribución de menor efecto y vinculación obligatoria a falta de aquella reciprocidad o formalidad, frente al mero intento o apariencia de intento de obligarse de las partes; y modera al efecto cierta vuelta a una concepción tradicional del contrato fundada en la perspectiva antropológica del cumplimiento de las propias promesas como afirmación de la propia identidad, atendiendo las representaciones previamente realizadas de uno mismo, frente a otros motivos egoístas o altruistas, como el beneficio, la estabilidad en las relaciones mutuas, la recompensa, la gratitud, el aprecio o el honor. Sin esta u otra lectura correctora de aquella exclusión general del requisito de la causa, se ha considerado especialmente desafortunado que los Principios de Derecho Contractual Europeo no hayan reflejado el que parece verdadero *common core* del Derecho Europeo en este punto, al obviar la función de los diversos requisitos establecidos positivamente —causa, forma y prestación— para garantizar la efectiva voluntad del promitente de quedar vinculado, respecto de los contratos que carecen o en que puede dudarse que exista un vínculo correlativo de la otra parte, al no ser de cambio típico oneroso; por lo que se propone añadir, respecto de las dificultades de percibir aquella intención de obligarse jurídicamente, una exigencia ulterior de escritura pública para la validez de la donación de inmuebles, y de documento privado o entrega de la cosa para la validez de la donación de bienes muebles o cualquier otro contrato que sólo genere obligación para una de las partes. Véase Javier FAJARDO FERNÁNDEZ, «Forma, objeto y causa/consideration», en Sergio CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, págs. 424, 425 y 427 a 430.

sajona —que exige proveer con algo de valor en intercambio de una promesa para reputar su juridicidad, a pesar de adoptar su acento peculiar en la garantía de la actuación comprometida como prestación—, concibiendo la conclusión del contrato por aquel mero intento de las partes de vincularse jurídicamente y alcanzar un acuerdo suficiente (cfr. art. 2:101 [1] [Comm. A] PECL I & II [1999]) (25). Contemplan así la asunción unilateral de obligaciones por una sola de las partes sin mayores requisitos añadidos al consentimiento contractual, en ofrecimientos a título gratuito que deban ser aceptados, suponiendo que pueden dar lugar a una actuación de la contraparte en atención a ellos, además de poder ser realizados también sinceramente por personas mentalmente sanas sin responder a una actuación alocada; pero, en realidad, no alcanzan sino a estimar su habitual servicio a fines comerciales legítimos, según la experiencia del tráfico (cfr. art. 2:101 [Comm. E] PECL I & II [1999]). Consideran expresamente, incluso, propias promesas unilaterales, que obliguen al promitente sin aceptación del promisorio al que se comunican, y contemplan con ello promesas dirigidas también a la generalidad del público sobre cierta prestación con fines benéficos; pero las conciben ya en el ámbito mercantil presupuesto de cierta actividad empresarial; de las promesas abstractas incorporadas a ciertos instrumentos de crédito; o de la vinculación frente al beneficiario de un crédito documentario del banco que lo emite en forma irrevocable, según las instrucciones del ordenante, y del banco corresponsal que confirma a continuación su apertura, obligándose también a su disponibilidad, al avisar al vendedor y asegurarle el pago de una mercancía en tránsito al comprador (cfr. art. 2:107 [Comm. A] PECL I & II [1999]).

Los Principios de UNIDROIT fundan más explícitamente la omisión del requisito causal, para la validez del contrato, en la oportunidad de evitar eventuales litigios ante la falta de relevancia práctica de la cuestión en el ámbito de las operaciones comerciales, en las que suele concurrir siempre la asunción bilateral de obligaciones por ambas partes, sin apenas excepción (cfr. art. 3.2 [Comm. 1] UNIDROIT Principles 2004). A una menor pretensión, quizá, del proyecto normativo que contienen, se añade así, también, una mayor consciencia de su propia proyección funcional a la realidad mercantil del comercio internacional.

b) *La tipicidad mercantil del contrato como superación de la cuestión causal*

Aquella tipicidad del contrato, en la propia ley o en la realidad del tráfico, se refiere propiamente a su función económica y social característica, y sirve

(25) Cfr. DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, págs. 124 a 129, 171 y 172, que destacan así la posición de los «Principios», junto al Derecho inglés, frente a sus muy notables diferencias con la concepción del contrato en los ordenamientos europeos continentales.

a determinar el marco jurídico en el que encajar el intento de las partes, presupuesto un reconocimiento general de su validez y eficacia como modelo de reglamentación de obligaciones a disposición de la autonomía privada. Se trata, en fin, de aquel modo en que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones, los efectos que naturalmente se derivan del cual no cabrá restringir en la ejecución y cumplimiento de los contratos de comercio, según la codificación española (cfr. art. 57, *in fine*, del Código de Comercio); o de aquella naturaleza del contrato, según la cual obligan también los contratos en general, además de al cumplimiento lo expresamente pactado, a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (cfr. art. 1.258, *in fine*, del Código Civil); y de aquel comprenderse en la ley mercantil, o tener una naturaleza análoga a los comprendidos en ella, por el que se les reputará actos de comercio, a los efectos de que esta legislación especial fije su propio ámbito de aplicación frente al Derecho Común, que rige a falta de las disposiciones contenidas en ella y de los usos de comercio observados generalmente en cada plaza (cfr. art. 2.I, *ter.*, del Código de Comercio).

Suponiendo que en la práctica comercial internacional tan sólo llegará a presentarse este aspecto de la cuestión, y dando así por resuelta la suficiencia del pacto nudo para la constitución contractual de la obligación, adopta su pleno sentido el que las regulaciones uniformes propuestas se hayan centrado en los límites generales de la autonomía privada, y en especial en el deber común de ejercer los derechos subjetivos conforme a las exigencias de la buena fe, según expresa también el ordenamiento español, debiendo observarse siempre las exigencias subjetivas de la buena fe y objetivas de la honradez en los tratos en las relaciones jurídicas privadas (cfr. art. 7.1 del Código Civil [según Decreto 1836/1974], y art. 111.7 del *Codi Civil de Catalunya* [Llei 29/2002]). Así, los Principios de Derecho Contractual Europeo sujetan expresamente la libertad contractual de las partes a las exigencias de la buena fe y la lealtad negocial, de acuerdo con las cuales deberán actuar también con carácter general (arts. 1:102 [1] y 1:201 [1] PECL I & II [1999]); y los Principios de UNIDROIT se remiten semejantemente a la diversidad de deberes de conducta imperantes en el tráfico, según el sector de actividad y el contexto social o la dimensión y tecnificación de las empresas, mediante el establecimiento de un deber general de actuación de las partes de acuerdo con la buena fe y la lealtad negocial en el comercio internacional (art. 1.7 [1] [Comm. 3] UNIDROIT Principles 2004) (26).

(26) El principio de la buena fe se reconoce con ello como estándar de comportamiento imperativo para las partes, con carácter general y durante toda la vida del contrato, lo que incluye también las negociaciones previas y no sólo la ejecución o propia formación y perfección del contrato. Expresamente, las partes tienen plena libertad contractual para negociar los términos de un contrato sin incurrir en responsabilidad por el fracaso en

b') La ausencia de propia cuestión causal en la ponderación del distinto poder negociador de las partes

Considerándolo como régimen típico de la infracción de esta buena fe y lealtad negocial, los Principios de Derecho Contractual Europeo prevén la posible anulación o impugnación del contrato según las circunstancias concurrentes en su celebración relativas a una especial debilidad negociadora de una parte aprovechada conscientemente por la otra (cfr. arts. 1:201 [Comm. A] y 4:109 [1] *pr.* [Comm. A] PECL I & II [1999]). Al efecto, se tipifica el supuesto sobre la doble consideración del abuso o explotación por la contraparte de la particular vulnerabilidad de la víctima, lo que permite evocar la nulidad de los contratos de préstamo —y de toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero— por su carácter leonino, de haber motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales, según la prevención histórica del legislador español frente a la actuación presupuesta del usurero profesional (cfr. arts. 1.1, *in fine*, y 9, *pr.*, de la Ley de 23 de julio de 1908) (27).

En dicho ámbito funcional cabe reconducir a los deberes de conducta imperantes en el tráfico un primer elemento del supuesto, acaso subjetivo, referido al conocimiento o debido conocimiento de la dependencia o especial confianza de la otra parte; de su apuro económico o necesidad urgente; o de su imprevisión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad negociadora (cfr. art. 4:109 [1] [a] y [b] *pr.* PECL I & II [1999]). Y puede remitirse también a las condiciones corrientes de mercado para el tipo de contrato en cuestión, el segundo elemento típico, acaso objetivo ya, del aprovechamiento de una situación en gran medida desleal o con un beneficio excesivo, según

alcanzar un acuerdo, pero la parte que negocie o interrumpa las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte (art. 2.1.15 [1] y [2] [Comm. 2] UNIDROIT Principles 2004). Esta consideración fue saludada en su momento como una acertada innovación de las labores de UNIDROIT, frente a cierta prevención tradicional en los ordenamientos anglosajones respecto de la misma cuestión. Véase PERALES VISCASILLAS, en *RDM*, 1997, págs. 284 a 287, que señalaba su mera consideración anterior como principio interpretativo de los textos positivos uniformes, con la necesidad de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional que procede tener en cuenta en la interpretación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (art. 7.1, *in fine*, de la Convención de Viena de 1980).

(27) Véase Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, págs. 233 a 235, que apuntan este paralelo en la ley española, frente al problema diverso de la rescisión por lesión *ultra dimidium* de las ventas de inmuebles en algunos derechos; y suponen refundidas así, bajo el común denominador de la explotación de un contratante particularmente vulnerable, las distintas reglas de los ordenamientos anglosajones sobre la llamada influencia indebida o los convenios desproporcionados o leoninos.

las circunstancias y fines del contrato (cfr. art. 4:109 [1] [b] *in fine* PECL I & II [1999]). De este modo, por fin, cabría dar cumplido sentido a la concepción de la situación como infracción de aquella exigencia general de buena fe, según se presupone expresamente (cfr. art. 1:201 [Comm. A] PECL I & II [1999]).

En esta última dirección, los Principios de UNIDROIT enuncian una regla paralela sobre la noción típica de que una parte pueda dar por anulados el contrato, o una cláusula del contrato, si, en el momento de celebrarlo, diesen a la otra parte una ventaja excesiva e injustificada (art. 3.10 [1] *pr.* [prim.] UNIDROIT Principles 2004); para lo que cabe atender, entre otros factores, bien el aprovechamiento desleal por la otra parte de la dependencia de la primera, su apuro económico o necesidad urgente, su imprevisión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad negociadora (art. 3.10 [1] [a]); bien la naturaleza y finalidad del contrato (art. 3.10 [1] [b]). Se presupone al efecto aquella consideración de lo comúnmente aceptado en el tráfico, y se atiende expresamente la relevancia de los parámetros éticos que prevalezcan en el sector pertinente del comercio o de los negocios, por lo que no debería resultar contradictoria la posibilidad añadida de contemplar aquellas situaciones en que lo injustificado de la ventaja excesiva concurre por igual sin que la parte beneficiada por ella haya abusado de una débil posición negociadora de la otra parte (cfr. art. 3.10 [1] [b] [Comm. 2.b y c] UNIDROIT Principles 2004) (28). Cuando menos, cabe seguir evocando la legislación española especial sobre la nulidad de los contratos de préstamo, y de toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, que se refiere igualmente a aquellos en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las

(28) En general, no se pretende tanto una formulación separada de dos perspectivas distintas, cuanto su reunión final bajo una misma noción de desigualdad grave, como cuestión sustantiva de validez, al modo en que también tienden a interrelacionarse en los derechos nacionales, de una parte, la desigualdad en el poder negociador de los contratantes, que permita a uno de ellos aprovecharse de la debilidad del otro para obtener un resultado excesivamente favorable; y de otra, la gran deslealtad, como propia desigualdad entre las obligaciones respectivas, con gran desequilibrio del contrato. Véase Michael Joachim BONELL, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Transnational, Irvington (Nueva York), 1994, págs. 90, 91 y 101 a 105, que considera la norma como una novedosa y más realista consideración de las relaciones comerciales, cuestionada crecientemente la presunción de que el contrato entre comerciantes se concluye siempre según principios leales de negociación, por profesionales competentes y experimentados, ante la realidad de muy diferentes niveles de formación y habilidad técnica, con no menor tentación de explotar las debilidades o necesidades ajenas; y que sólo excluye de su ámbito de aplicación las situaciones de monopolio u oligopolio, en que aquella ventaja excesiva sea obtenida por la parte dominante y padecida irrazonablemente por la contraparte en comparación con otros competidores, sin propia dependencia económica, lo que se sujetaría ya a las reglas sobre prohibición de prácticas restrictivas de la competencia.

circunstancias del caso (cfr. arts. 1.1, *pr.*, y 9, *pr.*, de la Ley de 23 de julio de 1908) (29).

(29) El supuesto regulado, de este interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, fue concebido por el mismo legislador sobre la consideración de un vicio de fondo relativo a una ausencia real y positiva de consentimiento (cfr. art. 1.1, *pr.*, de la Ley de 23 de julio de 1908); al tiempo que se procuraba una recta ponderación de la delicada relación en que se encuentra el orden jurídico con el orden ético, al imponer el primero sanciones a la infracción del segundo, respecto de aquel interés que resulte leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales (cfr. art. 1.1, *in fine*). Véase la intervención del diputado señor Azcárate en la discusión sobre la totalidad de la «Proposición de ley sobre nulidad de ciertos contratos de préstamo» que él presentara al Congreso de los Diputados (sesión del jueves 7 de mayo de 1908 [*DSC-CD*, 1907, 6284 y 6285]), y que respondía con ello a cierta desconfianza despertada en el trámite parlamentario acerca de su eficaz resultado, por no fijarse en el Proyecto cuál fuere el interés normal del dinero, frente a lo que señalaba precisamente que no se iba contra el principio de libertad de interés, establecido con la abolición de toda tasa sobre el interés del capital en numerario dado en préstamo (art. 1 de la Ley de 14 de marzo de 1856), y reafirmado, si cabe, para el préstamo mercantil al poder pactarse su interés sin tasa ni limitación de ninguna especie (cfr. art. 315.I del Código de Comercio). Desde esta perspectiva, se adoptó una amplia delimitación de supuestos genéricos, con la consiguiente flexibilidad de un sistema represivo configurado por conceptos jurídicos indeterminados y un amplio margen de apreciación judicial, lo que sigue pareciendo el modo más adecuado de garantizar la efectiva autonomía de la voluntad y libertad negocial de las partes, como exigencia material y no sólo formal de la libertad de contratar, en el ámbito también de los servicios financieros y respecto de la oportuna protección de los consumidores de crédito, con renovado sentido tras la liberalización también de los tipos de interés y comisiones de las entidades de depósito, desde que los tipos de interés de las operaciones activas de los bancos, cajas de ahorro y cooperativas de crédito, cualquiera que sea su plazo y modalidad, serán los que libremente se pacten con la clientela en los respectivos contratos (art. 1, *pr.*, de la Orden de 17 de enero de 1981 [véase hoy la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito]). Véase Alberto TAPIA HERMIDA, «La vigencia de la Ley de Usura como mecanismo de protección del consumidor a crédito. Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 16 de octubre de 1985», en *RDBB*, 1987, págs. 149 a 160 y 175 a 177, que parte así de una limitación de la libertad de empresa por la debida garantía de la defensa de los consumidores y usuarios, según su respectivo reconocimiento en la Constitución Española entre los derechos y deberes de los ciudadanos y los principios rectores de la política social y económica (cfr. arts. 38, prim. [*pr.*], y 51.1, *pr.*, Const.). El supuesto puede concebirse acaso sobre el mantenimiento último de cierto equilibrio contractual, como debida proporcionalidad entre los intereses y el capital según el plazo del préstamo, pero su concreción legal se caracterizará también como una expresión particular de la debida consideración concreta de aquella distinta situación de las partes en la perfección del contrato, según los límites generales a la autonomía privada y al ejercicio de los derechos subjetivos, por los que no cabe contravenir las leyes, la moral ni el orden público, y los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, no amparando la ley el abuso del derecho ni su ejercicio antisocial (cfr. arts. 7.1 y 2, prim. [según Decreto 1836/1974], y 1.255, *in fine*, del Código Civil). Cfr. Carlos VILLAGRASA ALCAIDE, *La deuda de intereses*, EUB, Barcelona, 2002, págs. 114, 115, 124, 128, 134, 139 y 140, que, respecto del práctico desuso de la ley, propone reconducir aquel criterio del interés normal del dinero, como dato extrajurídico basado en parámetros macroeconómi-

Sea como fuere, se formulan expresamente estos supuestos como exclusión de un eventual requisito contractual de justo equilibrio en el intercambio de prestaciones de igual valor (art. 4:109 [Comm. A] PECL I & II [1999]); o señalando que ni siquiera sería suficiente una desproporción sustancial entre el valor y el precio o algún otro elemento que trastornara el equilibrio de las prestaciones, sin un desequilibrio de tal magnitud que resultara escandaloso para una persona sensata (art. 3.10 [1] [Comm. 1] UNIDROIT Principles 2004) (30). No parece posible retomar, pues, aquella cuestión de una exigencia general de cierta conformación funcional de la causa onerosa, apuntada quizá en ordenamientos como el catalán, por el carácter rescindible de los contratos de compraventa, permuta u otros onerosos relativos a bienes inmuebles, en que el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del precio justo, aun concurriendo en el contrato todos los requisitos necesarios para su validez (cfr. art. 321.I de la *Compilació del Dret Civil de Catalunya* [Texto Refundido por *Decret Legislatiu* 1/1984, de 19 de julio]) (31).

cos, a un baremo acorde con el tráfico, y propia delimitación cuantitativa frente al arbitrio judicial, con el que cabría contar en la actualidad sobre la consideración especial del fenómeno de la inflación, según la medición y revaloración periódica del interés legal que se determina anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (cfr. art. 1.I de la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero [según Ley 13/1994]).

(30) Parecía necesaria alguna precisión de este tipo sobre qué desproporción se entenderá excesiva, ante la presumible disparidad judicial en la aplicación de la amplia noción típica del supuesto, partiendo de aquella compleja combinación de cierta atención individualista a la libertad contractual de las partes con cierta consideración altruista del precio justo, que remite a una difícil determinación, ora de la voluntad de los contratantes en una situación inicial imaginaria, sin disparidad entre las respectivas posiciones negociadoras, ora del equilibrio entre el precio convenido por ellos y el precio de mercado. Véase HESSELINK, en HESSELINK/DE VRIES, *Principles of European Contract Law*, págs. 57, 58 y 66, que ejemplifica así el balance final de un mayor carácter social del texto uniforme propuesto frente a la mayoría de códigos europeos, aunque la abstracción de los términos utilizados puede ofrecer cierta ventaja retórica —o hasta probatoria— a la parte que asuma la regla tradicional de la autonomía privada, enunciada en primer lugar, frente a su ponderación subsiguiente por la sujeción de la libertad de las partes a las exigencias de buena fe y lealtad negocial, o por el deber general de cooperación impuesto a cada parte respecto de la otra para dar plenos efectos al contrato (cfr. arts. 1:102 [1] y 1:202 PECL I & II [1999]).

(31) En sentido estricto, este derecho territorial no dispone una exigencia causal de carácter estructural, referida a un propio desequilibrio entre las prestaciones en más de la mitad del valor de la cosa; ni altera el requisito común de tan sólo correspondencia o conexión entre ellas, en cuanto sigue entendiéndose por causa en los contratos onerosos, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte (cfr. art. 1.274, prim., del Código Civil). Tan sólo se atiende excepcionalmente la ausencia presupuesta de ánimo liberal en el enajenante, respecto de un enriquecimiento experimentado en tal medida por el adquirente, que supondría ya una consideración mixta de este peculiar resultado práctico o función económica del contrato junto al mero intercambio típicamente oneroso entre la cosa y el precio. Así se explica que no se repunte la nulidad, presupuesta en la misma noción legal de la rescisión por lesión la concurrencia de todos

En efecto, el supuesto previsto como unificación del Derecho Contractual Europeo pretende expresamente atender la ignorancia de una parte aprovechada por la otra, más que el carácter abultado o desacostumbrado del provecho obtenido respecto de un precio o contraprestación normal, que puede resultar también sin mayor ilicitud de una reducción repentina de la oferta general de cierto producto en el mercado; así como la deslealtad, más que la cuantía del provecho, para valorar las posibilidades singulares de la parte, más que lo razonable del precio en sí mismo considerado (art. 4:109 [1] [Comm. D y E] PECL I & II [1999]) (32). Presupuesta la validez estructural del contrato,

los requisitos necesarios para la validez del contrato; y que no proceda expresamente la acción rescisoria en aquellos contratos en los que el precio o contraprestación haya sido decisivamente determinado por el deseo de liberalidad del enajenante (art. 321.I, *in fine*, y II, prim. [*in fine*], de la *Compilació del Dret Civil de Catalunya* [Texto Refundido por *Decret Legislatiu* 1/1984]). Cfr. Fernando BADOSA COLL, «Rescisión por lesión. Carácter de la acción de rescisión por lesión en la Compilación catalana. Ejercicio de la acción de rescisión por lesión por uno de los coherederos del enajenante. Sentencia de 5 de abril de 1968», en *RJC*, 1969, págs. 82 a 92, que excluye, en todo caso, una justificación del supuesto en la mala fe del contratante no perjudicado, que se aprovecha del estado de necesidad o general debilidad económica del enajenante, al ser irrelevante el conocimiento o ignorancia de la lesión por el comprador o adquirente demandado, que podrá evitar la rescisión, sin más, mediante el pago en dinero al vendedor o enajenante del complemento del precio o valor lesivos, con los intereses, a contar de la consumación del contrato (cfr. art. 325 de la *Compilació del Dret Civil de Catalunya* [*Decret Legislatiu* 1/1984]); y al preverse como efecto de la rescisión que no tendrán que ser restituidos los frutos o intereses anteriores a la reclamación judicial, y deberán ser abonados los gastos extraordinarios de conservación o refracción y las mejoras útiles, lo que supone tratar al adquirente como a todo poseedor de buena fe que pierde la posesión por cualquier causa en favor de otra persona con mejor derecho a poseer, aun siendo prácticamente imposible que desconozca aquella desproporción existente entre el precio que paga y el valor de la cosa que adquiere (cfr. art. 324, *in fine*, de la *Compilació* [*Decret Legislatiu* 1/1984], y arts. 522-2, *pr.*, 522-3.1, prim., y 522-4.1 y 2 del *Codi Civil de Catalunya* [Llei 5/2006]). (En el Derecho español, esto último supone alterar además el régimen común de la rescisión, por la que ésta obligaría a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato, pero con sus frutos, y del precio, pero con sus intereses [cfr. art. 1295.I, prim., del Código Civil]; amén de no rescindirse ningún contrato por lesión fuera de los que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, o los celebrados en representación de los ausentes, siempre que las personas a quienes se representa hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos [cfr. art. 1.293]).

(32) Por el contrario, la formulación de un supuesto equivalente en los trabajos desarrollados por otros expertos, en el llamado Código Europeo de Contratos, parece concebirlo como propia generalización de la rescisión por lesión. Se suple así expresamente la eliminación del requisito de la causa, como función económica y social del contrato, con cierta exigencia de una debida utilidad de su contenido, al modo de correspondencia con algún interés de las partes, aun no patrimonial ni apreciable en dinero (cfr. arts. 25, *pr.*, y 26 [Rapp. IV.1 y 2] Cod. eur. contr. I.1). Con todo, su regulación específica propone una semejante consideración del provecho abusivo respecto de la situación de la víctima, más que de cierto límite cuantitativo o de una iniquidad contractual mal avenida con las exigencias de la práctica comercial, de modo que se prevé la rescisión del contrato en el que una de las partes obtiene una prestación u otra ventaja patrimonial manifiestamente desproporcionada en relación a su contraprestación respectiva, abusando de la situación de

pues, se refunde ahora el criterio mercantil tradicional, contenido también en la codificación española, por el que no se rescindirán las ventas mercantiles por causa de lesión, pero indemnizará daños y perjuicios el contratante que hubiere procedido con malicia o fraude en el contrato o en su cumplimiento, sin perjuicio de la acción penal (art. 344 del Código de Comercio) (33).

peligro, necesidad, incapacidad de comprender o querer, inexperiencia o sumisión económica o moral de la otra parte (arts. 30.3 y 156 [Rapp. 3 y 4] Cod. eur. contr. I.1).

(33) La norma muestra el interés legislativo en la subsistencia de las compraventas mercantiles, aun cuando supongan alguna pérdida para el comprador, prefiriéndose la indemnización de daños y perjuicios a romper un eslabón en la cadena de las operaciones comerciales, además de atenderse con ello los mayores riesgos con que debería contar el comerciante, o la persona que opere con él o para su comercio. Véase José M.^a GONZÁLEZ DE ECHÁVARRI Y VIVANCO, *Comentarios al Código de Comercio y Jurisprudencia Española, III*, Martín, Valladolid, 1945 (3.^a), págs. 458 y 459. Históricamente, se había señalado igualmente que la rescisión por lesión no se aplicaba a las ventas mercantiles por oponerse al objeto con que se celebran, según el carácter distintivo y la naturaleza de las operaciones de comercio; y que era ya las más de las veces imposible, por la rapidez con que se multiplican y por la celeridad con que se ceden, transportan y aun consumen las cosas vendidas. Véase Pablo GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de Derecho Mercantil, I*, Sánchez, Madrid, 1867 (3.^a), págs. 113, 114 y 253, respecto de la primera codificación española, en que tampoco las ventas mercantiles se rescindían por lesión enorme ni enormísima, y sólo tenía lugar la repetición de daños y perjuicios contra el contratante que procediere con dolo en el contrato o en su cumplimiento (art. 378 del Código de Comercio de 1829). Un claro posicionamiento legal de este tipo, por otra parte, es lo que se echaba en falta ante el silencio de otras codificaciones mercantiles históricas sobre la cuestión, enfrentado conceptualmente el carácter de equidad u orden público de la norma común sobre la rescisión por lesión, en mayor medida que un eventual alcance normativo del mero fin especulativo presupuesto en el espíritu y movimiento comercial; o que una extensión funcional, hasta el ámbito inmobiliario tradicional del supuesto, de la noción típica de la compraventa mercantil de cosas muebles (cfr. art. 325, *pr.*, del Código de Comercio). Cfr. G. P. CHIRONI, «La rescissione per lesione enorme e la vendita commerciale», en *Riv. dir. comm.*, 1916 (I), págs. 261 a 265. Desde esta perspectiva funcional, la norma española parece contemplar el supuesto mismo de lesión, aun sin considerar tanto su cuantía cuanto lo malicioso de su producción, para excluir paradójicamente la rescisión, y mantener con ello la obligación misma, con el añadido desconcertante de una indemnización de daños y perjuicios. Véase Juan OSSORIO MORALES, «La lesión en el contrato de compraventa», en *AAMN*, VIII (1954), págs. 265 y 266, que excluye también una caracterización del supuesto por la concurrencia del llamado dolo causante, como palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes con las que es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiere hecho, pues produciría ya, de ser grave, la nulidad del contrato (cfr. arts. 1.269 y 1.270.I, *pr.*, del Código Civil); aunque quizá plantee así la posible consideración, algo equívoca, de un dolo meramente incidental a la propia prestación del consentimiento, que supondría aquella misma sanción de sólo obligar al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios (cfr. art. 1270.II). Sea como fuere, el precepto mercantil se refiere a cierta desviación reprochable del curso recto de los acontecimientos, respecto de la honestidad en los tratos imperante en el tráfico, lo que apunta, en cualquier caso, al deber general de observarla en las relaciones jurídicas privadas y de ejercer los derechos conforme a las exigencias de la buena fe, según se recoge en la codificación común y se toma como referente en la materia en aquellos textos uniformes del comercio internacional (cfr. art. 7.1 del Código Civil [según Decreto 1836/1974], art. 111-7 del *Codi Civil de Catalunya* [Llei 29/2002], art. 1:201 [Comm. A] PECL I & II [1999] y art. 1.7

Se supera también, finalmente, la rigidez de la nulidad parcial de la cláusula de intereses en el referente anterior del préstamo usurario; y se evita al menos el debate sobre el alcance de haberse previsto típicamente que, declarada con arreglo a la ley especial la nulidad de un contrato, el prestatario esté obligado a entregar tan sólo la suma recibida; o el prestamista a devolverle lo que exceda del capital prestado, tomando en cuenta el total de lo ya percibido, si el primero hubiese satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos (cfr. art. 3 de la Ley de 23 de julio de 1908) (34). Cuando menos, y atendiendo ahora la

[1] [Comm. 1] UNIDROIT Principles 2004). (En otro orden de cosas, junto a esta ilicitud constitutiva, de haber procedido un contratante con malicia o fraude «en el contrato», la norma contempla también una subsiguiente exigencia ejecutiva, frente a igual malicia o fraude, pero ya «en su cumplimiento», al modo en que se prevé, con carácter general, que los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe [cfr. arts. 57, *pr.*, y 344, *seg.*, del Código de Comercio]). Por lo demás, cuando se busca alguna alternativa a la función que desempeña aquella rescisión por lesión, para fundar cierta corrección judicial del daño resultante del propio contenido del contrato en los ordenamientos jurídicos que no la contemplan con carácter general, se consideran de modo semejante las situaciones de inobservancia de la buena fe en la adopción abusiva de una posición de fuerza durante la fase de formación del contrato, apuntándose la debida restitución del interés de una parte alterado por el comportamiento de la otra sobre el referente positivo de que los contratos obligan también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe (cfr. art. 1258, *in fine*, del Código Civil); lo que sería incluso más operativo que la ineficacia del contrato, al permitir su mantenimiento con una indemnización de daños que recomponga el exceso en el precio pagado respecto de los valores de mercado, amén de atender otros gastos en que se hubiere incurrido inútilmente, o la pérdida consiguiente de expectativas. Véase José Antonio MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato. En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 261 a 264 y 331 a 339, que discurre al efecto sobre la contraposición, por una parte, de la propia ruptura rescisoria del equilibrio contractual, que confrontaría el conjunto de los intereses de los contratantes con el resultado de lo pactado; y por otra, de la irrogación de un daño sobrepasando los límites comunes al ejercicio de los derechos subjetivos, que atendería en cambio, ya la buena fe, como deber ético de no aprovechar la inferioridad de condiciones de la parte contraria, ya el abuso de derecho, como inmoralidad o ilicitud de explotar la situación ajena obteniendo un enriquecimiento abusivo, en cuanto la ley no ampara tampoco el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (cfr. art. 7.2, *prim.*, del Código Civil [según Decreto 1836/1974]).

(34) Frente a los supuestos ordinarios de nulidad plena del contrato, se observa aquí la formulación legislativa de una regla especial, según cierto propósito de combatir la usura como llaga social, aun antes que como desgracia individual, de modo que el prestatario, víctima de la usura, viene obligado todavía a devolver la cantidad realmente recibida, y el prestamista a devolver, en su caso, lo que exceda del capital. Se altera así el régimen general de la nulidad que provenga de ser ilícita la causa, por oponerse a las leyes o a la moral, pues si el hecho en que consiste aquella causa torpe estuviere de parte de un solo contratante, no podría éste repetir lo que hubiere dado en virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido; y el otro, que fuere extraño a la causa torpe, podría reclamar lo que hubiere dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido (cfr. arts. 1.275, *seg.*, y 1306.2.º del Código Civil). Al eximirse además de los intereses al deudor, no se contempla tampoco la obligación de pagar el interés legal o normal del dinero, contra lo que puede parecer más oportuno de reputarse subsistente un contrato parcialmente lícito, aunque quizá se atienda con ello —nula tan sólo la cláusula

economía de cada operación, la parte legitimada para impugnar o anular el contrato, por beneficio excesivo o ventaja desleal, podrá solicitar del juez su adaptación, para ajustarlo a lo que habría podido acordarse de haberse cumplido con aquellas exigencias generales de buena fe y lealtad negocial (cfr. art. 4:109 [2] PECL I & II [1999]); y la parte legitimada para esa misma impugnación o anulación, del contrato o de la cláusula que dé una ventaja excesiva e injustificada a la otra parte, podrá solicitar una adaptación judicial de pareja entidad, para su ajuste a estándares comerciales de lealtad negocial (cfr. art. 3.10 [2] *in fine* UNIDROIT Principles 2004). Esta adaptación, además, podrá solicitarla judicialmente incluso el otro contratante, de advertir de ello sin dilación a la parte que le hubiese comunicado que daba por anulado el contrato antes de que ésta haya actuado confiando en tal anulación (cfr. art. 4:109 [3] PECL I & II [1999] y art. 3.10 [3] prim. UNIDROIT Principles 2004) (35).

b'') La ausencia de propia cuestión causal en la prevención normativa frente a las cláusulas abusivas

Los Principios de Derecho Contractual Europeo han extendido expresamente, a cualesquiera contratos mercantiles y entre particulares, la armoni-

usuraria— a que no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado, según el régimen común del simple préstamo, y tampoco los préstamos mercantiles devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito (cfr. arts. 1.755 del Código Civil, y 314 del Código de Comercio). Cfr. Juan DE HINOJOSA, «Cuestiones prácticas. Sobre la imprescriptibilidad de la acción nacida de los préstamos usurarios», en *RDP*, 1934, págs. 244 a 247. Sea como fuere, se advierte así una finalidad preventiva que puede parecer impropia de las normas civiles, pero que sirve de estímulo para que dejen de llevarse a cabo contratos de este tipo, lo que no ocurriría si el usurero pudiese recibir los intereses usuales aun en el peor de los casos. Cfr. Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 421 y 422, que supone que la existencia de un efectivo mercado crediticio, en que el prestatario puede obtener dinero a precios competitivos, ha llevado a la inaplicación de la ley especial a los contratos entre particulares y entidades bancarias, reduciendo su función a la represión de conductas marginales de no profesionales.

(35) Se presupone con ello un nuevo régimen de invalidez o ineficacia de los contratos respecto de los tradicionales vicios del consentimiento, entre los que se regula el mencionado supuesto, de modo que la parte interesada habrá debido ejercer su derecho cursando una notificación al otro contratante, sin necesidad de que un tribunal realice intervención alguna (cfr. art. 4:112 PECL I & II [1999] y art. 3.14 UNIDROIT Principles 2004). Se generaliza así cierta idea de anulabilidad —o quizá se construya una nueva noción de impugnabilidad—, por la que queda en manos de la parte protegida el poder de invocar o no aquella invalidez; y cabe además esta invocación mediante declaración extrajudicial —aparte una propia modificación de la reglamentación obligatoria original sin nuevo convenio entre los contratantes—; aunque, al no preverse otro régimen de nulidad, no se aprecie mayor significación de estos extremos en este caso. Cfr. Antonio Manuel MORALES MORENO, «Validez del contrato», en CÁMARA LAPUENTE, *Derecho Privado Europeo*, págs. 388 a 390.

zación comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, previendo al efecto, en el marco sistemático general del régimen de validez de los contratos, que una parte pueda dar por anulada aquella cláusula que no haya sido negociada individualmente si, en contra de las exigencias de la buena fe y negociación leal, causa en su perjuicio un desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones derivados del contrato, según la naturaleza de la prestación debida, el resto de cláusulas del contrato y las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración (cfr. art. 4:110 [1] [Comm. A] PECL I & II [1999]) (36). Con dicha referencia a la buena fe y la corrección en el tráfico, puede darse un especial alcance a la conformación típica de cada operación, según su regulación legal o realidad social, de modo que opere todavía como marco inexcusable de la expresión contractual de los fines económicos de las partes. En el ámbito circunstancial de esta falta de un propio sustrato material en la declaración de voluntad de alguno de los contratantes, sin plena autodeterminación común sobre el completo contenido de la relación, se retomaría así aquella recurrente cuestión de la causa como requisito o elemento del contrato.

Cuando menos, se prevé con ello el debido cumplimiento con carácter general de cierto requisito de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, al modo en que cabe excluir en todo caso la utilización de cláusulas abusivas, en cuanto estipulaciones no negociadas individualmente o prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, según lo que la ley española atiende tan sólo de producirse en perjuicio de un consumidor, en relación con la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales [cfr. arts. 10.1.c) (según Ley 7/1998) y 10.bis.1.I, prim. (según Ley 44/2006), de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios] (37). Se contempla además todo supuesto de predisposición

(36) Como en el Derecho Comunitario, se advierte aquí una perspectiva todavía tradicional, atinente al curso peculiar de la conclusión del contrato según los elementos estrictos de cierta noción legal de condiciones generales o cláusulas no negociadas individualmente, frente a un propio enjuiciamiento sustantivo del contenido y resultado de la negociación, que atendería, con carácter general, aquella desigualdad en el poder negociador de las partes según los hechos concretos concurrentes en cada caso, pudiendo suponerse un abuso no menor en cláusulas efectivamente negociadas. Véase Thomas WILHELMSSON, «Standard Form Conditions», en HARTKAMP/HESSELINK/HONDIUS/JOUSTRA/DU PERRON/VELLMAN, *Towards a European Civil Code* (2004 [3.ª]), págs. 440 y 441.

(37) El ordenamiento español adolece en este punto de una técnica legislativa muy discutible, corrigiendo un precepto anterior con una definición sin embargo indirecta e incompleta del supuesto, y trasponiendo a un tiempo en otro nuevo la armonización europea en la materia; por lo que no llega a implicar un control del contenido del contrato en relación con el precio, de modo que éste deba ser justo, sino con aquellas cláusulas que, pese a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio

del contenido de la relación por una de las partes, con mera adhesión de la otra, al modo en que esta última previsión del legislador español menciona las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios (art. 10.1, *pr.*, de la Ley 26/1984 [según Ley 7/1998]); lo que puede superar materialmente la noción de condiciones generales de la contratación en el mismo ordenamiento, como cláusulas también predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, pero habiendo sido redactadas ya con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (cfr. art. 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril) (38).

importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en el sentido de la norma comunitaria (cfr. art. 3.1, *in fine*, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores). Véase Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Disposición Adicional Primera.Dos: artículo 10.1.c) LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999, págs. 686 y 687, que mantiene de este modo la interpretación con que procuró reconducirse el debido cumplimiento de aquel requisito de buena fe y justo equilibrio —reputado literalmente «de las contraprestaciones» en la legislación modificada—, apuntando a esta exclusión de las cláusulas abusivas, que se definían ya por comportar en el contrato una posición de desequilibrio «entre los derechos y obligaciones de las partes» en perjuicio de los consumidores y usuarios [cfr. art. 10.1.c), *pr.*, y art. 10.1.c) 3.^a, *in fine*, de la Ley 26/1984 (texto original)].

(38) La ley española parece excluir estas últimas notas de generalidad y uniformidad de las cláusulas objeto de regulación, para mantener las de su predisposición e imposición por una de las partes, al modo en que el Derecho Comunitario contempla las cláusulas no negociadas individualmente, que hayan sido redactadas previamente y sobre cuyo contenido no haya podido influir en el consumidor, en particular en el caso de los contratos de adhesión (cfr. art. 3.2.I de la Directiva 93/13/CEE). Se plantea cierta duda, empero, sobre la exigencia de estos caracteres respecto de las denominadas «cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios», sin mayor precisión literal, que podrían distinguirse de aquella propia consideración material del supuesto en «las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios» (cfr. art. 10.1, *pr.*, de la Ley 26/1984 [según Ley 7/1998]). Cfr. Fernando RODRÍGUEZ ARTIGAS, «El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de Ley)», en *DN*, 86 (1997), págs. 8 a 10 y 16, que señala, como vía para reconducir la cuestión, la consideración presupuesta de declaraciones jurídicamente relevantes pero no propiamente contractuales, bajo aquella noción de «cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios», respecto de las que no se presentaría la posibilidad misma de su negociación. Aun contempladas con ello todas las cláusulas contenidas en la propia «oferta» contractual, perderían también su peculiar carácter de ser negociadas con el consumidor antes del momento de perfección del contrato, al no corresponderse ya el resultado contractual con el mero tenor de aquella «oferta» inicial; mientras que en el caso de una posible negociación sin que las cláusulas sufrieran modificación alguna, quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la norma por la consideración coordinada de las «no negociadas individualmente». Véase Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Disposición Adicional Primera.Dos: artículo 10.1.a) y b) LGDCU», en R. BERCOVITZ, *Comentarios a la Ley de Condiciones*

Aun así, sólo llegará a advertirse la función común del tipo contractual en la interpretación o integración de la declaración de las partes, tras determinarse en estos términos la nulidad de cierta porción de su contenido por ser abusivo o desleal, en cuanto procederá tener en cuenta el uso o la costumbre del país, respecto de las ambigüedades del contrato sin embargo subsistente, para suplir la omisión consiguiente de cláusulas que de ordinario suelen establecerse (cfr. art. 1.287 del Código Civil); o completar lo expresamente pactado, que conserve su licitud, con todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (cfr. art. 1.258, *in fine*). En efecto, el legislador español no ha podido más que extender a este supuesto el régimen originalmente aplicable a las condiciones generales, para prever que serán nulas de pleno Derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas, pero que el juez que declare la nulidad de estas cláusulas integrará el contrato cuando subsista sin ellas, pudiendo declarar la ineficacia del contrato mismo sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada (cfr. art. 10.bis.2, prim., seg. [pr.] y cuar., de la Ley 26/1984 [ahora según la Ley 44/2006]). Por lo demás, aquella previsión unificadora del tráfico internacional ha procurado también cierto reajuste nuevamente mercantil de su modelo comunitario, eliminando la lista de cláusulas abusivas prohibidas que contiene —aun reconociendo su utilidad orientadora en la resolución de controversias entre pequeñas y grandes empresas—, ante la imposi-

Generales de la Contratación, págs. 670 a 677, que sólo supone extendido el mecanismo de control, pues, más allá de las condiciones generales, pero habiéndose mantenido siempre los caracteres de cláusulas predispuestas e impuestas, en cuanto no negociadas por el consumidor. Propiamente, se presume siempre la utilización de verdaderas condiciones generales, tratándose, a continuación, del debido cumplimiento, por unas y otras cláusulas, del requisito de entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado [cfr. art. 10.1.b) de la Ley 26/1984 (ahora según Ley 7/1998)]. Se atiende así el concepto mismo de consumidor, según la realidad del tráfico, que implica por esencia una pluralidad o generalidad de ellos respecto de la que sería antirracional y antieconómica la prerredacción de cláusulas para contratos aislados, con consumidores específicos, siendo la justificación más clásica de la contratación mediante condiciones generales precisamente racionalizar y agilizar la contratación. Véase Eduardo POLO, «Apuntes críticos a la Ley sobre condiciones generales de la contratación», en *EC*, 54 (2000), págs. 156 a 160, respecto del abandono por el legislador de cierto intento original de extender la protección frente a cualquier cláusula abusiva, con independencia de su predisposición o negociación individual, en toda clase de contratos celebrados con consumidores; y aun en todo contrato de adhesión en que el adherente no tuviere la cualidad de consumidor; frente a la final consideración de la nulidad de las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, a pesar de seguir anunciándose la protección de los legítimos intereses de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual (cfr. Exp. de Mot. III, seg., y art. 8.2, pr., de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación).

bilidad de proceder a su recta fijación en el marco de la diversidad comercial de la contratación (cfr. art. 4:110 [1] [Comm. B] PECL I & II [1999]).

c) *El mantenimiento en todo caso de la revisión causal de los fines de las partes*

Sea como fuere, la cuestión sustancial del oportuno control de la licitud de la causa, como concreto intento práctico vertido por las partes en la función típica de cada figura contractual, no parece tanto excluida, cuanto remitida a otras consideraciones equivalentes. Los Principios de UNIDROIT excluyen la exigencia de todo elemento o requisito causal del contrato, pero tan sólo eluden tratar su invalidez por ilicitud o inmoralidad para remitir la cuestión al Derecho nacional aplicable (cfr. art. 3.1 [b] [Comm.] UNIDROIT Principios 2004); mientras que los Principios de Derecho Contractual Europeo hacen lo propio como prevención técnica ante la situación todavía pendiente de los estudios en curso sobre la formulación de una regla uniforme en la materia (cfr. art. 4:101 *pr.* [Comm.] PECL I & II [1999]).

En alguna medida, se supone de nuevo la ausencia material de problemas específicos, requeridos de soluciones especiales, en un ámbito del tráfico reducido a la actividad empresarial transnacional, al modo en que el ordenamiento jurídico español se limita a prever que los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos —así como a sus modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes—, se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en la codificación del comercio o en las leyes especiales, por las reglas del Derecho Común (cfr. art. 50 del Código de Comercio). Al efecto, se establece que es ilícita la causa, como requisito sin cuya concurrencia no hay contrato, cuando se opone a las leyes o a la moral (art. 1.275, seg., del Código Civil); pero serviría al mismo fin, de enjuiciar el propósito práctico de las partes, la regla común por la que los actos contrarios a las normas imperativas y las prohibitivas son nulos de pleno Derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención (art. 6.3, según Decreto 1836/1974); al tiempo que la contravención de la moral o el orden público se contempla también como límite general al ejercicio por las partes de la libertad de conformar el contrato según tengan por conveniente (cfr. art. 1.255, *in fine*) (39).

(39) Cuando menos, el tratamiento de la cuestión causal, omitido en aquellos textos del Derecho Contractual Uniforme, se supone que remite sin mayor objeción a esta consideración alternativa de la eficacia general de las normas imperativas y demás límites a la autonomía privada. Véase Díez-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, págs. 173 a 177, que observan con igual perspectiva la omisión también del requisito del objeto cierto que sea materia del contrato, en términos de la ley

3. LA AUSENCIA DE ESPECIALIDAD EN MATERIA DE CAPACIDAD DE LAS PARTES

Los textos de Derecho Uniforme examinados excluyen también el tratamiento de la invalidez derivada de la falta de capacidad, considerándola una cuestión de orden público o relativa a la ley personal de las partes más que a la ley del contrato (cfr. art. 3.1 [a] [Comm.] UNIDROIT Principles 2004 y art. 4:101 *in fine* [Comm.] PECL I & II [1999]) (40). Frente a una consideración expresa de quien pueda prestar consentimiento, propia de una codificación civil, parece optarse de nuevo por la perspectiva con que se enfocara la cuestión en la codificación del comercio, al modo en que la española se limita a prever que los contratos mercantiles, en todo lo relativo a la capacidad de los contratantes que no se halle expresamente establecido en ella o en las leyes especiales, se regirán por las reglas generales del Derecho Común (cfr. art. 1.263, *pr.*, del Código Civil, y art. 50 del Código de Comercio) (41).

española (art. 1261.2.º del Código Civil), con la sola cuestión específica de su necesaria determinación, en cuanto no debe requerir de nuevo convenio entre los contratantes (cfr. art. 1.275, *seg. [in fine]*). Este último aspecto, por lo demás, se entiende recogido implícitamente en la exigencia de un acuerdo suficiente de las partes para la conclusión del contrato, según los Principios de Derecho Contractual Europeo (cfr. art. 2:101 [1] [b] PECL I & II [1999]). Véase STORME, en HARTKAMP/HESSELINK/HONDIUS/JOUSTRA/DU PERRON, *Towards a European Civil Code* (1998 [2.ª]), pág. 246. Por otra parte, la pareja omisión del requisito de la causa en los trabajos distintos sobre el llamado Código Europeo de Contratos, en cuanto novedad probablemente más llamativa y hasta escandalosa en la materia, se estima por igual como una depuración y perfil de sus funciones en el Derecho Contractual, que seguirían cumpliéndose mediante la expresa nulidad del contrato que resulte contrario al orden público, a las buenas costumbres o a una regla imperativa establecida para la protección del interés general o la salvaguarda de situaciones de importancia social primaria [art. 140.1.a) Cod. eur. contr. I.1]. Véase Gabriel GARCÍA CANTERO, «Hacia un concepto europeo de contrato. Comentario a las Disposiciones Preliminares del Proyecto de Pavía», en Carlos VATTIER/José M.ª DE LA CUESTA/José M.ª CABALLERO (dir.), *Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Comentarios en homenaje al Profesor don José Luis de los Mozos y de los Mozos* (2 vols.), Dykinson/Universidad de Burgos, Madrid, 2003, págs. 148, 149, 153 y 154, que excluye así todo propósito de que la contratación civil derive mayoritariamente por cauces de inmoralidad o ilicitud.

(40) En otros trabajos paralelos, en cambio, exigencias de certeza han llevado a mencionar expresamente la capacidad, aun como condición de validez más que elemento constitutivo del contrato; de modo que, salvo disposición en contrario, fijando un límite de edad inferior, pueda ser concluido por una persona física con dieciocho años cumplidos, o que haya sido emancipada u obtenido las autorizaciones requeridas por su ley nacional (art. 5.1 [Rapp. II.7] Cod. eur. contr. I.1).

(41) Históricamente, se anticipó en el ámbito mercantil la posterior rebaja general de la mayoría de edad a los veintiún años —antes de que empezara para todos los españoles a los dieciocho años cumplidos—, por la convicción de que eran bastantes cuando se contaba con la preparación profesional técnica y práctica que se procuran por su propio interés los jóvenes que piensan dedicarse al comercio (cfr. art. 4.1.º del Código de Comercio [texto original], y art. 1 del Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad). Con cierta peculiaridad y hasta confusión conceptual, empero, se regulaba al efecto la llamada «capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio»,

4. LA ADOPCIÓN DEL PRINCIPIO DE PRODUCTIVIDAD DE INTERESES DE LAS OBLIGACIONES

Al regular el resarcimiento por incumplimiento contractual, los Principios de UNIDROIT y los Principios de Derecho Contractual Europeo han adoptado plenamente el criterio del devengo automático de intereses por retraso en las obligaciones pecuniarias, de modo que si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, o se retrasa el pago de una suma de dinero, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación de pagarla hasta el momento del pago (art. 7.4.9 [1] *pr.* UNIDROIT Principles 2004 y art. 9:508.1 *pr.* PECL I & II [1999]) (42). En principio, el tipo del interés devengado será el promedio del interés bancario preferente para préstamos a corto plazo que predomine en la moneda y el lugar del pago, lo que procura atender al que se le habrá aplicado al acreedor cuando pida prestado el dinero no recibido tempestivamente del deudor (cfr. art. 7.4.9 [2] *prim.* [*pr.*] [Comm. 2] UNIDROIT Principles 2004 y art. 9:508.1 *in fine* [Comm. B] PECL I & II [1999]) (43).

como elemento de identificación del estado de comerciante, en cuanto son comerciantes los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente (cfr. arts. 1.1.º y 4, *pr.* [ahora según la Ley 14/1975], del Código de Comercio). Así, cabe distinguir aquella realización personal de actos jurídicos, a la que se refiere propiamente la capacidad de obrar como requisito del consentimiento contractual, y esta condición de comerciante, que puede concurrir también en los menores o los incapacitados, al poder continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes (cfr. art. 5, *prim.*, del Código de Comercio [ahora según el Real Decreto-ley 33/1978]). Véase Emilio LANGLE Y RUBIO, *Manual de Derecho Mercantil Español, I. Nociones generales - Historia - Fuentes - Interpretación - Comerciantes individuales - Sociedades mercantiles - Mediadores - Auxiliares - Agentes - Efectos del estado de comerciante*, Bosch, Barcelona, 1950, págs. 306, 307, 333, 337 y 338, que parte de la exigencia presupuesta de actuar en nombre propio para la consideración como comerciante, de modo que ésta puede quedar excluida en quien obra comercialmente con capacidad de obrar, pero en representación de otro —como los guardadores del menor o incapaz—, y suponerse, en cambio, en quien no tiene capacidad de obrar, no pudiendo registrar su negocio personalmente —como el propio menor o incapaz—; y señala, por fin, que la cualidad de comerciante puede ser requisito del concepto de varios contratos, definidos como mercantiles por ser comerciantes ambas partes o una de ellas, pero no reúne por ello el carácter de propio requisito esencial para contratar, sino el de elemento tipificador de la comercialidad en esos contratos específicos (véase LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil Español, III. Obligaciones comerciales - Doctrina general de las obligaciones mercantiles y de sus fuentes, especialmente del contrato - Contratos de comercio en particular*, Bosch, Barcelona, 1959, págs. 71 y 72).

(42) Este devengo de intereses por la suma de dinero impagada desde el momento debido del pago, salvo acuerdo en contrario, parece además una regla generalmente aceptada en la práctica arbitral y contractual internacional, sobre la que se ha formulado un propio principio o estándar de la llamada *lex mercatoria*. Véase BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, pág. 306.

(43) Esta precisión supone una novedosa especificación del uso o costumbre que fundara por igual el derecho de una parte a percibir los intereses correspondientes, si la

Se recoge con ello otro de los principios tradicionales de la contratación mercantil, que no ha dejado de advertirse ni siquiera en la codificación española, aun cuando sólo parece enunciar el criterio común por el que la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá también en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal, si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, pero sólo si el deudor incurriere en mora (cfr. art. 1108.I del Código Civil). Al efecto, incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación (art. 1100.I del Código Civil). Sólo dejará de ser necesaria esta intimación del acreedor, para que la mora exista, cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente (art. 1100.II.1.º del Código Civil); o —tal vez frente a un propio término esencial, que excluya ya toda utilidad posterior de la prestación— cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio fue motivo determinante para establecer la obligación (cfr. art. 1100.II.2.º); mientras que en las obligaciones recíprocas —y, según parece, de cumplimiento simultáneo— ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe (cfr. art. 1100.III, prim.); y desde que uno de los obligados cumple su obligación —y, quizá, sin especial interpelación por su parte—, empieza la mora para el otro (cfr. art. 1100.III, seg.) (44).

otra no paga el precio o cualquier suma adeudada, en el régimen positivo de la compraventa internacional de mercaderías (cfr. art. 78, *pr.*, de la Convención de Viena de 1980). Al respecto, se han ensayado prácticamente todas las soluciones posibles, apuntándose arbitrariamente en alguna ocasión la consideración semejante del tipo de interés fijado por la ley nacional del país donde radique el establecimiento del vendedor —en que deberá pagarle el precio el comprador si no estuviere obligado a hacerlo en otro lugar determinado [cfr. art. 57.1.a) de la Convención de Viena de 1980]—, suponiendo que entre comerciantes, debido al retraso, cabe esperar que el acreedor recurrirá al crédito bancario al tipo normalmente aplicado en su propio país con respecto a la moneda del pago. Véase PERALES VISCASILLAS, en *RDM*, 1997, págs. 244 a 246 y 248 a 250.

(44) Cfr. Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996 (5.ª), págs. 633 a 635 y 639 a 644, que distingue al efecto la hipótesis en que uno de los contratantes ha cumplido efectivamente con su obligación, y la recíproca es de cumplimiento simultáneo, en que el cumplidor tendría derecho a considerar en mora al incumplidor de manera automática; frente a los supuestos en que seguiría precisándose interpelación, más poner la propia prestación a disposición de la otra parte allanándose a cumplir, si ambas obligaciones —de cumplimiento simultáneo o sucesivo— fuesen ya exigibles, pero ninguno de los contratantes hubiese cumplido con la suya; y los supuestos en que la constitución en mora de un contratante mediante denuncia o interpelación no requeriría que el otro cumpliera todavía con la propia, por no ser de cumplimiento simultáneo y no haber vencido; o no se excluiría tampoco el requisito de la intimación, cumplida la primera obligación y vencida posteriormente la segunda. Sin embargo, esta inteligencia del régimen legal no es pacífica, y se ha supuesto que, dada la interdependencia entre obligaciones recíprocas, salvo que se haya fijado que una se cumpliría antes que la otra, no basta para la mora de uno de los deudores con la simple llegada del

En este contexto, aquella productividad mercantil de intereses en las obligaciones dinerarias resulta del establecimiento expreso de un régimen automático de mora sin interpelación al deudor, en cuanto su efecto consiguiente seguirá siendo la indemnización de los daños y perjuicios causados, a la que quedan sujetos —según la previsión también común— los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en morosidad, como en dolo o negligencia, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas (cfr. art. 1.101 del Código Civil) (45). La cuestión sólo se plantea, a continuación, respecto de la extensión funcional de este régimen, pues los efectos de la morosidad, en el cumplimiento de las obligaciones mer-

momento del cumplimiento, o con el requerimiento del acreedor —según se trate de obligaciones en que la mora es automática o bien requiere de reclamación—, sino que hace falta, además, que el otro acreedor-deudor cumpla o se allane a cumplir debidamente lo que le incumbe como contraobligación. Véase Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, Edisofer, Madrid, 2004 (12.^a), págs. 193 a 195.

(45) La vigente codificación comercial española pretendía fijar los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones en armonía con la verdadera índole de las operaciones mercantiles, según la presunción fundada en la realidad de la vida mercantil por la que los comerciantes no tienen nunca improductivos sus capitales, reputándoseles siempre con la firme voluntad de cobrar los que se les deben cuando se ha señalado día fijo para el vencimiento de la obligación; de modo que terminó acordándose a la práctica general y la antigua máxima de la jurisprudencia mercantil —*dies interpellat pro homine*—, estableciendo que aquellos efectos comenzarán, en los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento (art. 63.1.º del Código de Comercio). Sólo para los contratos que no tengan este día señalado, se mantuvo la formalidad establecida anteriormente como regla general, por la que los efectos de la morosidad no comenzaban sino desde que el acreedor interpellare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un juez, escribano u otro oficial público autorizado para recibirla (cfr. art. 261 del Código de Comercio de 1829, y art. 63.2.º del Código de Comercio [1885]). Véase la Exposición de Motivos al «Proyecto de ley, presentado por el señor Ministro de Gracia y Justicia, solicitando se publique como ley el relativo al Código de Comercio», con la firma de Manuel Alonso Martínez, en la sesión del Congreso de los Diputados del lunes 20 de marzo de 1882 (*DSC-CD*, 1881-82, Apéndice 38.º al núm. 85 [2259 a 2269], págs. 8 y 9). De ahí, pues, que esta derogación del principio de interpelación al deudor para su constitución en mora pueda tomarse como una formulación indirecta de aquella productividad de intereses de pleno Derecho, que no se contempla entre los escasos preceptos codificados sobre las obligaciones mercantiles, pero responde a la misma necesidad de exacto cumplimiento de unos contratos que no aparecen aislados, sino que constituyen otros tantos eslabones de una cadena indefinida de ellos cuya ejecución está respectivamente condicionada: comenzando así los efectos de la mora el mismo día del vencimiento, procederá el pago de intereses desde la liquidez y exigibilidad de la obligación. Véase GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, III.1.º, 7 a 10, 12 y 13, que lo considera además una pura compensación de la falta de disponibilidad del capital, presupuesta una productividad del dinero que el acreedor habría previsto invertir en su propio negocio y le correspondería; de modo que concibe la mora como un supuesto autónomo de responsabilidad por el retraso mismo en el cumplimiento, según las exigencias de la vida comercial, superando todo debate sobre la exigencia o no de culpa como requisito añadido, propia quizá de cierta percepción tradicional de un estricto carácter indemnizatorio de los intereses en el ámbito común.

cantiles, comenzarán en los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento (art. 63.1.º, *in fine*, del Código de Comercio); pero tan sólo podrán hacerlo, en los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor interpelare judicialmente al deudor, o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un juez, notario u otro oficial público autorizado para admitirla (art. 63.2.º) (46).

(46) La norma parece referirse a las obligaciones con un término prefijado por las partes o por su reglamentación legal típica, pero quizá pueda aplicarse a prácticamente toda obligación mercantil, pues se prevé, de este modo, tras haberse fijado un plazo legal para el vencimiento de incluso las obligaciones puras, al contado o sin plazo, como recta atención a la importancia del crédito en el tráfico comercial. En efecto, frente a la previsión común del carácter exigible desde luego de toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes, o por las disposiciones de la propia codificación del comercio, serán exigibles a los diez días después de contraídas (cfr. art. 1113.I, *pr.*, del Código Civil, y art. 62, *pr.*, del Código de Comercio). Cfr. A. ALONSO UREBA, «Contrato mercantil», en *EJB* (1995), 1650, que supone excluido, en todo caso, un supuesto fáctico distinto de aquel contrato con día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, en que los efectos de la morosidad comenzarán al día siguiente (cfr. art. 63.1.º del Código de Comercio). (Es una cuestión distinta que el plazo general de diez días se refiera a las obligaciones que sólo produjeran acción ordinaria, y se reduzca excepcionalmente al día inmediato, si llevaren aparejada ejecución [cfr. art. 62, *in fine*, del Código de Comercio]). Establecido este aplazamiento general como criterio supletorio, sólo quedaría acaso el supuesto peculiar de una conformación del vencimiento como en una suerte de obligación a la vista, en que el plazo opere sobre un término no determinable sin aquella intimación al deudor; y respecto del que cabría todavía dar sentido a aquella regla que sigue cerrando el régimen mercantil sobre los efectos de la morosidad, en los contratos que no tuvieren día señalado para su cumplimiento, exigiendo una interpelación al deudor judicial o notarialmente formalizada (cfr. art. 63.2.º del Código de Comercio). Al fin y al cabo, un término de días o meses vista en la letra de cambio, como caso paradigmático, obligaba al pago el día en que se cumplían los señalados, contándolos desde el siguiente al de la aceptación, o del protesto notarial por falta de haberla aceptado (cfr. arts. 452.2.º y 504.2.º del Código de Comercio [derogado por Ley 19/1985]); aparte de que quepa hoy determinar este vencimiento de una letra de cambio a un plazo desde la vista, tanto por la fecha de la aceptación o del protesto, como por la de la declaración equivalente, firmada y fechada por el librado en la misma letra, denegando la aceptación (cfr. arts. 40.I y 51.II, *prim. [pr.]*, de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque). Sólo tras esta constancia de su debida presentación cabrá calcular los réditos del importe de la letra no aceptada o no pagada desde la fecha del vencimiento, que el tenedor puede reclamar a la persona contra quien ejerce la acción cambiaria (cfr. art. 58.I.2.º, *pr.*, de la Ley 19/1985). Con todo, suele darse por supuesto, y se ha precisado expresamente, que el plazo legal para el cumplimiento de la obligación por el que se reputa el carácter automático de la mora, sin necesidad de interpelación al deudor y con efectos desde el día siguiente, debe entenderse como el especial que los preceptos codificados señalan en cada caso, y no el general previsto para las que no lo tengan así prefijado (cfr. arts. 62 y 63.1.º del Código de Comercio). Véase Manuel BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1991 (9.ª), págs. 419 y 420. Aquel devengo de intereses moratorios en forma automática en el supuesto también en que no exista plazo, ni legal ni convencional, sólo pudo señalarse como connotación especial mientras se previó expresamente su producción a partir

Por lo demás, no se ha alterado sustancialmente esta perspectiva tras la transposición de la armonización europea con el objeto de combatir el incumplimiento de los plazos contractuales o legales de pago de deudas dinerarias en las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios realizadas entre empresas o entre empresas y la administración pública [cfr. arts. 1 y 2.c) de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales]. Así, el obligado al pago de la deuda dineraria, surgida como contraprestación en operaciones comerciales, incurrirá en mora y deberá pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por la ley automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor (art. 5 de la Ley 3/2004); aparte quepa suponer que este interés devengado por demora será pagadero el día siguiente a la fecha o al término del plazo de pago que se fije en el contrato [cfr. art. 3.1.a) de la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales] (47). A tal efecto, por fin, el tipo legal de interés

del día siguiente al señalado para el pago o, en defecto de pacto, a aquél en el cual debiera efectuarse de acuerdo con lo establecido para esta falta de pacto expreso, en que se entendía que los comerciantes debían efectuar el pago del precio de las mercancías que compraran el mismo día de su recepción (cfr. arts. 1.2, 16, *pr.*, y 17.1 [texto original] y 5, *prim.* [ahora según la Ley 55/1999], de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista). Véase Rodrigo URÍA/Aurelio MENÉNDEZ/Mercedes VÉRGEZ, «El contrato mercantil», en Rodrigo URÍA/Aurelio MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil, II (La contratación mercantil. Derecho de los valores. Derecho concursal. Derecho de la navegación)*, Civitas, Madrid, 2001 (1.^a), págs. 48 y 49, respecto de un supuesto que se ha ajustado en la actualidad a las medidas generales de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, rigiendo ahora un plazo legal de treinta días a partir de la fecha de la entrega de las mercancías (cfr. art. 17.1 de la Ley 7/1996 [según la Ley 3/2004]).

(47) En dichas operaciones comerciales, que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, se presupone el carácter recíproco de las obligaciones, y el acreedor tendrá derecho al interés de demora por la contraprestación dineraria cuando concurren simultáneamente los dos requisitos, no sólo de no haber recibido a tiempo la cantidad debida —siendo el deudor responsable del retraso—, sino de haber cumplido también sus propias obligaciones contractuales y legales [cfr. art.6.a) de la Ley 3/2004]. Así, a falta de pacto entre las partes, el plazo de pago será de treinta días después de la entrega de los bienes o de la prestación de los servicios, si el deudor recibe la factura o la solicitud de pago equivalente antes que estos bienes o servicios [cfr. art. 4.2.c) de la Ley 3/2004]; o de treinta días después de la fecha en que tenga lugar su aceptación o verificación, si legalmente o en el contrato se ha dispuesto un procedimiento de aceptación o de comprobación de los bienes o los servicios mediante el cual deba verificarse su conformidad con lo dispuesto en el contrato [cfr. art. 4.2.d)]. En realidad, también se altera con ello la regla común de la exigibilidad desde luego de las obligaciones salvo condición, por la que, si no se hubiere fijado por el contrato el tiempo en que el comprador está obligado a pagar el precio, deberá hacerse el pago en el tiempo en que se haga la entrega de la cosa vendida (cfr. arts. 1113.I, *pr.*, y 1500.II del Código Civil). Esta misma norma se incluye tradicio-

de demora que el deudor estará obligado a pagar será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más siete puntos porcentuales (art. 7.2.I de la Ley 3/2004).

5. EL RECONOCIMIENTO EXPRESO DE LA FUNCIÓN SOLUTORIA DE LOS NUEVOS MEDIOS DE PAGO

La consideración del interés general de los negocios en facilitar y dotar de rapidez y fiabilidad a los pagos, con la prevención sin embargo frente a regímenes demasiado detallados por la rápida evolución de las técnicas del tráfico internacional en este aspecto, han fundado la previsión uniforme de que el pago de una deuda dineraria pueda efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago (cfr. art. 6.1.7 [1] [Comm.] UNIDROIT Principles 2004 y art. 7:107 [1] [Comm. A y B] PECL I & II [1999]). Consiguientemente, el deudor podrá pagar mediante transferencia bancaria sin especial autorización del acreedor, como señalan expresamente los Principios de Derecho Contractual Europeo; y deberá darse por satisfecho el acreedor que recibe el pago en una forma acostumbrada en el

nalmente en el régimen mercantil del contrato de compraventa, de modo que, puestas las mercaderías vendidas a disposición del vendedor, empezará para el comprador la obligación de pagar el precio al contado o en los plazos convenidos con el vendedor; pero quizá no deba eludirse, respecto de este posible pago al contado, aquel vencimiento siempre aplazado de las obligaciones que no tuvieren término prefijado, si sólo producen acción ordinaria, a los diez días después de contraídas (cfr. arts. 62 y 339.I, *in fine*, del Código de Comercio). Una concesión de crédito de este tipo podría apreciarse hoy en la nueva previsión legal de que el plazo de pago, a falta de pacto entre las partes, será de treinta días después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente, cuya fecha no se preste a duda, recibidos anteriormente los bienes o realizada ya la prestación de los servicios [cfr. art. 4.2.a) y b), *pr.*, de la Ley 3/2004]. No parece necesario, cuando menos, concluir por ello una exigencia renovada de interpelación al deudor para que incurra en mora, identificada con la presentación de la factura o la solicitud de pago. Cfr. M.^a Luisa ZAHÍÑO RUIZ, «La transposición de la Directiva 2000/35/CE por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en el Derecho Privado español», en Ferrán BADOSA COLL/Esther ARROYO I AMAYUELAS (coord.), *La armonización del Derecho de Obligaciones en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 356 a 361, que pondera esta referencia a una factura o solicitud de pago equivalente, a pesar de su posible asimilación con aquella interpelación o efectiva exigencia de cumplimiento —respecto del carácter automático del despliegue de los efectos de la mora también en los supuestos en que la fecha o plazo no se haya fijado en el contrato—, en cuanto se trata si acaso de fijar el inicio del plazo legal de pago [cfr. art. 4.2.a) y b), *pr.*, de la Ley 3/2004], según una documentación que forma parte de la propia ejecución del contrato y los empresarios o profesionales están obligados a expedir y entregar por las operaciones que realicen en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional (cfr. art. 1.1, prim. [*pr.*], del Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación [según Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre]).

lugar de su establecimiento, como indican los Principios de UNIDROIT (48). La única prevención general parece referirse al cambio que ello puede suponer respecto de la regla general sobre el lugar de pago de las obligaciones dinerarias no determinado o determinable en el contrato, que procedería en el establecimiento del acreedor, pero pasaría a realizarse en cualquiera de las instituciones financieras en que hubiese hecho saber que disponía de una cuenta, de modo que se ha recogido expresamente la posibilidad de que lo limite a una cuenta específica, o hasta de que excluya esta forma de pago (cfr. art. 6.1.8 [1] [Comm. 1] UNIDROIT Principles 2004).

En todo caso, cabrá superar el debate sobre la dación en pago quizá producida respecto de la debida identidad de la prestación en la relación obligatoria fundamental entre el beneficiario y el ordenante de una transferencia, pues en lugar de la propia cantidad de dinero pactada se ofrece un abono por orden del deudor en cierta cuenta bancaria del acreedor, con la consiguiente vinculación de su banco por el monto correspondiente según el llamado servicio de caja anejo a la cuenta misma; lo que se enfrenta a la

(48) La norma presupone, pero en cierto modo también sustenta, la existencia efectiva de un sistema bancario de pagos suficientemente desarrollado, en cuanto el reconocimiento legal del propio estatuto crediticio de la banca parece producirse primeramente con esta consideración del pago mediante transferencia bancaria como extinción de la obligación del deudor, equivalente a un pago en metálico. Así se ha destacado, incluso, respecto del proceso de conversión de los cambiadores de moneda en propios banqueros privados en Cataluña, ya en el siglo XIII, con el inicio de su regulación positiva ante la pérdida de importancia relativa de los prestamistas judíos respecto de los cristianos, lo que supuso la reducción a escritura de las costumbres locales impuesta por la insatisfactoria situación del ordenamiento tras la exclusión como fuente de los Derechos romano, gótico y canónico. Ello tuvo lugar, precisamente, mediante el reconocimiento expreso de los pagos realizados por los banqueros de Barcelona a los acreedores por cuenta de sus deudores, confiándolo en sus libros jurados ante los veguers de la ciudad, respecto de tanto los créditos quirografarios como otros créditos (Costumbres de Barcelona vulgarmente llamadas «Recognoverunt proceres» [Pedro II en el Privilegio concedido a la Ciudad de Barcelona. Dado en Barcelona, a 3 de los idus de enero 1283], *Constitutions y altres drets de Catalunya* [1704], 2, 1, 13, 57 [«De solutionibus quae fiunt per camposores Barchinonae»]). Véase Abbott Payson USHER, *The Early History of Deposit Banking in Mediterranean Europe, I*, Harvard University, Cambridge (Massachusetts), 1943, págs. 3 a 9, 184 a 187, 237 a 243 y 245, sobre la importancia no menospreciable de esta primera actividad bancaria en las sociedades de la época, aun requerida para cada operación la presencia del cliente en el establecimiento del banquero —facilitada por la movilidad de éste o su concentración cerca de la lonja—, lo que no impidió un significativo sistema de relaciones entre bancos, manteniendo depósitos los unos en los otros, a pesar de que la compensación centralizada de pagos sólo sería posible con el muy posterior desarrollo del cheque negociable, sin más que alguna muestra esporádica en el siglo XV; y que supone atestiguada una general observancia de aquella regla sobre el valor de los libros jurados, al haberse previsto subsiguientemente que el cambiador debiera escribir todas las partidas que hiciere en su libro mayor jurado, y no en otros libros o escrituras, y que de toda partida que el cambiador hiciere a alguien por cualquier razón se le tuviere así como por depósito o por encomienda (Jaime II en la Corte de Barcelona, año 1299 [cap. IV], *Constitutions y altres drets de Catalunya* [1704], 1, 4, 35, 1).

prevención común, en la codificación española, de que el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada (art. 1170.I, *pr.*, del Código Civil); así como a la de 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 (art. 1166.I). Podrá también eludirse la cuestión del carácter obligacional o crediticio de la posición del banco ante el beneficiario tras el abono en su cuenta del monto de la transferencia, manteniendo desde ese momento un nuevo saldo a su disposición; lo que apunta a cierta asunción por la entidad de crédito de la deuda original del ordenante, como suerte de modificación de aquella obligación fundamental sustituyendo a la persona del deudor (cfr. art. 1203.2.º del Código Civil); aunque la novación consiguiente, consistente en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor (cfr. art. 1.205). En general, para que aquella obligación comercial fundamental quedara extinguida por otra bancaria que la sustituya en razón de la transferencia, sería preciso que así se declarare terminantemente, o que la antigua y la nueva fuesen de todo punto incompatibles (cfr. art. 1.204 del Código Civil). Reconocida normativamente por los textos uniformes, en cambio, la finalidad típica de esta interposición bancaria en los pagos se le atribuye ya la función solutoria propia de un medio de pago ordinario; y se evitan las limitaciones de una muy discutible virtualidad de la única actividad efectiva del beneficiario de la transferencia según la práctica mercantil, en la mera recepción sin reserva de los extractos de cuenta con el nuevo abono correspondiente, lo que no alcanza a constituir un propio consentimiento como acreedor respecto de la extinción de la relación comercial subyacente (49).

(49) La importancia creciente de estos pagos mediante transferencia había planteado la oportunidad de fijar en el ordenamiento una solución clara de su alcance solutorio, aun partiendo de aquella extendida caracterización del supuesto según el Derecho general de obligaciones, respecto del efecto de la operación bancaria en el cumplimiento de la obligación principal subyacente entre su iniciador u ordenante y el beneficiario. La consideración para ello de la función en el tráfico del llamado dinero bancario, disponible a la vista por una parte y destinado a una cuenta también a la vista a favor de la otra, pudo apuntar entretanto a cierta corrección imponderada del requisito consiguiente de consentimiento del acreedor, que pretendía apreciarse por actos concluyentes, al disponer éste de la suma ingresada en su cuenta; y también implícitamente, de haber indicado en la correspondencia comercial su cuenta corriente bancaria; o hasta dando pleno valor positivo al silencio, de haber sido notificado del abono y no dar orden de retroceder o rechazar la transferencia. Las dudas que planteaban estas u otras aproximaciones, con todo, impidieron concretar el régimen pertinente en los trabajos sobre la materia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), que limitaron sus reglas sobre el momento en que se completa una transferencia de crédito a la obligación del banco del beneficiario, respecto de éste, por el monto de la orden de pago aceptada en su beneficio; y excluyeron tan sólo que la conclusión de la transferencia por un monto inferior a la suma indicada en la orden de pago, por haber deducido uno o varios bancos receptores sus respectivas comisiones, pueda perjudicar las acciones del beneficiario para

Resuelto afirmativamente este alcance liberatorio de un pago bancario en el ámbito comercial, los Principios de UNIDROIT presumen después de una caracterización suplementaria del supuesto, sobre la consideración del banco acreditado como representante del beneficiario en cuya cuenta se hace el abono por orden del deudor, de modo que cabe prever en general que la obligación de éste se cumple y extingue al hacerse efectiva la transferencia de fondos a la institución financiera del acreedor (cfr. art. 6.1.8 [2] [Comm. 2] UNIDROIT Principles 2004). Frente a otra posible caracterización peculiar de la operación, se atiende así la función que puede tener por lo común, en sede de extinción de las obligaciones por pago, una propia indicación del banco del acreedor en el mismo contrato fundamental; con lo que se habría previsto ya la posterior transferencia y permitido por medio de ella el pleno cumplimiento regular, aun dirigido al banco como tercero; pues, con carácter general, el pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación, o a otra autorizada, justamente, para recibirlo en su nombre (cfr. art. 1.162, *in fine*, del Código Civil).

Ante circunstancias distintas, en cambio, deberá enjuiciarse en qué medida resulta una efectiva disponibilidad dineraria por la cuantía equivalente, como efecto del servicio de caja anejo contractualmente a la relación previa entre el beneficiario de la transferencia y el banco en el que se le acreditan los fondos, por el que se conforman las obligaciones de esta entidad de crédito respecto de los abonos recibidos en cuenta corriente; lo que parece concurrir, cuando menos, tras operar la revisión y conformidad sin reserva del beneficiario a dichos abonos, según la misma práctica bancaria sobre la recepción de los pertinentes extractos de cuenta. Podría apreciarse luego la concurrencia de un pago válido, como lo será comúnmente también el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor (cfr. art. 1163.II

recuperar la diferencia con arreglo al régimen jurídico aplicable a la obligación subyacente con el iniciador (cfr. art. 19.1, seg., y 2, seg., de la Ley modelo sobre transferencias internacionales de crédito [1992]). Como simple nota al pie o mera sugerencia, el texto propuesto como ley uniforme apuntaba también, cuando la finalidad de la transferencia de crédito sea cumplir una obligación del iniciador con el beneficiario que pueda cumplirse mediante una transferencia a la cuenta indicada por el iniciador, que la obligación se considerará cumplida en el momento en que el banco del beneficiario acepte la orden de pago y en la medida en que esa obligación quedaría satisfecha por el pago de la misma suma en efectivo. Cfr. Ignacio LOJENDIO OSBORNE, «La ley modelo de UNCITRAL sobre transferencias internacionales de crédito», en *RDM*, 1993, págs. 113 y 114 (y «Transferencia bancaria. Ley Modelo sobre Transferencias Internacionales de Crédito», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells* [3 vols.], La Ley, Las Rozas [Madrid], 1994, págs. 1490 y 1491), que suponía excluido, pues, un propio efecto solutorio de la transferencia, o de un ingreso en la cuenta corriente del acreedor, al modo en que la entrega de documentos mercantiles sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, quedando entretanto en suspenso la acción derivada de la obligación primitiva (cfr. art. 1170.II, *pr.*, y III del Código Civil).

del Código Civil) (50). Sólo para otros instrumentos comerciales, sin una propia interposición bancaria como la operada mediante una acreditación en la cuenta del acreedor, se reproducirán en las normas uniformes la previsión tradicional de su carácter tan sólo para pago, sin propio efecto solutorio, al modo en que, según la codificación española, la entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubieren sido realizados, o cuando por culpa del acreedor

(50) En general, en caso de un ruego previo del acreedor para que se realice la transferencia, o de mediar su consentimiento a una oferta del deudor al efecto, existirá un propio pacto de transferencia, por el que el acreedor quedaría obligado a aceptar el aviso de su banco tras recibirla, siendo momento del pago el del abono en la cuenta, como consecución de todo lo debido en sustitución de la entrega de efectivo. La mera sustitución de este negocio de entrega, empero, por la puesta a disposición que hace el banco en el aviso de transferencia, supone la realización de un abono o asiento contable cuya razón debe buscarse ya en el titular de la cuenta, de modo que el transferente u ordenante sólo pagaría si el destinatario no manifiesta su disenso al recibir el aviso bancario, formando el monto transferido una partida de su cuenta; y cabría incluso, en virtud del servicio de caja en la misma cuenta corriente, que el banco siga siendo acreedor del beneficiario, por mantener éste un saldo todavía en contrario aun después del nuevo abono. Véase José GIRON TENA, «Contribución al estudio de la transferencia bancaria», en *Estudios de Derecho Mercantil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, págs. 429 a 432, que distinguía así esta relación entre los clientes de los bancos intervinientes en la transferencia, cuya función de pago sigue sin regulación positiva en el ordenamiento español, de la relación de cada uno de ellos con su banco, respecto de las que sí se han regulado especialmente la obligación de la entidad del ordenante sobre el plazo y el importe por el que realizar una transferencia, y la de la entidad del beneficiario sobre el plazo en que poner a disposición los fondos resultantes de ella, en operaciones transfronterizas efectuadas por iniciativa de una persona física o jurídica destinadas a acreditar una cantidad de dinero en una cuenta de la que pueda disponer otra, realizadas dentro de la Unión Europea y entre Estados miembros, hasta una cantidad total equivalente a 50.000 euros, siempre que haya intervenido en su ejecución una entidad situada en España (cfr. arts. 1, 5.1.I, 6.1.I y 7.1.I, prim., de la Ley 9/1999, de 12 de abril, por la que se regula el régimen jurídico de las transferencias entre Estados miembros de la Unión Europea). Por lo demás, el resultado no sería muy dispar de haberse supuesto la novación por cambio de deudor como el resultado característico de esta interposición bancaria en los pagos, según el fenómeno delegatorio por el que el abono en la cuenta del beneficiario operaría como una promesa de pago del banco, sustituyendo y extinguiendo las obligaciones anteriores entre las partes, tanto la deuda que el transferente debía hacer efectiva al beneficiario según la relación de valor, como la obligación por la que el banco debe atender la orden del transferente según la relación de provisión. Aun desde esta perspectiva, la apreciación más expedita y segura del consentimiento del acreedor, exigible al efecto, se ha fundado por fin en el mismo contrato bancario de apertura de la cuenta corriente en la que se le abona después la cantidad transferida, según las condiciones generales predisuestas habitualmente por la banca española para la adhesión de sus clientes, reconociendo la práctica bancaria de aceptar como manifestación de voluntad el silencio o la conducta omisiva del beneficiario ante un ingreso comunicado por el banco pasado cierto plazo desde su aviso. Cfr. Miguel MOTOS GUIRAO, «Sobre si el ingreso en la cuenta corriente bancaria del acreedor libera al deudor», en *RDM*, XXV (1958), págs. 266 a 273 y 293 a 298, que considera además el alcance presuntivo de haberse admitido pagos anteriores efectuados por la vía de un ingreso directo o de una transferencia a la cuenta bancaria, o el hecho concluyente de la disposición por el beneficiario del monto abonado en ella.

se hubiesen perjudicado (cfr. art. 1170.II del Código Civil). Así, en los Principios de UNIDROIT y los Principios de Derecho Contractual Europeo, se presumirá por último que el acreedor sólo recibe un cheque u otra orden o promesa de pago bajo la condición de que será cumplida (art. 6.1.7 [2] UNIDROIT Principles 2004 y art. 7:107 [2] prim. PECL III [2002]).

IV. EL DISTINTO RITMO Y EL IMPULSO RECÍPROCO ENTRE LAS DIFERENTES PROPUESTAS DE UNIFICACIÓN COMO PONDERACIÓN DE SU DIVERSO ALCANCE NORMATIVO

1. LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO DE PRODUCTIVIDAD DE INTERESES A LA PROPIA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERÉS

Su proyección última como cierta sustitución o plena alternativa frente a los ordenamientos nacionales, puede haber fundado una mayor extensión de las materias tratadas por los Principios de Derecho Contractual Europeo, aunque sigue advirtiéndose una persistente coherencia funcional con la perspectiva adoptada también por otros textos uniformes, a los que podría incorporarse su regulación sin mayores contradicciones valorativas. Así, como una parte del régimen propuesto en el pago de las obligaciones pecuniarias, se prevé la capitalización de los intereses por mora, siendo añadidos al capital pendiente cada doce meses; de modo que, tras su devengo en el período previsto, se aplican en el período siguiente a todo el nuevo monto, en cuanto activo de cuyo beneficio se ve privado el acreedor tanto como del retraso en el pago del propio principal, además de prevenirse con ello efectos especialmente perjudiciales para el pequeño empresario (art. 17:101 [1] [Comm. C] PECL III [2002]) (51). En cualquier caso, la caracterización mercantil del supuesto parece darse por supuesta incluso en el ordenamiento español, en que la autonomía privada en esta materia puede parecer engañosamente más amplia en el Derecho Común que en la ley comercial (52).

(51) Otros trabajos paralelos han previsto igualmente la capitalización del interés en la debida reparación por inexecución, ejecución inexacta o retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, estableciendo que los intereses correspondientes producen, a su vez, intereses complementarios (art. 169.5 *pr.* [Rapp. 4] Cod. eur. contr. I.1). De nuevo, este principio de anatocismo, como posibilidad de cargar un interés compuesto sobre los intereses, se ha considerado también un principio general según las reglas aceptadas en la práctica arbitral y contractual internacional. Véase BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, pág. 308.

(52) Con carácter general, se presupone concedida una amplia libertad contractual a las partes, habiéndose previsto tan sólo que los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto (art. 1109.I del Código Civil); mientras que para el préstamo mercantil,

2. LA ADOPCIÓN DEL PRINCIPIO MERCANTIL DE LA SOLIDARIDAD DE LAS OBLIGACIONES

Más señaladamente aun, los Principios de Derecho Contractual Europeo adoptan una regla general de solidaridad en las obligaciones contractuales, a

como modelo de los contratos de financiación entre los especiales del comercio, podría regir el principio contrario, por el que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses (art. 317, prim., del Código de Comercio). No deja de preverse, sin embargo, que en este último caso los contratantes podrán capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos (art. 317, seg. del Código de Comercio). Se prohíbe con ello, en realidad, pactar un interés compuesto para antes de vencer la deuda, pero no para los que, vencidos, dejen de pagarse. Véase LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil Español*, III, pág. 321. Pudo antojarse sorprendente aquella admisibilidad civil del pacto de anatocismo, frente a su aparente exclusión en la contratación comercial, que opondría contradictoriamente la tutela común del deudor a la tutela mercantil del crédito y del acreedor; pero se ha señalado así la posibilidad de pactarlo sobre estos intereses devengados y no satisfechos, por mora o incumplimiento imputable al deudor, en cuanto serían ya líquidos y exigibles (cfr. art. 317, seg., del Código de Comercio); lo que resultaría además congruente con la previsión genérica, para el mismo préstamo mercantil, de que los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso, o en su defecto el legal (art. 316.I). La prohibición en cuestión, por fin, puede referirse a un interés compuesto u otra fórmula análoga que, bajo la implícita consideración de su carácter usurario, prevea el devengo de intereses por los ya devengados pero todavía no exigibles, aun producidos por días y percibidos día a día como frutos civiles o frutos en dinero (cfr. art. 317, prim., del Código de Comercio, y arts. 451.III, *pr.*, del Código Civil, y 541-4.2, *in fine*, del *Codi Civil de Catalunya* [Llei 5/2006]). Véase José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Contratación bancaria y consumo. Algunas consideraciones en torno al artículo 10 LGDCU», en *RDBB*, 1988, págs. 296 a 301, que discute así la opinión quizá más extendida, contraria a toda capitalización de intereses, aparte señale después su ilicitud como cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, al suponer incrementos de precio que no se corresponden a prestaciones adicionales, aun susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad o separación (cfr. Disp. Adic. 1.ª I.24 de la Ley 26/1984 [ahora según Ley 7/1998]). Frente a un supuesto y siempre equívoco devenir pacífico de las relaciones civiles, la codificación del comercio quizá previno estos abusos o maquinaciones usurarias, al modo en que la primera legislación liberal en la materia excluyó que los intereses vencidos y no pagados pudieran devengar intereses durante el término del contrato (cfr. art. 7, prim., de la Ley de 14 de marzo de 1856); pero pudiendo capitalizarse los liquidados y no satisfechos transcurrido el plazo, y estipular de nuevo réditos sobre el aumento del capital, sin mayor límite que la sujeción a nulidad del pacto convencional de intereses en el simple préstamo si no constara por escrito (cfr. arts. 2, seg., y 7, seg.). La cuestión debatida del interés aplicado a las cantidades impagadas en el propio concepto de interés, quedaría así remitida a esta última exigencia de que se pacte por escrito para que lo devenguen los préstamos, reputándose interés toda prestación pactada a favor del acreedor (cfr. arts. 314 y 315.II del Código de Comercio). Sustantivamente, sólo se requeriría al efecto la exigibilidad e impago del monto sobre el que aplicarlos, al modo en que las normas del Derecho Internacional Uniforme han presumido que ello procederá habitualmente cada doce meses (cfr. art. 317, seg., del Código de Comercio, y art. 17:101 [1] PECL III [2002]). (Según la misma inspiración, parece prevenirse también la acumulación irregular de nuevas partidas al principal del préstamo con ocasión de pleitearse sobre su devolución, para que,

falta de acuerdo expreso o tácito de las partes, para evitar perjuicios desproporcionados del acreedor; y establecen, pues, que si varios deudores deben realizar una sola y misma prestación a un acreedor según el mismo contrato, se les considera solidariamente responsables, salvo que la ley o el contrato dispongan otra cosa (art. 10:102 [1] [Comm. B] PECL III [2002]) (53). Cual-

interpuesta una demanda, no pueda hacerse la acumulación de interés al capital para exigir mayores réditos [cfr. art. 319 del Código de Comercio]). Sea como fuere, la codificación vigente supera con ello una más alejada perspectiva histórica, desde la que se expresó con mayor rotundidad que no se debía rédito de réditos devengados en los préstamos mercantiles, ni en otra especie de deuda comercial (art. 401, prim. [pr.], del Código de Comercio de 1829); y sólo se concebía la posibilidad de incluirlos posteriormente en un nuevo contrato, como aumento de capital, llegado el momento en que se hiciera su liquidación y estuviesen ya vencidas y fuesen exigibles de contado las obligaciones de que procedieran (cfr. art. 401, prim. [in fine] y ter.). Cfr. Vicente L. MONTES PENADES, «Observaciones sobre la capitalización de intereses en los préstamos mercantiles», en *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, págs. 1892 a 1894 y 1896 a 1898, que sostiene, por el contrario, cierta continuidad legislativa de la limitación moral del préstamo que puede entreverse en este último antecedente, referido al ámbito mercantil en que generalmente se producen las operaciones de financiación, de modo que se excluya un propio interés moratorio respecto del impago de los intereses, generado tan sólo por el principal (cfr. arts. 316.I y 317, prim., del Código de Comercio); y quepa, a lo sumo, pactar un interés remuneratorio sobre los intereses, aun con anterioridad al vencimiento —al convenirse el préstamo mismo, como sería habitual en la práctica—, ya para incorporarlos al capital pendiente, ya para crear con ellos una nueva cuenta de capital, pero con efecto tan sólo sobre los no pagados siendo exigibles y determinada su cuantía (cfr. art. 317, seg.).

(53) La referencia a la noción de una misma «prestación», en su acepción técnica, supone que el texto uniforme utiliza un término anglosajón («performance») en el sentido que habría adoptado progresivamente en el lenguaje internacional del Derecho Comparado como materia de la obligación (o «aquello que debe hacerse»), frente a su significado natural en el Derecho Contractual inglés, como propia ejecución (realización o consecución ya de «aquello que debe hacerse»); apreciación que se confirma también al prevenirse, a continuación, que la solidaridad no queda excluida por el hecho de que los deudores no estén obligados en las mismas condiciones, lo que requiere presumir la unidad de esa prestación a pesar de alterarse las modalidades o los extremos en que deba llevarse a cabo su ejecución (cfr. art. 10:102 [3] PECL III [2002]). Véase SIMON WHITTAKER, «A few observations on the “Plurality of Debtors”, and on the Effects of Release», en VAQUER, *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, págs. 30 a 38, que discute, por lo demás, el aparente establecimiento de una propia regla de solidaridad entre deudores, reducida a la sujeción por una misma obligación y en un mismo contrato, lo que no contempla el supuesto del tercero fiador y sólo excluye la necesidad de un pacto expreso de las partes frente a la presunción o regla supletoria contraria. Esta última es la contenida en la codificación española, según la cual sólo habrá lugar a que cada uno de los acreedores tenga derecho a pedir, o cada uno de los deudores deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la sola obligación en que concurren dos o más de ellos, cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria (cfr. art. 1.137, seg., del Código Civil); y si del texto de dicha obligación no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros (art. 1.138). Si la división fuere imposible, surge la propia mancomunidad: sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y sólo podrá

quiera que sea el efectivo alcance del precepto, parece confirmarse así, según la nueva realidad del tráfico, la extensión del que fuera principio mercantil tradicional a las modernas codificaciones unificadas del Derecho de las obligaciones, superando otras prevenciones favorables al deudor (54). Procurando

hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores (art. 1.139, prim., del Código Civil).

(54) Se ha argumentado expresamente, en este sentido, en otras labores unificadoras, para fundar una regla pareja por la que el acreedor tendría derecho a exigir a cualquiera de ellos la ejecución íntegra de aquella misma prestación la obligación de cuyo cumplimiento resulte a cargo de dos o más deudores según el contrato (cfr. art. 88.1 *pr.* [Rapp. III.4 y 5] Cod. eur. contr. I.1). La historia de la preferencia distinta por la división a prorrata en las legislaciones civiles modernas parece responder a una tradición milenaria, madurada durante la época bizantina y medieval, en tiempos en que la piedad por el deudor prevaleciera sobre los intereses del crédito y del comercio; aunque la misma evolución del Derecho romano apunta a su establecimiento primero mediante disposiciones positivas, y al modo de una propia excepción, hasta que en el Derecho justinianeo se requirió ya de un claro enunciado de la solidaridad, o quedó ésta a la apreciación por distintas circunstancias de la comunidad del acto. Aun impuesta así una concepción de la divisibilidad como figura normal, en el caso de varios obligados por una deuda común, no deja de reputarse ilógica y antieconómica; mientras que las necesidades mercantiles fundaron después su exclusión regular mediante cláusulas expresas en los contratos, llegando a adquirir el carácter de costumbre la presunción contraria de solidaridad, que se consideraría de nuevo más adecuada a la vida económica moderna configurada por el surgir de la gran industria. Véase Pietro BONFANTE, *Le obbligazioni (Lezioni tenute alla R. Università di Roma nell'a. accademico 1918-1919 e raccolte da S. Marracimo)*, Roma, 1919, págs. 164 a 169 (y *Corso di diritto romano, IV. Le obbligazioni [dalle lezioni]*, en *Opere complete di Pietro Bonfante, VII*, Giuffrè, Milán, 1979, págs. 81 a 84), que defendía por ello, antes de que tuviera lugar en la vigente codificación italiana, la extensión también a los contratos civiles, uniformados así con los mercantiles, de la presunción de solidaridad entre codeudores en las obligaciones comerciales a falta de convención contraria (art. 40.I, *codice di commercio* [1882]). Respecto del ordenamiento español, se concibió también progresivamente, no sólo la modificación singular de obligaciones específicas, sino un efecto distintivo o hasta una característica esencial de toda obligación mercantil, sobre la consideración presupuesta de usos o principios generales que debían prevalecer sobre el Derecho Común; pero faltó en la codificación del comercio una norma general proclamando la solidaridad, por lo que debe enfrentarse siempre la presunción civil de división de la deuda en tantas deudas distintas cuantos deudores haya (cfr. art. 1.138, *in fine*, del Código Civil). Con todo, no se advierte aquí una propia presunción, como norma procesal que el juez deba cumplir deduciendo cierta afirmación principal mediante la prueba de otra instrumental a la que la ley la vincule, salvo prueba en contrario; sino una norma material de interpretación, como disposición supletoria que el juez aplicará después a esos hechos probados, de no advertirse en el supuesto una unidad formal de la obligación, con unidad de la operación y unidad de fin, sobre la que fundar ya la solidaridad, al haberse conformado un interés en el que participe cada parte sin exclusión en su titularidad. Para concluir en estos términos, se parte de que aquella división común sólo procederá de no resultar otra cosa del texto de la obligación, sin propia exigencia de carácter expreso en la declaración de los contratantes, sino en la determinación de la solidaridad por «la obligación» misma (cfr. arts. 1.137, seg., y 1.138, *pr.*, del Código Civil). Véase Antoni FONT RIBAS, «Génesis y evolución del principio de solidaridad (Aproximación al centro de gravedad del sistema crediticio)», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* (4 vols.), Civitas, Madrid, 1996, págs. 3243 a 3261.

la protección de la víctima, en el ámbito tanto contractual como extracontractual, los Principios de Derecho Contractual Europeo han establecido por fin que también resultan obligaciones solidarias cuando varias personas son responsables de un mismo daño (art. 10:102 [2] [Comm. C] PECL III [2002]).

V. CONCLUSIÓN: UNA FORMULACIÓN UNIFORME DE LAS ESPECIALIDADES MERCANTILES DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Confirmada la general coincidencia normativa entre los principales textos del Derecho Uniforme de los contratos, es probable que una perspectiva historicista acierte a subrayar en el futuro la relevante coincidencia también entre los miembros de las distintas comisiones y grupos de trabajo, como no han dejado de señalar en su presentación, por ejemplo, los mismos organizadores del «I Congreso de Derecho Contractual Europeo y Principios Unidroit». Tratando de dar razón del contenido de la regulación en que se ha coincidido de este modo, sin embargo, puede ser más clarificadora la advertencia de una suerte de consolidación positiva de los principios especiales de las obligaciones y los contratos mercantiles, congruentemente con la única proyección segura del proceso de unificación emprendido al ámbito económico del comercio internacional. Confrontadas las distintas propuestas, cuando menos, con un ordenamiento jurídico como el español, no parece fácil zafarse de la reconfortante impresión de contar, por fin, con una formulación segura de aquellas reglas del tráfico mercantil que la codificación todavía vigente no llegó a enunciar expresamente, y cuyo reconocimiento ha conllevado, en ocasiones, alambicadas argumentaciones. Se mostraría también, pues, la notable función persuasiva de aquella elaboración normativa como oportuno contraste en el estudio y la aplicación de los distintos ordenamientos positivos nacionales.

RESUMEN

DERECHO CONTRACTUAL UNIFORME

Las propuestas de unificación del Derecho Contractual Europeo guardan una gran similitud con los criterios normativos que parecen imperar entre los grandes operadores económicos del tráfico mercantil internacional, elaborados a

ABSTRACT

UNIFORM CONTRACT LAW

Proposals for a unified European contract law strongly resemble the regulatory framework allegedly prevailing among chief economic operators in international commercial transactions, as already ascertained by arbitration and specialised institutions like UNIDROIT.

partir de la experiencia del arbitraje y de los trabajos de instituciones especializadas como Unidroit. Estos textos uniformes suponen también una significativa formulación de los principios y las especialidades tradicionales del Derecho Mercantil de las obligaciones y los contratos, que no siempre se contienen con claridad en las distintas legislaciones nacionales.

Moreover, uniform texts offer a relevant formulation of principles and traditional singularities in business contract law, not always clearly stated in various national legal systems.

(Trabajo recibido el 21-01-08 y aceptado para su publicación el 10-10-08)

Nuevo marco legal de los pactos sucesorios en el Derecho francés (*)

por

MONTSERRAT PEREÑA VICENTE

Profesora de Derecho Civil

Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

I. DONACIÓN-PARTICIÓN TRANSGENERACIONAL:

- A) NATURALEZA JURÍDICA Y UTILIDAD DE LA FIGURA.
- B) INTERVINIENTES.
- C) PRESUPUESTOS Y ALCANCE DE LA DONACIÓN-PARTICIÓN TRANSGENERACIONAL.

II. LA RENUNCIA ANTICIPADA A LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN:

- A) NATURALEZA DE LA RENUNCIA.
- B) QUIÉN INTERVIENE EN LA RENUNCIA.
- C) REQUISITOS DE VALIDEZ Y EFICACIA.

La Ley de 18 de noviembre de 2003 ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico algunas reformas destinadas a permitir que, en presencia de un hijo o descendiente incapacitado, el margen de actuación del principio de autonomía de la voluntad se amplíe, para que el padre o ascendiente pueda organizar su sucesión del modo que estime oportuno pudiendo, incluso, privar a los demás hijos o descendientes de la legítima, imponiendo una sustitución fideicomisaria en la que el hijo incapacitado reciba, como fiduciario, toda la herencia, quedando relegados los demás herederos forzosos a la condición de fideicomisarios.

(*) El presente trabajo es fruto de una estancia de investigación en la Universidad Sophia Antipolis, en Francia, financiado por el Ministerio de Educación de España.

Ya expusimos en otro momento (1) los riesgos que para la convivencia familiar puede generar una medida de este tipo y el peligro de que las tensiones familiares (2), generadas por la sustitución fideicomisaria así diseñada, redunde en perjuicio del hijo incapacitado ya que, desaparecidos los padres, la experiencia nos dice que son los hermanos los que, en la mayor parte de los casos, hacen frente al cuidado del incapacitado.

Por ello, en último término, quizá no sea la mejor manera de proteger al hijo necesitado de protección, o al menos no en todos los casos, dejarle todo «desheredando» de hecho, aunque en ocasiones sólo temporalmente, a los hermanos. La vía de los pactos sucesorios, en los que la familia se pone de acuerdo para afrontar las dificultades inherentes a una situación de incapacidad de uno de sus miembros parece más adecuada y, sobre todo, puede contribuir a mantener la armonía familiar.

Ahora bien, el problema es que para que haya pacto es necesario el consentimiento de todos los implicados en la sucesión, por lo que, de no existir entendimiento entre ellos, es difícil conseguir por esa vía la protección del hijo incapaz. Quizá, consciente de esta dificultad, nuestro legislador optó por la vía de la imposición del testador-progenitor. Ciertamente, existen situaciones en las que las relaciones familiares, ya tensas, aconsejan que se permita esta posibilidad para asegurar, al menos, el futuro económico del hijo incapacitado. Pero el legislador debería, además, abrir una vía (3) para que, cuando la familia se pueda poner de acuerdo, decidan entre todos cuál es la mejor manera de proteger al hijo o hermano necesitado de esa protección especial. Y es que puede ocurrir que se asegure mejor su cuidado dejando todo o parte del patrimonio familiar a otro hermano e imponiéndole la obligación de pagar una renta o pensión o, por el contrario, dependiendo de las circunstancias de cada caso, dejándole todo o la mayor parte del patrimonio familiar.

(1) En *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*, Dykinson 2006.

(2) El Congreso de Notarios de Francia de 2006, consagrado a la protección jurídica de las personas vulnerables, puso de manifiesto el riesgo de que las soluciones impuestas generen tensiones familiares que perjudiquen, precisamente, al más necesitado de protección: CRÉMONT, G.; LENOVEL, H., et LOUSTALET, F., 102.^o *Congrès des Notaires de France, Strasbourg, 21-24 mai 2006. Les personnes vulnérables. - La donation-partage, outil de constitution et de gestion du patrimoine d'une personne vulnérable*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, núm. 19, mai 2006, 1191: «Il serait erroné de croire cependant que toute donation-partage évolue dans ce contexte imposé, où le droit et l'autorité parentale se conjuguent pour aboutir à un accord. Ce serait faire peu de cas de la pratique de la démocratie familiale que en réalité existe le plus souvent. Les notaires le savent bien: il est bien rare que les parents souhaitent allouer de force leurs enfants, contre leur gré et au risque de dissensions familiales».

(3) No consideramos que los pactos sucesorios sean una panacea, son útiles en ciertos casos, por lo que su admisión en el ordenamiento jurídico ha de ser muy precisa y ha de estar rodeada de garantías que impidan una renuncia impulsiva o el ejercicio de presiones sobre los miembros de la familia que se encuentren en una posición debilitada.

Esta es una de las funciones de los pactos sucesorios que el legislador francés ha introducido en el *Code* mediante la Ley de 23 de junio de 2006. Partiendo de la prohibición de pactos sucesorios contenida en el Código de Napoleón de 1804, la evolución legislativa ha ido, paulatinamente, suavizándola con excepciones. Sin llegar a suprimir la regla general, contraria a los mismos, la reforma de 2006, en vigor desde el 1 de enero de 2007, ha consagrado nuevas excepciones que permiten reducir al mínimo el campo de aplicación de la regla general, por lo que una parte de la doctrina francesa se refiere a la misma como moribunda (4) aunque, como pone de manifiesto BAILLON-WIRTZ (5), no se debe minusvalorar que la regla general sigue siendo la prohibición de pactos sobre la sucesión futura, lo que, sin duda, tiene sus consecuencias.

Dos de las nuevas excepciones consagradas por el legislador son la donación-partición transgeneracional y la renuncia anticipada a la acción de reducción. La donación-partición, digamos ordinaria, ya suponía una excepción a la prohibición de pactos sobre la sucesión futura, pero en el nuevo supuesto de la transgeneracional implica, además, una renuncia a la herencia futura. Veamos con más detalle.

I. DONACIÓN-PARTICIÓN TRANSGENERACIONAL

Como en el Derecho español, en el francés los hijos y descendientes son legitimarios, reservatarios en la terminología del *Code*, y en la sucesión intestada, son los primeros llamados. Pero en ambos ordenamientos rige el principio de proximidad de grado, de modo que, a la muerte del padre, si hay

(4) BAILLON-WIRTZ, N., «Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future?», en *Droit de la famille*, novembre 2006, pág. 12: «Le principe de la prohibition des pactes sur succession future est aujourd'hui fermement énoncé à quatre reprises dans le Code civil, ce qui a pour effet de créer une certaine redondance de dispositions dont l'objet est le même, bien que leur énoncé diffère. Même s'il n'est pas rare que le Code civil exprime en plusieurs endroits un principe ou qu'il l'évoque pour une ou plusieurs applications particulières, cette insistance normative reste finalement surprenante pour un principe jugé "moribond" ou du moins "en recul"».

(5) BAILLON-WIRTZ, N., «Que reste-t-il...», *op. cit.*, pág. 13: «Sur le fond, ensuite, le principe de prohibition marque son utilité, dans la mesure où le législateur y trouve le moyen de poser des garde-fous à une liberté successorale aujourd'hui plus étendue et dont on peut légitimement, dans certains cas, redouter l'arbitraire. Les réglementations nouvellement édictées se situent au point d'équilibre de deux tendances opposées: la liberté de contracter et le respect des principes élémentaires de moralité successorale. L'exigence d'adéquation entre un ordre public successoral rénové et une autonomie de la volonté accrue justifiait, en définitive, de maintenir le principe de prohibition des pactes sur succession future et de l'inscrire au rang des principes modérateurs dont le droit positif se sert habituellement pour ménager un juste équilibre entre l'intérêt particulier et l'intérêt général».

hijos, los nietos no serán legitimarios ni serán tampoco llamados a la sucesión intestada. Por ello, la donación-partición que regulaba el artículo 1.075 permitía que ésta se concluyese entre el progenitor y sus hijos, que son los llamados por la ley a la herencia. Este mismo precepto regula la donación-partición ordinaria en la que se incluye esta posibilidad, aunque tras la reforma, como luego veremos, se ha ampliado su ámbito. Pero, además, el nuevo artículo 1075-1 permite, ahora, que la donación-partición pueda hacerse en beneficio de los nietos, viviendo los hijos, lo que implica un salto generacional y afecta al principio de proximidad de grado (6).

A) NATURALEZA JURÍDICA Y UTILIDAD DE LA FIGURA

Podemos preguntarnos cuál es el alcance de esta nueva donación-partición, porque antes de la reforma, el abuelo ya podía hacer una donación al nieto. La diferencia, como subraya GRIMALDI (7), consiste en que antes la vía era la donación ordinaria, mientras que ahora existe una sucesión total o parcialmente anticipada y los nietos no reciben una donación ordinaria imputable a la parte libre sino la parte de herencia que correspondía a su padre en la herencia del abuelo y, por tanto, se altera la regla de imputación que ya no se hará a la parte libre sino a la de legítima que corresponda al descendiente intermedio.

La donación-partición ordinaria tiene, como su propio nombre avanza, una naturaleza mixta: es partición pero también es liberalidad (8), con la par-

(6) La reforma de 2006 ha afectado profundamente a este principio de proximidad de grado, al admitir, ahora, en el artículo 754, la representación del renunciante; ver GRIMALDI, M., *La représentation de l'héritier renonçant*, Defrénois, 15 janvier 2008, núm. 1, pág. 25: «En premier lieu, la représentation du renonçant a pour portée de déroger, comme toute représentation successorale, au classement selon le degré. Elle exclut tantôt la priorité attachée à la proximité du degré, tantôt l'égalité attachée à l'identité de degré».

(7) GRIMALDI, M., *Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités*, Recueil Dalloz, 2006, núm. 37, págs. 2551-2555, pág. 2555: «Le propre de cette donation-partage transgénérationnelle, c'est que les petits-enfants sont gratifiés par leur aïeul, non pas comme des tiers par voie de donations ordinaires (ce qu'ils ont toujours pu être) mais au lieu et place de leur auteur dans un partage successoral anticipé».

(8) Como pone de manifiesto MAZEAUD, el aspecto que predomina es el particional frente al liberal, porque el objetivo perseguido, más que gratificar es partir, si bien esto no impide que se califique como una verdadera liberalidad. MAZEAUD, H. et H., J., et F., *Leçons de Droit Civil*, Tome IV vol. II, 5.^a ed., 1999, pág. 931: «Le but poursuivi par l'ascendant lorsqu'il procède à un partage d'ascendant, n'est pas de gratifier ses descendants, mais de réaliser le partage de ses biens. L'acte est donc essentiellement un partage. Le testament-partage ne rend pas des descendants légataires, mais copartagés dans la succession ab intestat. De même, la donation-partage est une partage des biens compris dans l'acte; sans doute n'est-elle pas, du vivant de l'ascendant, un véritable partage successoral, puisqu'une succession ne s'ouvre qu'au décès; mais elle constitue, dès la conclusion de

ticularidad de que, a diferencia del testamento-partición, que sólo produce efectos en el momento del fallecimiento del causante, la donación-partición produce efectos inmediatamente.

La nueva donación-partición transgeneracional participa de esta misma naturaleza mixta, y le añade un nuevo matiz porque constituye también una renuncia a la herencia futura. De acuerdo con esta naturaleza, la donación-partición transgeneracional es, ante todo, partición, y es necesario tener presente este rasgo esencial para comprender su alcance que, como antes de la reforma, y tal y como establece el artículo 1.076, no puede referirse a los bienes futuros.

B) INTERVINIENTES

Como pacto sucesorio que es, necesita el consentimiento de todos los implicados en la sucesión. ¿Quiénes son los implicados?

Toda donación-partición se hace entre el donante y los que estarían llamados a ser herederos intestados en su sucesión, los herederos presuntos, en la terminología del *Code*. La novedad que introduce la Ley de 2006 es que ahora se permite que se haga la donación a la segunda o ulterior generación y no a la primera que, en virtud del principio de proximidad de grado sería la única llamada a la sucesión.

Así, viviendo los padres, se puede hacer la donación-partición a favor de los nietos, pero ¿se permite en todas las líneas? Es decir, si no existen hijos ni descendientes, ¿es posible una donación-partición transgeneracional en la que los donatarios sean, por ejemplo, los sobrinos y no los hermanos?

Vayamos por partes. Lo primero que vamos a analizar es quién puede ser donante, tanto en la donación-partición ordinaria como en la transgeneracional, y, después quién puede ser donatario.

l'acte, par exception au principe de la prohibition des pactes sur succession future, le partage d'une masse de biens, qui deviendra automatiquement au décès le partage d'une succession ab intestat; les donataires sont donc, dès la donation-partage, des copartagés.

Cependant, parce que le partage ne se réalise que par le procédé d'une donation ou d'un testament, il prend, dans une certaine mesure, la nature juridique de l'acte qui lui sert de support. L'observation est vraie pour le testament-partage, mais plus encore pour la donation-partage puisque, du vivant du donateur, les copartagés sont, à l'égard de celui-ci, de véritables donataires. La Cour de cassation affirme d'ailleurs «que la donation-partage est une donation entre vifs». Le partage d'ascendant, spécialement la donation-partage, a donc une nature mixte: il est essentiellement un partage, bien que, sous certains aspects, il apparaisse comme une libéralité».

1.º) *Quién puede hacer uso de la donación-partición*

La donación-partición ordinaria en sus orígenes era considerada como un acto de autoridad paterna y el nombre que recibía era el de donación de ascendientes (9), por lo que sólo los progenitores o, en general, los ascendientes, podían hacer uso de la misma (10).

Esta es una de las primeras reformas que acomete la Ley de 2006, lo que para GRIMALDI (11) supone no una evolución sino una verdadera revolución, porque se amplía el ámbito subjetivo de la institución, de la que, tal y como establece el artículo 1.075, tras la reforma, podrá hacer uso cualquier persona y no sólo los padres y ascendientes (12).

La donación-partición transgeneracional se regula en el artículo 1075-1 del *Code*, y su ámbito es mucho más reducido (13). Está circunscrita a los descendientes, por lo que no sería posible hacer una donación-partición a favor de los sobrinos en vida de los hermanos. Eso no impide que se pueda hacer una donación ordinaria a su favor, en la que se «salte» la generación de sus padres y, en este caso, no requiere el acuerdo de ellos ya que no son legitimarios. Lo que, en ese caso, no se podrá hacer a favor de los sobrinos, pero tampoco de los hermanos, es la donación-partición porque, a falta de hijos o descendientes, y en presencia de ascendientes, ellos son los herederos presuntos, aunque no sean legitimarios, ya que la Ley de 2006 no los incluye

(9) SAGAUT, J. F., *Partage d'ascendant, pour une nouvelle lecture de l'article 1075 du Code civil*, Defrénois, 30 octobre 2003, núm. 20, pág. 1302: «Pacte de famille né de l'accord de volonté des descendants sur un projet de répartition décidé et ordonné par l'ascendant, la donation-partage se présente comme un acte d'autorité parentale. Cela doit apparaître clairement dans la rédaction même de l'acte».

(10) Antiguo artículo 1.075 del *Code*, párrafo primero: «Les père et mère et autres ascendants peuvent faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens».

(11) GRIMALDI, M., «Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006», *La Semaine Juridique Édition Générale*, núm. 42, 18 octobre 2006, 179: «C'est peu dire que la donation-partage et le testament-partage, qui forment les deux modalités de ce que l'on appelait jusqu'à présent le "partage d'ascendant", sortent profondément transformés de la loi du 23 juin 2006: plus qu'une évolution c'est une révolution que connaît l'institution. Cette révolution revêt deux aspects. D'une part, la donation-partage et le testament-partage cessent de être permis qu'à un ascendant. Désormais, toute personne peut y procéder au bénéfice de ses présomptifs héritiers quels qu'ils soient».

(12) Artículo 1.075 del *Code*: «Toute personne peut faire, entre ses héritiers présomptifs, la distribution et le partage de ses biens et de ses droits».

Cet acte peut se faire sous forme de donation-partage ou de testament-partage. Il est soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs dans le premier cas et pour les testaments dans le second».

(13) Artículo 1075-1 tras la redacción dada al mismo por la Ley de 23 de junio de 2006: «Toute personne peut également faire la distribution et le partage de ses biens et de ses droits entre des descendants de degrés différents, qu'ils soient ou non ses héritiers présomptifs».

entre los mismos. Como vemos, en la donación-partición juegan diferentes papeles la condición de heredero presunto y de legitimario.

2.º) Quién puede ser donatario

Acabamos de ver que en la donación-partición ordinaria los donatarios pueden ser aquellos que sean los herederos presuntos, es decir, existiendo hijos, serán ellos. A falta de hijos, los nietos; en ausencia de descendientes, los padres; a falta de padres y otros ascendientes, los hermanos, y así hasta agotar los llamados intestados a la herencia. Además, teniendo en cuenta que en el Derecho francés el cónyuge es llamado a la herencia conjuntamente con los hijos o con los ascendientes, podrá hacerse a favor de éste también.

La donación-partición transgeneracional limita las posibilidades. De acuerdo con el artículo 1075-1 sólo podrá hacerse entre los descendientes. Esta nueva donación-partición permite alterar el grado pero no la línea. Es decir, que, en vida de los hijos, podrá hacerse la donación a los nietos o bisnietos, a todos o a parte de ellos, o bien combinar los diferentes grados y hacerla a favor de hijos y nietos o de nietos y bisnietos. No es necesario que se haga a favor de todos ellos. Lo que no puede es hacerla a favor de otros parientes y tampoco a favor de terceros. Ni siquiera a falta de descendientes.

C) PRESUPUESTOS Y ALCANCE DE LA DONACIÓN-PARTICIÓN TRANSGENERACIONAL

De acuerdo con la naturaleza de la institución, ya hemos visto cómo ésta implica la eficacia inmediata de la disposición, es decir, que los nietos recibirán de modo irrevocable los bienes y derechos.

La donación puede ser total o parcial en dos sentidos diferentes. Puede comprender todos los bienes del donante (14) o sólo alguno de ellos, pero

(14) Esta posibilidad, que en el Derecho español sería contraria al artículo 634, es sin embargo, admitida por la doctrina francesa, aunque, como pone de manifiesto MALAURIE, lo habitual es que se reserve la plena propiedad de ciertos bienes o, al menos, el usufructo, salvo que crea que su muerte es inminente: MALAURIE, P., *Les Successions. Les Libéralités*, Defrenois, 2006, pág. 493: «Ou bien, mais rarement, il arrive que le disposant donne la totalité de ses biens à ses héritiers présomptifs; afin d'éviter d'être réduit à la misère, il stipule généralement une rente viagère à la charge des gratifiés, à son profit. Ou bien, plus souvent, il conserve, soit une fraction de ses biens, ultérieurement transmise lors de sa mort, soit, plus fréquemment encore, toute ou partie de l'usufruit des biens donnés»...; 498: «Il n'est pas nécessaire qu'elle comprenne tous les biens du disposant: la libéralité-partage peut être partielle quant aux biens. Ceux qui demeurent indivis seront attribués ou partagés après le décès du disposant, selon le droit commun du partage (art. 1075-5 nouv.). En pratique, la donation-partage est souvent partielle; le disposant conserve habituellement la pleine propriété de certains biens, sauf lorsqu'il croit sa mort imminente.

nunca los bienes futuros, y puede hacerse con todos los hijos y descendientes o sólo con parte de ellos. Esta última posibilidad es la que puede provocar problemas de interpretación. Veamos los diferentes supuestos para intentar avanzar.

La primera posibilidad es que concurran todos los hijos del donante y todos sus descendientes, de modo que los primeros consientan en que la parte de la herencia que les correspondería a ellos se transmita a sus propios hijos. En este supuesto no existen complicaciones. Si sólo existe un hijo que, a su vez, tiene varios descendientes, el artículo 1078-5 admite expresamente (15) que se pueda hacer la donación-partición entre el hijo y los nietos o sólo entre los nietos. La única duda que surge es si será posible, cuando el hijo sólo tenga un descendiente, que se haga entre el hijo y el nieto, posibilidad esta para la que no vemos obstáculo pero que podría verse rechazada por una interpretación a *sensu contrario* del precepto citado.

Otra posibilidad sería que concurran solamente algunos de los hijos con sus descendientes, o bien todos los hijos con los descendientes de alguno de ellos. Ambas posibilidades están expresamente admitidas (16) por el artículo 1078-6, que permite que la donación-partición se lleve a cabo entre hijos y nietos, sin que sea necesario que concurran todos ellos.

A su vez, en estos casos puede ocurrir que los hijos sean también donatarios, junto con sus propios descendientes o que concurran sólo para consentir que su parte de herencia pase a sus propios descendientes.

La última posibilidad que vamos a exponer es la que plantea más problemas: ¿puede uno de los hijos concurrir para consentir que su parte de herencia se transmita, no a sus propios descendientes sino a los de su hermano, es decir, a sus sobrinos?

En principio, la literalidad del artículo 1075-1 no lo impide. Sin embargo, la subsección en la que se regulan algunos aspectos de la donación-partición transgeneracional, que comprende los artículos 1078-4 a 1078-10, parece llevar a la solución contraria. Más concretamente, el primero de estos artículos se refiere expresamente a que los hijos pueden consentir «que sus propios descendientes» reciban su parte, lo que parece delimitar el ámbito de la do-

Souvent, le disposant se réserve l'usufruit, au moins d'une partie des biens donnés; il lui arrive fréquemment aussi de stipuler la réversibilité de cet usufruit sur la tête du conjoint survivant, ce qui constitue une institution contractuelle entre époux faite pendant la durée du mariage».

(15) Párrafo primero del artículo 1078-5: «Cette libéralité constitue une donation-partage alors même que l'ascendant donateur n'aurait qu'un enfant, que le partage se fasse entre celui-ci et ses descendants ou entre ses descendants seulement».

(16) Artículo 1078-6: «Lorsque des descendants de degrés différents concourent à la même donation-partage, le partage s'opère par souche».

Des attributions peuvent être faites à des descendants de degrés différents dans certaines souches et non dans d'autres».

nación-partición transgeneracional y parece más acorde con el reparto por estirpes que se establece, porque, como indica VIGNEAU (17), el sistema funciona como una especie de representación.

Sin embargo, la Ley de 2006 introduce en el *Code*, también como novedad, la posibilidad de renunciar anticipadamente a la acción de reducción, y, como luego veremos, esta renuncia ha de hacerse a favor de persona o personas determinadas, pero no se exige que se haga a favor de los propios descendientes. Teniendo en cuenta que esta renuncia puede acompañar a la donación-partición, puede interpretarse que, si por ejemplo uno de los hijos del donante no tiene, a su vez, descendientes, pueda consentir la donación-partición transgeneracional y renunciar a la acción de reducción a favor de sus sobrinos.

La literalidad del artículo 1078-4 que, como hemos visto, se refiere a «sus propios descendientes» y el hecho de que la regla general siga siendo la prohibición de pacto sobre la herencia futura, que impone una interpretación restrictiva de las excepciones, no nos permiten aceptar abiertamente esta posibilidad. Sin embargo, la interpretación sistemática nos parece más coherente, porque, de no prevalecer, se pone de manifiesto una contradicción del sistema establecido por la Ley de 2006 que, por una parte, permite renunciar a la acción de reducción, cuando se haga una donación, incluso a un tercero extraño a la familia, pero no permite que un hijo renuncie a su herencia a favor de uno de sus sobrinos, nieto del causante. Y es que, como subraya MALAURIE (18), existe un cierto riesgo de incoherencia debido al diferente origen de algunas de las novedades de la Ley que en parte se deben a las proposiciones de CARBONIER y en parte a las del Notariado.

Además, la posibilidad, anunciada por la Exposición de Motivos del proyecto y refrendada por todos los autores que se han ocupado de la materia, de que la donación-partición transgeneracional puede ser un instrumento para la protección de un descendiente incapacitado o con discapacidad, quedaría enormemente limitada si no se permite esta posibilidad que, por otra parte, puede desprenderse de la redacción del artículo 1078-8, que permite entender que uno de los hijos del donante pueda consentir la donación-partición transgeneracional sin haber recibido él o sus propios descendientes un lote. Sin

(17) VIGNEAU, D., «La nouvelle doantion-partage», en *Droit de la famille*, novembre 2006, págs. 18-22.

(18) MALAURIE, P., *La réforme des successions et de libéralités*, Defrénois, 30 novembre 2006, núm. 22, pág. 1719: «Telle est la vue, très fragmentaire, d'une loi, elle-même très fragmentée, aux origines divers. Très fragmentée, elle constitue cependant un ensemble qui lui donne, à peu près, une certaine cohérence, bien qu'imparfaite, et qui trouvera aussi, peut-être, sa cohérence avec l'ensemble de notre système successoral. Une loi de liberté pour la jeunesse —les descendants—; mais pour les vieux —les ascendants—, la solidarité familiale est peu à peu remplacée par la solidarité nationale (il reste à savoir si c'est un bien social)».

embargo, GRIMALDI (19), sin plantearse en profundidad la cuestión, entiende que se trata de una ambigüedad y que debe hacerse una lectura del precepto en la que se hace decir a éste lo que el legislador ha omitido.

Dejando a un lado esta cuestión, en la donación-partición transgeneracional es esencial que consientan tres generaciones, el donante, el hijo o los hijos del mismo, que pueden intervenir en dos condiciones: simplemente para consentir que su parte de herencia pase a sus descendientes, o también para consentir que una parte de lo que le corresponde pase a dichos descendientes y para aceptar la otra parte que se le dona a él mismo. La tercera generación que interviene es aquélla a cuyo favor se hace la donación.

Una última cuestión a la que queremos referirnos en el tema de los intervinientes es la posibilidad de que la donación-partición transgeneracional se salte, no una, sino dos generaciones. Es decir, si el padre quiere hacer la donación, no a sus hijos ni a sus nietos, sino a sus bisnietos. Posibilidad más reducida que la anterior pero, teniendo en cuenta el aumento de la longevidad, en absoluto descartable, aunque ninguno de los autores que han estudiado la nueva figura se refiere a esta posibilidad. La cuestión, en este caso, es si tiene que consentir la generación intermedia, es decir, los nietos. Entendemos que no, porque la donación-partición se hace entre los herederos presuntos y los nietos no lo son. La solución es diferente si hubiesen fallecido el o los hijos del donante, ya que entonces los nietos serían herederos presuntos y, en este caso, sí tendrían que concurrir para consentir la donación-partición.

II. LA RENUNCIA ANTICIPADA A LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN

El legitimario cuya legítima haya sido vulnerada, ya sea por una donación ordinaria, ya sea por una disposición a la que no ha concurrido o en la que se le ha entregado un lote menor de lo que le corresponde, podrá pedir la

(19) GRIMALDI, M., «Des donations-partages...», *op. cit.*, pág. 1941: «On aura remarqué qu'à la différence de l'article 1078, écrit pour la donation-partage ordinaire, l'article 1078-8 n'exige pas que tous les enfants de l'ascendant donateur aient "reçu et accepté un lot". C'est que, s'agissant d'une donation-partage transgénérationnelle, il se peut que tel d'ente eux n'ait rien reçu parce que c'est à ses seuls enfants qu'est advenu le lot destiné à sa souche. Son consentement à la donation-partage, joint à l'allotissement de sa souche, justifie le jeu de l'évaluation dérogatoire de l'article 1078. Reste que la rédaction du texte souffre d'une ambiguïté en ce qu'elle laisse à penser que l'article 1078 pourrait s'appliquer dans le cas où un enfant aurait consenti à la donation-partage sans que lui ni aucun de ses propres enfants n'y aient été allotis; or pareille application serait évidemment contraire à l'esprit de la loi. Là, donc où le texte dispose: "lorsque tous les enfants de l'ascendant donateur ont donné leur consentement au partage anticipé...", il faut lire: "lorsque tous les enfants de l'ascendant donateur ont donné leur consentement au partage anticipé et y ont reçu un lot, eux-mêmes ou leurs descendants..."».

reducción de las donaciones que vulneren su legítima. Así lo establece el artículo 1077-1 para la donación-partición, y los artículos 920 y siguientes con carácter general.

Esta sigue siendo la regla general aplicable, pero la novedad, importantísima, es que el *Code* permite ahora, en el artículo 929 (20), la renuncia anticipada a la acción de reducción, lo que, además de constituir un pacto sobre la herencia futura supone un cambio sustancial respecto a la legítima: supone, en realidad, el fin de la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la misma.

A) NATURALEZA DE LA RENUNCIA

Cuando se estudia la naturaleza jurídica de la renuncia, se suele afirmar que se trata de un acto unilateral que puede ser recepticio o no, pero que no exige, para su validez, más que el consentimiento de aquél que la hace.

No ocurre así en el supuesto consagrado por el artículo 929 del *Code* porque, según su párrafo primero, la renuncia sólo obliga al que la hace cuando es aceptada por el *de cujus* (21). Por ello, como pone de manifiesto LEVILLAIN (22), no se trata de un acto unilateral, pero sí de un contrato unilateral porque sólo genera obligaciones para el que renuncia.

Como luego veremos, se exige que la renuncia se haga a favor de persona determinada, pero esto no implica que se trate de una liberalidad porque, como subraya de nuevo LEVILLAIN, no existe efecto traslativo,

(20) Artículo 929: «Tout héritier réservataire présomptif peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte. Cette renonciation doit être faite au profit d'une ou de plusieurs personnes déterminées. La renonciation n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à hériter.

La renonciation peut viser une atteinte portant sur la totalité de la réserve ou sur une fraction seulement. Elle peut également ne viser que la réduction d'une libéralité portant sur un bien déterminé.

L'acte de renonciation ne peut créer d'obligations à la charge de celui dont on a vocation à hériter ou être conditionné à un acte émanant de ce dernier».

(21) DELFOSE, A., «De la renonciation anticipée à l'action en réduction», en *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 38, 22 septembre 2006, 1301: «Cette coloration contractuelle accorde ainsi au disposant un rôle régulateur. Il peut ainsi rendre sans effet une renonciation impulsive, irréfléchie ou obtenue à la suite de pressions exercées par son bénéficiaire potentiel».

(22) LEVILLAIN, N., «La renonciation anticipée à l'action en réduction», en *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, núm. 45, 10 novembre 2006, 1349: «Il ne s'agit pas d'un acte unilatéral, car la renonciation n'engage le renonçant qu'au jour de l'acceptation par celui dont il a vocation à hériter (C. civ. art. 929). Le législateur a voulu donner à cette renonciation la forme d'un contrat. Elle est ainsi un contrat unilatéral car elle ne crée d'obligations qu'à la charge du renonçant. Celui-ci, en effet, s'oblige à l'égard du *de cujus* à ne pas exercer une action en réduction après l'ouverture de sa succession, sans contrepartie de la part de ce dernier».

sino que simplemente consolida los derechos del donatario a la muerte del donante (23).

La renuncia ha de ser gratuita, ya que no puede crear obligaciones para el futuro causante ni estar sometida a condición. Sin embargo, como señala DELFOSE (24), nada impide al futuro causante hacer una donación al renunciante, aunque se hará en acto separado y su eficacia no está condicionada.

La renuncia a la acción de reducción no supone renuncia a la herencia futura ni renuncia a la legítima, por lo que, como indica DAURIAC (25), el renunciante conserva su condición de legitimario con todas las consecuencias que ello implica.

B) QUIÉN INTERVIENE EN LA RENUNCIA

El legislador configura la renuncia a la acción de reducción como un contrato, aunque el consentimiento de las partes no es simultáneo ya que, como hemos visto, exige para su validez no sólo el consentimiento del renunciante sino también del futuro causante.

A diferencia de la donación-partición transgeneracional, que tenía que ser consentida por los herederos presuntos, la renuncia a la acción de reducción no se refiere a los llamados intestados, sino a los que tienen la condición de legitimarios presuntos. De acuerdo con la nueva regulación de la reserva, sólo son reservatarios (legitimarios) los hijos y descendientes y el cónyuge viudo, ya que la legítima de los ascendientes ha sido suprimida por la Ley de 2006. Como rige el principio de proximidad de grado, existiendo hijos, ellos serán los legitimarios presuntos y no los descendientes ulteriores.

(23) LEVILLAIN, N., «La renonciation...», *op. cit.*: «Elle n'a pas un effet translatif et se limite à consolider les droits du gratifié au décès du disposant».

(24) DELFOSE, A., «De la renonciation...», *op. cit.*: «En revanche, rien n'empêche le futur défunt de faire, par acte séparé, une donation au renonçant en contrepartie de sa renonciation. Les deux actes ne peuvent toutefois pas être liés. Si le pacte est caduc, la donation subsistera».

(25) DAURIAC, I., *La renonciation anticipée à l'action en réduction*, Recueil Dalloz, 2006, núm. 37, págs. 2574-2576, pág. 2576: «Enfin, parce que la réserve est part d'hérédité et l'option successorale indivisible, la renonciation à agir en réduction ne vaut pas d'avantage renonciation à la réserve proprement dite. C'est dire que, si le pacte marque un recul de l'ordre public réservataire en faveur de plus de volonté pour le de cujus, la mesure du gain véritablement réalisé n'est confirmée qu'une fois mise en oeuvre l'intégralité des règles commandant toujours impérativement la liquidation de la réserve comme l'ordre et le secteur d'imputation de toute libéralité. C'est dire qu'une incertitude relative continuera d'entourer l'anticipation issue du pacte tant que la succession n'aura pas été définitivement liquidée».

Respecto al beneficiario, que no interviene en el acto de renuncia, puede ser una o varias personas determinadas y puede ser otro heredero, legitimario o no, incluso un tercero ajeno a la familia.

La renuncia no es irrevocable hasta que la consiente el futuro causante, pero su consentimiento y el del renunciante no pueden hacerse en el mismo acto. Al contrario, la Ley toma precauciones para evitar posibles influencias o presiones familiares. Posteriormente lo veremos al estudiar los requisitos.

La renuncia, además, no puede ser abstracta, sino que debe hacerse en beneficio de una o varias personas determinadas y puede referirse a la totalidad de la reserva o sólo a una parte de ésta, o bien estar limitada a una liberalidad de un bien concreto. Lo que no se permite es que se haga en general, sin referencia a una determinada liberalidad o persona.

C) REQUISITOS DE VALIDEZ Y EFICACIA

Las prevenciones del legislador hacia esta reforma que puede beneficiar a un tercero extraño a la familia, en detrimento de los legitimarios, han impuesto algunas exigencias.

La primera de ellas es que la renuncia se debe hacer en un acto auténtico, es decir, ante notario. Por si esto no es suficiente, se exige que se haga ante dos notarios. Y sólo los notarios podrán estar en el acto, por lo que el futuro causante, que debe aceptar la renuncia, tendrá que hacerlo en un acto diferente. El incumplimiento de estos requisitos formales, así como la concurrencia de cualquier vicio del consentimiento están sancionados con la nulidad de la renuncia.

Además de estos requisitos formales exigidos para la validez de la renuncia, se establece un régimen especial de caducidad, de modo que si la renuncia se ha hecho con relación a una liberalidad que se hace a una persona determinada, y no llega a hacerse efectiva esa liberalidad o no se hace a las personas señaladas, la renuncia caduca y se podrá ejercitar la acción de reducción (26).

Si se respetan todos los requisitos y presupuestos establecidos por la Ley, la renuncia a la acción de reducción es válida y despliega sus efectos. El problema es que la complejidad técnica de esta materia no permite a la doctrina encontrar un acuerdo sobre el alcance exacto de esta renuncia, especialmente a la hora de determinar si la misma afecta o no a la regla de imputación de donaciones contenida en el artículo 920 del *Code*. Para LEVILAND (27) y ZA-

(26) Párrafo segundo del artículo 930-2: «La renonciation relative à la réduction d'une libéralité portant sur un bien déterminé est caduque si la libéralité attentatoire à la réserve ne porte pas sur ce bien. Il en va de même si la libéralité n'a pas été faite au profit de la ou des personnes déterminées».

(27) LEVILAND, N., «La renonciation...», *op. cit.*: «Enfin, la renonciation peut être pleinement efficace: la libéralité consentie au bénéficiaire excède la fraction de réserve sur laquelle l'héritier a accepté qu'elle s'impute».

LEWSKI (28), la renuncia debe ser interpretada como una excepción a la regla de imputación, lo que significa que la liberalidad a la que se refiere la renuncia de la acción de reducción se imputará a la parte de reserva y no a la parte libre. Para el profesor VAREILLE (29), esta conclusión es extremadamente peligrosa y contraria al espíritu y a la letra de la ley que no altera las reglas de imputación, la cual es una operación previa al cálculo de la legítima individual y por tanto, anterior a la determinación del alcance de la acción de reducción y a los efectos de su eventual renuncia.

La discusión que se ha abierto en la doctrina francesa refleja cierta imprecisión de la técnica legislativa en una materia de una extraordinaria complejidad en la que, cualquier modificación puede romper el equilibrio de un sistema elaborado a lo largo de siglos; y es que como reclama el profesor VARILLE, un dispositivo como este, que deroga el orden público del Derecho Sucesorio, merece un tratamiento técnico más preciso. En cualquier caso, si existen dudas de interpretación, debemos tener presente que, como apuntamos al comienzo de este estudio, el legislador ha mantenido la regla general de prohibición de pactos sobre la herencia futura, por lo que toda interpretación de una excepción debe conducir a un resultado restrictivo. En el supuesto de

(28) ZALEWSKI, V., *La renonciation anticipée à l'action en réduction: imputation et/ou réduction?*, Defrénois, 30 novembre 2007, núm. 22, pág. 1587: «Se pose alors un problème de méthode: comment tenir compte de cette renonciation dans la liquidation de la succession? En doctrine, deux solutions se sont déjà dégagées: la première propose de ne faire produire effet à la renonciation qu'au stade de la détermination du montant de l'indemnité de réduction, tandis que la seconde considère qu'il convient de prendre en compte la renonciation au stade de l'imputation. Les auteurs ayant fait ces propositions pensent qu'une seule méthode doit être retenue. Pour autant, il semble que les deux méthodes soient envisageables, sans qu'il soit nécessaire d'en exclure une. En effet, l'application de ces deux méthodes permettra une utilisation pleine et entière de la renonciation anticipée à l'action en réduction, au plus près de la volonté du renonçant. En pratique, une telle solution nécessitera d'indiquer dans l'acte de renonciation la méthode dont il est fait application».

(29) VAREILLE, B., *Portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction: attention, danger!*, Defrénois, 30 janvier 2008, núm. 2, pág. 159: «Danger. En définitive, la difficulté particulière à la liquidation est qu'il faut mettre en application des calculs concrets sans perdre le fil de la ratio legis, faire en permanence le va-et-vient entre notion théorique et application chiffrée, entre ce qui pourrait plaire par pure commodité et ce qui doit être déconseillé au praticien soucieux de ne pas se fourvoyer dans des improvisations de nature à engager sa responsabilité.

Renoncer de façon anticipée à la réduction, qui s'opère désormais en valeur, c'est tout simplement renoncer à sa part d'indemnité de réduction, une fois effectuées les imputations.

Autre chose serait de renoncer indirectement à sa réserve en acceptant une modification par anticipation des règles de l'imputation. Cela équivaldrait d'ailleurs tantôt à abdiquer avant l'heure son droit à la réserve. La loi ne le permet pas. Elle autorise simplement le réservataire à renoncer à l'action en réduction avant qu'elle ne soit née, et c'est déjà beaucoup.

Ne réécrivons pas des textes impératifs».

la renuncia a la acción de reducción, no se debe correr el riesgo de, por una excesiva euforia, creer que el legislador permite renunciar a la herencia o a la legítima futura. Esas dos posibilidades están totalmente prohibidas, así es que cualquier interpretación que aproxime a ellas no irá por buen camino. Como subraya BONDUELLE (30), la utilización de expresiones como «pacto de familia» o «pacto sucesorio», para referirse a esta renuncia, no nos deben llevar a la idea errónea de que el legislador consagra algo diferente a lo que su propio nombre anuncia: la renuncia a la acción de reducción, cuyos efectos ya son lo suficientemente importantes como para ampliarlos más allá de lo querido por el legislador (31).

RESUMEN

ABSTRACT

PACTOS SUCESORIOS EN FRANCIA

AGREEMENTS AS TO SUCCESSION IN FRANCE

El Derecho francés, como el español, prohíbe con carácter general los pactos sobre la herencia futura. Sin embargo, se admiten algunas excepciones a esta

French law, like Spanish law, generally prohibits accords about future inheritance. However, there are some ex-

(30) BONDUELLE, P., «Le pacte de famille, en fin!», en *Droit & Patrimoine*, núm. 156, février 2007, pág. 51: «Le législateur a fini d'écrire la loi. Et ce sera, dès le 2 janvier 2007, aux notaires d'écrire leur "contrat" ou l'"acte"... ou le "pacte"... ou... D'ailleurs, comment baptiser le nouveau-né? Le gouvernement avait proposé les termes "contrat parents enfants", car ç'en est un. Mais au printemps 2006, ce "CPE" n'a pas beaucoup plu, et il a dû reculer.

La pratique ne retiendra sûrement pas le "pacte de renonciation à l'action en réduction pour atteinte à la réserve", ou PRAAREEA, sigle initialement proposé mais qui évoque plus une institution du droit viking que de droit suisse!

La "renonciation à réserve" pourrait avoir plus de succès, mais c'est une appellation erronée. Il ne s'agit pas de renoncer à la réserve mais uniquement à l'action qui la protège, si et dans la mesure seulement où elle est atteinte, comme l'a souligné Madame le professeur Méau-Latour dans une récente intervention, et comme l'a démontré le professeur Vigneau dans un étude.

La pratique sera probablement tentée par l'expression la plus imagée, la plus marketing, de "pacte de famille". Le "pacte", étymologiquement, est une convention solennelle entre deux ou plusieurs parties qui apportent la "paix". Le pacte de famille garantirait donc la paix des familles! C'est sans doute faire trop d'honneur à cette renonciation unilatérale d'un héritier... Mais les juristes les plus scrupuleux retiendront très certainement l'appellation légale, un peu lourde mais exacte, suivante: "renonciation anticipée à l'action en réduction".

(31) WICKER, G., «Le nouveau droit des libéralités: entre évolution, révolution et contre-révolution», en *Droit & Patrimoine*, núm. 157, mars 2007, pág. 78: «L'atteinte, certes indirecte, mais la plus forte à la réserve est très certainement celle qui résulte de l'institution de la renonciation anticipée à l'action en réduction régie par les articles 929 à 930-5. Cette nouvelle institution est de nature à modifier profondément les rapports au sein de la famille car, si elle laisse désormais admettre l'élaboration de véritables pactes de famille, elle ouvre aussi la voie 'a de redoutables jeux de pressions».

prohibición, y la Ley de 23 de junio de 2006 ha ampliado el número de pactos permitidos en el Código de Napoleón. Dos de estas nuevas excepciones son la donación-partición transgeneracional y la renuncia a la acción de reducción en caso de que se vulnere la legítima. Con ellas se pretende ampliar el margen de libertad del causante permitiéndole, incluso, que disponga de toda la herencia, incluida la legítima, a favor de alguien que no sea legitimario. Sin embargo, y a pesar de la trascendencia de las nuevas normas, no se puede olvidar que la regla general sigue siendo la prohibición de pactos sobre la herencia futura, principio que debe iluminar la interpretación de los que la Ley de 2006 incorpora al Code.

ceptions to the prohibition, and the Act of 23 June 2006 increased the number of accords permitted under the Napoleonic Code. Two of these new exceptions are the transgenerational gift/partition and the waiver of action to challenge legacies made in excess of the available portion where the reserved portion is violated. The intention behind these exceptions is to widen the margin of freedom available to the testator, permitting the testator even to leave the entire estate, including the reserved portion, to someone who is not entitled to any reserved portion. However, despite the importance of the new rules, it must not be forgotten that the general rule still prohibits accords about future inheritance. This principle must illuminate the interpretation of the accords the 2006 Act incorporates in the Code.

(Trabajo recibido el 26-02-08 y aceptado para su publicación el 10-10-08)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *BOE*

Por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 2-9-2008

(*BOE* 1-10-2008)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL ALEMÁN.

Estando inscrita una finca a nombre de la esposa del demandado con arreglo al régimen económico-matrimonial alemán de participación, no cabe la anotación del embargo trabado frente al marido. Éste sólo ostenta un derecho de crédito que se concretará al liquidarse dicho régimen.

Resolución de 3-9-2008

(*BOE* 1-10-2008)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 6

HERENCIA: SSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. ADJUDICACIÓN PARA PAGO DE DEUDAS.

Aunque es cierto que la adjudicación para pago de deudas no implica la transmisión de una verdadera titularidad plena al adjudicatario, sino más bien una mera adjudicación en vacío que habilita la enajenación con fines de pago de la deuda, en tanto las herederas fiduciarias adjudicatarias en tal concepto no hayan enajenado la finca, ésta forma parte de la masa hereditaria que ha de transmitirse al fallecimiento de las fiduciarias a los herederos fideicomisarios.

Resolución de 3-9-2008

(BOE 1-10-2008)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 2

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL. RECURSO GUBERNATIVO.

Practicada en su día la inscripción de un exceso de cabida, no cabe ahora cancelar el mismo a solicitud de los titulares de una finca colindante que se consideran perjudicados. Los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los Tribunales y tampoco cabe revisar su validez a través del recurso gubernativo.

Resolución de 16-9-2008

(BOE 11-10-2008)

Registro de la Propiedad de La Carolina

PARTICIÓN DE HERENCIA: CONTADOR PARTIDOR

Se puede considerar un acto meramente particional susceptible de ser realizado por el contador partidor, la adjudicación del único bien hereditario, de naturaleza indivisible, a uno de los herederos con la obligación que éste compense en metálico a los demás, siempre que no sea un acto notoriamente contrario a las legítimas o a la voluntad del testador.

Resolución de 17-9-2008

(BOE 15-10-2008)

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4

SEGREGACIÓN: LICENCIA MUNICIPAL POR SILENCIO ADMINISTRATIVO.

Para entender acreditado a efectos registrales la obtención de una licencia de segregación por silencio positivo, basta aportar copia de la solicitud de la misma ante la administración competente en fecha anterior al plazo previsto para que opere el silencio positivo, así como que los interesados manifiesten en la escritura pública que no han recibido notificación expresa en este plazo.

Resolución de 18-9-2008

(BOE 15-10-2008)

Registro de la Propiedad de Cuenca

INMATRICULACIÓN: LEY DE MONTES.

No se puede entender aplicable el artículo 22 de la Ley de Montes y exigir el informe en dicho precepto prevenido, en casos en los que de la descripción de la finca no resulte que la misma sea un monte.

Resolución de 19-9-2008

(BOE 15-10-2008)

Registro de la Propiedad de Albacete, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD. CANCELACIÓN DE ANOTACIÓN PRORROGADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO.

Frente al criterio aislado de la Resolución de 21 de julio de 2005, la Dirección General retorna a la doctrina sentada en la Instrucción de 12 de diciembre de 2000, luego recogida en diferentes Resoluciones, anteriores y posteriores a la ya citada de 21 de julio de 2005. De esta forma se confirma la nota de calificación del Registrador por la que éste se había opuesto a la solicitud de cancelación por caducidad de una anotación de embargo que constaba prorrogada con anterioridad a la entrada en vigor de la actual LEC. Se sostiene la plena aplicación del artículo 199.2 del Reglamento Hipotecario y se exige, para poder cancelar por caducidad la referida anotación, que se acredite que han transcurrido seis meses desde que haya recaído resolución judicial firme que ponga fin al procedimiento del que dimana la anotación.

Resolución de 19-9-2008

(BOE 15-10-2008)

Registro de la Propiedad de Jávea

ANOTACIONES DE EMBARGO: RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EXTRANJERO. ANOTACIONES DE EMBARGO: DETERMINACIÓN DE LA CANTIDAD.

Hallándose una finca inscrita a nombre de dos personas casadas bajo un régimen económico de derecho extranjero, al amparo del artículo 92 del RH, no es posible embargar una mitad indivisa de uno de ellos, siendo necesario dirigir el procedimiento contra ambos, a menos que se acredite que otra cosa es posible de acuerdo con dicho derecho extranjero. Es imprescindible la determinación de la cantidad objeto del embargo cuya anotación se pretende.

Resolución de 23-9-2008

(BOE 15-10-2008)

Registro de la Propiedad de Vitoria, número 4

ANOTACIONES DE EMBARGO: TERCERÍAS DE MEJOR DERECHO. CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES.

Ejercitada la tercería por uno sólo de los acreedores posteriores, a este sólo corresponderá ocupar la mejor posición del ejecutante. En todo caso, lo que sí es necesario es que la consignación de cantidades se haga a favor de todos los acreedores titulares de cargas consignadas en la certificación registral expedida en el procedimiento de apremio.

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 23-9-2008
(BOE 15-10-2008)
Registro Mercantil de Alicante

OBJETO SOCIAL. NECESIDAD DE DETERMINACIÓN.

En un objeto social con concreción de la actividad principal —explotación, reparación y mantenimiento de máquinas recreativas—, la expresión «y la realización de las actividades preparatorias. Necesarias, accesorias, complementarias o relacionadas con las anteriores», no vulnera la exigencia de claridad, determinación y concisión que se exige en la redacción del objeto social. Más aún en este caso en que dicha redacción viene impuesta por un Decreto de la Generalitat Valenciana.

Resolución de 15-9-2008
(BOE 11-10-2008)
Registro Mercantil de Madrid

ESTATUTOS. REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL EN SL.

En la SL no cabe establecer la representación proporcional en el consejo de administración en sus estrictos términos, pero sí es admisible la utilización del voto plural (arts. 53.3 y 4 LSRL y 184.2 RRM) que puede modalizar el principio puramente mayoritario. Por ello no es admisible una disposición estatutaria creando una clase de participaciones a las que se atribuye en su conjunto, cualquiera que sea, en cualquier momento, su número, valor nominal y capital social de la compañía, el derecho a elegir un miembro del órgano de administración cuando éste sea pluripersonal. Ello supondría una vinculación forzosa e indefinida entre los titulares de dicha clase de participaciones y alteraría el principio legal de adopción de acuerdos por mayoría en la Junta.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LA CAPACIDAD PROCESAL LEGÍTIMA Y EL MENOR, MAYOR DE CATORCE AÑOS EN ARAGÓN (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora contratada doctora
Derecho Civil UCM*

Sara, menor de edad (quince años) y vecindad civil aragonesa, presentó demanda de protección del derecho al honor y a la intimidad frente a su padre, Alejandro, solicitando la pertinente declaración de lesividad de tales derechos fundamentales y la condena del demandado a pagar a la demandante en concepto de indemnización por los daños y los perjuicios ocasionados a resultados del ataque al honor y a la intimidad de que fue objeto. Previamente había comparecido ante Notario para otorgar el pertinente poder general para pleitos en favor de Procurador y Abogado asistida por su madre, Leticia, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5.º de la Compilación de Derecho Foral de Aragón.

I. INTRODUCCIÓN

Debe distinguirse entre la *capacidad para ser parte* y la *capacidad procesal*.

La *capacidad para ser parte* se identifica con la personalidad jurídica, que atribuye la facultad de ser titular de derechos y obligaciones, y que surge con el nacimiento con las condiciones descritas en los artículos 29 y 30 del Código Civil.

La *capacidad procesal* se identifica con el pleno ejercicio de los derechos civiles que el artículo 322 del mismo Código reserva a los mayores de edad (2),

(1) STS de 30 de enero de 2008, recurso 776/2001. Ponente: SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio. Número de sentencia: 74/2008. Número de recurso: 776/2001. Jurisdicción: CIVIL. Diario *La Ley*, núm. 6.947, Sección: La sentencia del día, 16 de mayo de 2008, año XXIX, Editorial LA LEY. LA LEY 1131/2008.

(2) «El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código».

sin perjuicio de la mención especial que el artículo siguiente, el 323, hace respecto de los menores emancipados (3).

Cuando, ostentando la primera de dichas capacidades, no se ostente la segunda y por tanto, se carezca de capacidad para comparecer en juicio, actúan los mecanismos de representación o complemento de la capacidad establecidos en el artículo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya operativa, en modo alguno, implica una alteración de la relación procesal.

En el caso de los menores de edad, las normas comunes de aplicación son los artículos 166 y siguientes del Código Civil, conforme a los cuales corresponde su representación a quienes ejerzan la patria potestad de los mismos, en tanto que en el ámbito del Derecho Foral rige el artículo 5 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, según el cual: *«el menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con la asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres, el Tutor o de la Junta de Parientes. Los actos o contratos celebrados sin la debida asistencia serán anulables»*.

Es opinión común de los autores que entre aquellos actos se comprende la comparecencia en juicio con la debida asistencia; de todo lo cual se desprende que, dada su edad, quien encabezó la demanda como actora ostentaba la capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer en juicio con la debida asistencia, y, consiguientemente, era *ella quien ostentaba la cualidad de parte*, y asumía, como tal, la eventualidad de la condena en costas, como definitivamente se produjo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II. OSTENTACIÓN DE LA CAPACIDAD PROCESAL LEGÍTIMA

Los razonamientos que se recogen en la sentencia de la Audiencia Provincial, en punto a la capacidad procesal de los menores de edad, llevan al Tribunal *a quo* a considerar debidamente configurada la relación procesal, en su aspecto subjetivo, son, en efecto, enteramente correctos.

Los menores de edad tienen indiscutiblemente capacidad para ser parte en el proceso, en tanto que son titulares de derechos y obligaciones, por más que para ejercitarlos dentro del mismo deban hacerlo por medio de sus representantes o necesiten de la asistencia de terceras personas.

La distinción entre capacidad para ser parte, capacidad procesal y la condición de parte procesal legítima, se encuentra nítidamente recogida en los artículos 6, 7 y 10 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

La comparecencia en juicio se reserva a quienes se hallan en el pleno ejercicio de sus derechos civiles —art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y art. 7-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero—, lo que no cabe predicar de los menores de edad no emancipados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 315 y 322 del Código Civil, en relación con el artículo 12 de la Constitución.

(3) «El menor emancipado podrá, por sí sólo, comparecer en juicio».

III. LA EXCEPCIÓN DE LA COMPILACIÓN ARAGONESA

La regla mencionada encuentra su *excepción* fuera del Derecho Común, en el artículo 5.º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón —de aplicación indiscutida al caso examinado, dada la vecindad civil de la menor—, *que extiende la capacidad del menor, mayor de catorce años, para realizar válidamente cualquier acto o contrato con la asistencia de cualquiera de sus padres, tutores o de la Junta de Parientes.*

La menor de edad, mayor de catorce años, otorgó, con la asistencia de su madre, *poder notarial* para pleitos en favor de abogado y procurador, a fin de ejercitar judicialmente los derechos de los que era legítima titular.

La *eficacia material del acto de apoderamiento, así como del mandato subyacente, en cuanto a la capacidad del otorgante*, queda fuera de toda duda a la vista de lo dispuesto en el ya citado artículo 5.º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

En el *plano procesal, la comparecencia en juicio de la menor debe entenderse completada* —en línea con lo declarado, entre otras, en la sentencia de 1 de septiembre de 2006— *con la intervención de la madre de la menor*, habiéndose efectuado a través de la Procuradora designada por aquella con la asistencia de ésta, como representante legal de su hija, y así se hizo constar en la Propuesta de Providencia de 9 de febrero de 2000, y, sobre todo, en el Auto del Juzgado de 18 de marzo de 2000, en cuyo Hecho Segundo se deja constancia de la notificación a Leticia, en su condición de representante legal, a efectos procesales, de la menor, de la Providencia por la que se requería a la parte actora para que designara nuevo Abogado y Procurador, ante la renuncia presentada por los inicialmente designados, y en cuya parte dispositiva se insiste en la representación procesal que ostentaba la madre.

La *capacidad para ser parte*, por tanto, residía en la menor de edad, en cuanto persona física, titular, por ello, de derechos y obligaciones; *la comparecencia en juicio*, dada su minoría de edad, se hizo contando con la representación de su madre, en tanto que ostentaba la representación legal de la menor, quien, en definitiva, debía ser considerada como parte procesal legítima, al ser titular de la relación jurídica y haber comparecido en juicio como tal con la debida representación, anudándose a ella todas las consecuencias derivadas del proceso.

RESUMEN

MINORÍA DE EDAD

La menor, mayor de catorce años y vecindad civil aragonesa, debe ser considerada como parte procesal legítima, al ser titular de la relación jurídica y haber comparecido en juicio como tal con la debida representación legal de su madre, anudándose a ella todas las consecuencias derivadas del proceso, entre ellas, la condena en costas.

ABSTRACT

MINORITY

A minor more than fourteen years of age legally residing in Aragón must be regarded as a legitimate party to legal proceedings, as she is the person named in the legal relationship and she has appeared in court as such, duly represented by her mother. She must bear all consequences of the proceedings, including any costs awarded to her.

1.2. Familia

LAS FUNCIONES DEL PROGENITOR CUSTODIO Y EL DERECHO DE VISITAS DEL NO CUSTODIO (1)

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora contratada doctora

Derecho Civil UCM

I. INTRODUCCIÓN: DINAMISMO DEL DERECHO DE FAMILIA

Consecuencia de esta característica del Derecho de Familia y de la variabilidad constante de las situaciones, origina que deban resolverse atendiendo a la realidad del momento y siempre en función del interés de los hijos menores de edad.

Figura importante es la del Ministerio Fiscal, que aunque mantuvo la necesidad de otorgar la guarda a favor del padre, debido a que la niña había superado ya la fobia que padecía contra dicho progenitor y se encuentra acoplada al entorno paterno (2), postula que se fije de manera inmediata un régimen de visitas presencial madre-hija de carácter ordinario, con control y seguimiento por parte de los profesionales de Sant Joan de Déu y del SATAF, con la finalidad de llegar a conseguir, en un futuro, una *custodia compartida*, que, tal como resulta del informe emitido por el equipo de Psiquiatría Infantil de dicho Hospital, éste parece ser el deseo de Judith.

La sentencia de Instancia del supuesto que vamos a ver atribuyó la guarda y custodia de la menor Judith al padre, con suspensión del derecho de comunicación y visitas de la madre y de la familia materna con la menor por un período mínimo de seis meses, hasta tanto en ejecución de sentencia, previa acreditación del estado de la menor e informe de los profesionales designados, pueda restablecerse el contacto con la menor.

(1) Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, sentencia de 17 de abril de 2008, recurso 837/2007. Ponente: ANGLADA FORS, Enrique. Número de sentencia: 272/2008. Número de Recurso: 837/2007. Diario *La Ley*, núm. 6.960, Sección: La sentencia del día, 4 de junio de 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY. LA LEY 12853/2008.

(2) En la relación de hechos probados consta como antecedentes que:

A) La falta de contacto padre-hija, que se remonta prácticamente a la fecha de la separación fáctica, que tuvo lugar a mediados del año 2003 cuando Judith aún no había cumplido cinco años de edad, y el dato realmente significativo de que los distintos intentos para restablecer la comunicación y la relación del padre para con su hija resultaron, en todo momento, situación y lugar, infructuosos.

B) La inexistencia de prueba alguna que pudiese acreditar que el padre hubiere en alguna ocasión maltratado, física o psíquicamente ni a la menor, ni tampoco a su esposa y madre de ésta.

C) La realidad de que Judith, durante varios años, ha tenido fobia, animadversión o temor hacia su padre, a cuya conclusión han llegado todos los técnicos —especialistas en psicología y psiquiatría— que han tenido alguna participación en el proceso que aquí nos ocupa.

La Audiencia, en su primera sesión, practicó la prueba pericial-testifical de la psicóloga clínica y forense doña María Rosa S. C., que fue nombrada por la Juez *a quo*, para realizar el seguimiento y la terapia de la niña a los efectos de poder lograr una relación normalizada entre padre e hija, quien, en sus distintos informes efectuados a partir del mes de julio de 2007, ratificados en el acto de la vista, afirma rotundamente que Judith padece un Síndrome de Alienación Parental en grado severo, tal como diagnosticó en su momento el profesor A. y que cuando se celebró la vista, tres meses después de haber iniciado la terapia a Judith, viviendo la niña ya en casa de su padre, mostraba una clara mejoría y ya no presentaba ningún cuadro de ansiedad ni de fobia escolar, como acontecía con anterioridad, y llamaba «papa» al señor D. —esto es, a su padre biológico—, habiéndose integrado muy bien al nuevo colegio.

No obstante la psicóloga forense se mostró muy drástica con la posibilidad de que la madre no pudiera contactar y comunicarse con Judith, incluso transcurrido el período de seis meses de «desconexión» madre-hija fijado por la Juzgadora de Instancia en la sentencia impugnada, el propio Ministerio Público interesó la práctica de una nueva prueba pericial de la niña a realizar por el equipo multidisciplinar de Sant Joan de Déu, pioneros en el estudio de supuestos que afectan a menores de edad, a fin de que emitieran informe de diagnóstico sobre el trastorno emocional o afectivo que pudiese padecer la menor Judith D. L.

En su informe se destaca que «Judith no dispone de recursos psicoafectivos suficientes para afrontar lo que supone, a nivel emocional y relacional, tener los padres separados. En la relación no ha logrado la capacidad de triangular, es decir, ir más allá de una relación dual básica para poder investir afectivamente a terceros y adquirir la flexibilidad emocional para afrontar las pérdidas». «La conflictividad de larga duración entre los progenitores no ha permitido que estas dificultades pudieran resolverse y Judith ha desarrollado la evitación como mecanismo de defensa para protegerse de la ansiedad, pero al mismo tiempo este recurso le ha impedido afrontar el conflicto... Por algunas de las respuestas y actitudes observadas durante la evaluación, también es muy probable que haya estado superprotegida, lo cual ha incrementado la dependencia...» (3).

(3) Tales peritos precisaron que:

A) No han encontrado base, ni motivo alguno para la adopción de la postura de rechazo hacia su progenitor por ella adoptada, dado que no ha relatado vivencias de malestar derivadas de la actuación de su padre.

B) Tampoco han podido determinar que fuere la madre quien impidiese de forma voluntaria la relación de la hija con su padre biológico, sino que fue la niña la que, por mimetismo e identificación con las posiciones de su madre, decidió no querer ver a su padre, y como su madre se lo permitió, en vez de imponerse y convencerle para que se relacionara con su progenitor, Judith, dado que ella no tenía mecanismos suficientes para afrontar la separación de sus padres, fue adoptando cada vez más una actitud «evitativa».

C) Es fundamental que los hijos de padres separados sepan cuál es el rol que les corresponde a éstos, convirtiéndose ello en un reto para los hijos, lo cual no acontecía en el presente caso, en que la actual pareja de la madre era denominada por Judith como «papa Enric».

D) Tras estar la niña habitando desde hace ya unos meses en el domicilio de su padre —quien le marca límites y jerarquía, especialmente para que sea responsable con el tema de los estudios—, Judith ha verbalizado que no encuentra diferencia alguna

Con independencia de que en un primer momento hubiere habido o no una actitud manipuladora, impeditiva u obstaculizadora por parte de la madre para que la niña no tuviera relación alguna con su padre, ha quedado del todo punto demostrado:

A) Una falta de vinculación afectiva entre padre e hija constante matrimonio, dado que por aquel entonces dicho progenitor no se implicaba en el cuidado de la niña, habiendo incluso, por razones laborales, delegado en la madre de la menor todas las necesidades de la misma, lo que comportó que entre ambas se estableciera una especial vinculación y complicidad, convirtiéndose la hija en aliada incondicional de la madre, a quien, además, intentaba mimetizar.

B) Una actitud de la madre —y del entorno materno— poco colaboradora y complaciente con su hija para que la niña, tras la ruptura de la convivencia, no viera a su padre biológico. El padre solicitó el cambio de custodia de la menor, que se acordó por la Juzgadora de Instancia mediante auto de fecha 5 de diciembre de 2006, en el que se razonaba la necesidad del cambio del régimen de guarda y custodia, debido al incumplimiento reiterado por parte de la madre guardadora de las obligaciones derivadas del régimen de visitas a disfrutar por el progenitor no custodio.

C) Un comportamiento impulsivo y contrario a los intereses de la niña, llevado a término por la madre —y los abuelos maternos— de la misma, quien, en vez de cumplimentar de forma voluntaria lo acordado por la Juez en la indicada resolución, desapareció de su domicilio junto a la menor y la tuvo sin escolarizar durante los prácticamente seis meses que estuvieron en paradero desconocido.

D) Un cambio en los roles familiares, motivado por la conducta condescendiente e indulgente de la madre, en su condición de progenitor custodio, la cual, a fin de evitar posibles enfados con su hija, permitía que ésta tomara decisiones que no le correspondían por su edad, lo que, en definitiva, ha venido a crear un riesgo evolutivo y una confusión acerca de la situación psicoafectiva y relacional de la menor, y ello máxime cuando la niña llamaba al actual compañero sentimental de su madre, «papa Enric».

II. FUNCIONES DEL PROGENITOR CUSTODIO

Al respecto, la Sala quiere significar que, entre las varias funciones del progenitor custodio *se encuentra*:

- La de lograr, fomentar y potenciar la relación de los hijos con el otro progenitor, para que así éstos, con la triangulación absolutamente ne-

entre la vida de ambos progenitores, especificando seguidamente que «me gustaría poder estar tres días con uno y cuatro días con el otro», si bien los referidos psicóloga y psiquiatra reiteran y explican, en el acto de la vista de la apelación, que la niña aún presenta un funcionamiento dual en la relación con sus padres y que le falta asumir y adquirir la triangulación necesaria para lograr la estabilidad emocional que precisa, por lo que recomiendan la prosecución de una terapia psicológica con la menor.

E) Finalmente, se ha puesto de manifiesto que la medida adoptada por la Juzgadora de Instancia de impedir la comunicación absoluta, durante varios meses, con su madre, la consideran muy radical pero, también tienen que puntualizar, que en el supuesto que aquí nos ocupa, no ha resultado negativa en la práctica, dado que ha permitido abrir nuevos caminos y horizontes en una situación que había quedado estancada.

cesaria, puedan lograr un adecuado desarrollo psicológico de su personalidad.

- El hijo debe conocer e interiorizar las figuras que corresponden a sus padres biológicos, tanto la paterna, como la materna, las cuales no deben ser nunca sustituidas, ni suplantadas, por las de las nuevas parejas sentimentales de uno u otro, como, al parecer, ha acontecido en el caso examinado, pues, al permitir la madre de Judith, que dijera «papa» a su actual pareja, no ha hecho sino coadyuvar a mantener la confusión relacional de la hija, por lo que se refiere a un dato tan trascendente, como es, el saber, sin duda alguna, quién es realmente su padre biológico.

No puede olvidarse, ni ignorarse, que cada persona tiene un rol concreto dentro de la familia, el cual debe quedar fijado y establecido con absoluta claridad para la menor, quien debe asimilar que los respectivos compañeros sentimentales de sus progenitores, por bien que actúen correctamente y muestren cariño hacia ella, no son más que la nueva pareja de su padre o de su madre biológica y que estos últimos, tanto uno, como otra, nunca dejarán de ser, ni perderán la condición de progenitores.

III. OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA AL PADRE

Es principio legal establecido en el artículo 82 del Codi de Família, que para la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sometidos a patria potestad ha de estarse a lo que resulte más conveniente para ellos —*favor filii*—, al ser éste el interés más digno de protección; y en el supuesto enjuiciado se considera que se da cabal cumplimiento al principio indicado, atribuyendo la guarda y custodia de la hija de los litigantes, Judith, al padre, manteniendo el actual *statu quo*.

La niña acepta ya a ambos progenitores, se encuentra bastante estabilizada en este momento, aunque precise proseguir con la terapia para aprender a introducir en su vida la triangulación familiar y superar la dualidad relacional que había venido viviendo anteriormente cuando habitaba en casa de su madre.

Además la figura paterna le marca mucho más los límites a seguir e intenta responsabilizar a Judith en mayor medida, lo cual se estima más que suficiente para mantener la custodia de la niña a favor del padre, máxime cuando, de una parte, el cambio en su día realizado por la Juzgadora en el auto de medidas provisionales estaba justificado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 776.3. de la LEC, y, de otra, que un nuevo cambio de guarda en el momento actual podría resultar perjudicial para el desarrollo de la menor, quien precisa de tranquilidad y bienestar en esta concreta etapa de su vida, para llegar a conseguir, antes de entrar en la adolescencia, un pleno equilibrio psicoafectivo y emocional.

IV. PRESTACIÓN DE ALIMENTO DE LA MADRE A LA HIJA

Al atribuirse la guarda y custodia de la hija al padre, la medida relativa a la prestación alimenticia para aquélla a cargo de su madre se confirma en

casación, al tratarse de un deber de derecho natural dimanante de la procreación y que es de ineludible fijación y cumplimiento.

V. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE VISITAS A LA MADRE

El Tribunal, atendido todo el material probatorio obrante en las actuaciones, llega a la conclusión que no había justificación suficiente para adoptar una medida tan drástica como la acordada, esto es, la privación a la madre de que pudiera ver y mantener contacto alguno con su hija con cierta habitualidad, pues si bien es cierto que ha existido por parte de aquélla un actuar negligente, pasivo y permisivo para con los deseos de la niña, no lo es menos que se le ha «castigado» con una dureza inusual, incluso en todos aquellos casos en que se ha probado la existencia de SAP.

La doctrina jurisprudencial nunca ha acordado tantos meses seguidos de incomunicación de uno de los progenitores respecto de su/s hijo/a/os/as, lo cual conlleva a un aislamiento absoluto de la menor con aquél, que en el supuesto que ahora nos ocupa, lleva ya casi diez meses sin ver a su madre, y solo últimamente empieza a mantener un muy breve contacto telefónico semanal, que se estima del todo punto insuficiente, y ello máxime cuando, según los peritos judiciales de Sant Joan de Déu de constante referencia, «la niña sólo se emociona cuando habla de su madre, dado que teme no poderla ver».

El TS entiende que ya es el momento de empezar a normalizar las relaciones de la niña con sus progenitores, para que la menor pueda empezar a progresar y a madurar como persona, y acogiendo la petición formulada, con carácter subsidiario, por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista del recurso, para el caso de que se mantuviera la guarda y custodia de Judith con el padre, como así se efectúa por el Tribunal, se fija ya un régimen de visitas de la niña con su madre (4).

(4) Incluimos el régimen que determina el TS por su importancia:

«Estableciéndose como tal, el siguiente: fines de semana alternos, desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo, y mitad de los períodos vacacionales escolares de verano, Navidad y Semana Santa, con realización de terapia psicológica a la hija y orientación a sus progenitores, que deberá llevarse a cabo por el equipo multidisciplinar del Departament de Psiquiatria Infantil del Hospital de Sant Joan de Déu, la cual deberá iniciarse de forma inmediata y con seguimiento de las visitas por parte del SATAF, cuyos técnicos, tanto de uno como de otro equipo, deberán emitir respectivos informes trimestrales al Juzgado de Manresa de procedencia, cuya Juez, a la vista del resultado de la terapia y de los informes de seguimiento, podrá ampliar, tras el período vacacional estival, si lo estima beneficioso para la menor, el régimen de comunicación y contacto a favor de la madre, en trámite de ejecución de sentencia, en el bien entendido que, si no surge problema alguno, dado que Judith manifestó, ante el psiquiatra doctor G., y la psicóloga señora P. del equipo de Sant Joan de Déu, que no encuentra diferencia alguna entre permanecer con el padre o con la madre, así como expresó su voluntad de “estar tres días con un progenitor y cuatro días con el otro”, ha de tenderse, lógicamente, a la consecución, en un futuro más o menos inmediato, de una custodia compartida, que en la práctica sería lo deseable y redundaría, obviamente, en beneficio de la niña. El régimen de visitas fijado por la Sala se iniciará el fin de semana correspondiente a los días 26 y 27 de abril del año en curso».

VI. COLABORACIÓN DE LOS PROGENITORES EN EL MANTENIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS

El Tribunal estima que aunque en la actualidad exista una mejor disposición en los dos progenitores, debido a la situación de conflicto habida entre ellos durante un prolongado período de tiempo, considera preciso *exhortarles* para que:

- Colaboren y faciliten al máximo el cumplimiento del régimen de visitas establecido.
- Posibiliten el buen funcionamiento del mismo, actuando con la flexibilidad conveniente, necesaria y suficiente en beneficio de su propia hija, que precisamente se ha convertido en víctima de la desunión y litigiosidad de sus padres.
- Intenten resolver sus diferencias en interés de la misma y evitar hallarse inmersos en procesos judiciales, pues ello resulta totalmente contraproducente para la salud y el equilibrio mental de su hija, ya que lo único que consiguen, adoptando tal errónea actitud y proceder, es perturbar el sosiego y la tranquilidad anímica de la niña, la cual, como antes se ha indicado, precisa de concordia, armonía y consenso de sus progenitores para poder así alcanzar y conseguir, con la ayuda psicológica de los profesionales del Hospital de Sant Joan de Déu, un adecuado desarrollo integral.

RESUMEN

DIVORCIO. GUARDA Y CUSTODIA

Revocación de la suspensión del derecho de visitas de la madre y de la familia materna durante un período mínimo de seis meses, al no existir justificación para tan drástica medida. Aunque la madre ha observado una conducta negligente, pasiva y permisiva para con los deseos de la hija, sin embargo, se la ha castigado con una dureza inusual incluso en aquellos casos en que se ha acreditado la existencia de un síndrome de alienación parental.

ABSTRACT

DIVORCE. GUARDIANSHIP AND CUSTODY

Revocation of the suspension of the mother's and maternal family's visiting rights for a minimum six-month period, as there is no justification for such a drastic measure. Although the mother has been observed to engage in negligent, passive, permissive conduct in response to her daughter's wishes, she has, however, been punished with a harshness unusual even in those cases where parental alienation syndrome has been proved to exist.

1.3. Derechos reales

LA ESPECIAL NATURALEZA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. EL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

El artículo 90.b) del Código Civil establece que uno de los contenidos del Convenio Regulador, consecuente tras una ruptura matrimonial, debe ser la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges. Igualmente, cuando no exista acuerdo entre las partes, el artículo 96 del Código Civil determina que el juez atribuirá el uso de la vivienda familiar directamente al cónyuge que obtenga la custodia de los hijos del matrimonio, o si no hubiera hijos, se atribuirá al cónyuge más necesitado de protección.

Sea de forma convencional, o judicial, tras una ruptura de la convivencia matrimonial es necesario asignar la vivienda familiar —hasta entonces común— a uno de los dos cónyuges. El uso de la vivienda familiar implica, por una parte, la posibilidad de vivir, habitar, en dicha vivienda, que es necesario que sea aquella en la que se desarrollaba la vida en común con normalidad, sin que quepa entender como vivienda familiar cualquier otra que se hubiese adquirido por cualquiera de los cónyuges, sin ser el lugar donde los cónyuges cumplen con su obligación de vivir juntos (art. 68 del Código Civil).

Dentro de las características de este derecho podemos señalar las siguientes:

- Es un derecho que implica la facultad de goce de la vivienda familiar.
- Se establece en atención al interés de necesidad de protección de los hijos o cónyuge más necesitado; lo que le configura como un derecho muy especial.
- No tiene carácter indefinido, pues el límite del mismo será el fin de la custodia de los hijos, sea por su mayoría de edad o independencia económica; o el fin de la situación de protección del cónyuge beneficiario del mismo y, en última instancia, mientras viva.
- Es un derecho de configuración judicial, pues aunque se establezca por acuerdo de las partes, debe ser aprobado por el Juez (art. 90 del Código Civil).

A pesar de que este derecho implica la facultad de goce de la vivienda, no puede confundirse con un derecho real de usufructo, vitalicio y disponible, tal y como recoge la STS de 11 de diciembre de 1992, aunque la STS de 20 de mayo de 1993 estableció que sí se podía configurar con la duración y características propias del derecho de uso y habitación, aunque, siempre según el Tribunal, supone más bien, «un derecho de ocupación oponible a terceros».

Esto nos lleva a plantearnos, cuál es la naturaleza jurídica de este derecho de uso, si se trata de un derecho real, de uno personal, o cuáles son las características que realmente lo configuran.

II. NATURALEZA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

En primer lugar, lo que se puede afirmar es que se trata de un verdadero derecho subjetivo, que implica el habitar en una determinada vivienda, respondiendo a la idea básica de protección, o de procura de las necesidades básicas bien a los hijos, si los hubiera y mientras no fueran independientes, o bien al cónyuge «más necesitado de protección» (art. 96 del Código Civil). Por lo tanto, «necesidad de protección» y utilización de una vivienda concreta —la familiar— como ideas motrices de esta figura, que pueden inclinar la balanza hacia el carácter personal o real respectivamente del derecho de uso.

De esta forma, se puede distinguir dos grandes tesis, los que consideran que se trata de un derecho de naturaleza real, y los que niegan tal carácter. La jurisprudencia también ha oscilado entre ambas posturas, por lo que merece la pena que recojamos sus argumentos.

1. NO TIENE NATURALEZA REAL

Las ideas que refrendan esta postura son básicamente:

- Se trata de un derecho que se concede básicamente por una necesidad de proteger a las personas más necesitadas y concretas.
- Además, y como establece la STS de 29 de abril de 1994, puede concederse sin necesidad de ser propietario, cuando por ejemplo, la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges, lo que excluye su carácter real.
- Podíamos descartar su naturaleza real, ya que cuando el derecho de uso se establece sobre una vivienda de carácter ganancial, en la que ambos cónyuges son cotitulares, el propio derecho de uso se extinguiría por consolidación, y en estos casos, como ha reconocido la jurisprudencia, el derecho de uso no supone ninguna restricción a la facultad de disposición de la misma.

La jurisprudencia, si bien de manera oscilante como luego veremos, ha negado en distintas ocasiones el carácter de derecho real del derecho de uso, en este sentido, y al inicio de la evolución jurisprudencial, niega la eficacia real de tal derecho en la STS de 22 de septiembre de 1988, en la que admite el derecho a la división de la cosa común ejercitado por uno de los cónyuges cotitulares de la vivienda, aun cuando existe este derecho de uso, prevaleciendo el derecho a dividir sobre el derecho de uso de la vivienda familiar. Basa su resolución en el hecho de que considera que cuando la vivienda es copropiedad de ambos cónyuges, el derecho de uso a la misma no puede suponer ninguna limitación al dominio. En este sentido, encontramos también la STS de 22 de diciembre de 1992, si bien, matiza esta postura, admitiendo que, a pesar de ello, y en ejecución de sentencia, debe garantizarse el derecho al uso atribuido al cónyuge no titular. En una línea muy similar encontramos la STS de 14 de julio de 1994, que recoge esta misma postura, pues permite el ejercicio de la acción de división —por tanto también prevalece sobre el derecho al uso—, pero, no obstante, hay que mantener el derecho al uso «así reconocido en la tutela de la situación familiar, devenida tras la separación de los cónyuges».

Podemos resumir estas ideas diciendo que o es un derecho real absolutamente oponible, pues parece que prevalece la división de la cosa común, pero,

sin embargo, «debe mantenerse el derecho al uso»; como vemos el Tribunal Supremo es ambiguo a la hora de definir la eficacia de este derecho. No obstante, la sentencia STS de 29 de abril de 1994 da un paso más, y clarifica la situación puesto que niega expresamente la eficacia real del derecho al uso, ya que señala que «el derecho de uso no tiene en sí mismo considerado naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges».

No obstante, sí podemos decir que esta sentencia tan clara en cuanto a que rechaza la naturaleza real de este derecho, es más bien aislada, pues en las demás, siempre se deja traslucir la admisión de una «cierta eficacia real», o por lo menos la necesidad de mantener y respetar el derecho al uso de la vivienda.

2. DERECHO REAL

La naturaleza de derecho real del derecho a la vivienda ha sido probablemente más aceptada, o si no tanto como un verdadero derecho real, sí, al menos, como un derecho con eficacia real.

Parte de la doctrina se inclina más por su carácter real (1), en un mayor o menor grado, desde LACRUZ BERDEJO (2), que considera que se trata de un verdadero derecho de uso o de habitación temporal, al igual que afirma la STS de 20 de mayo de 1993, hasta posturas mucho más templadas, o eclécticas, pero que se inclinan hacia el carácter real de este derecho, como puede ser CERVILLA GARZÓN (3).

Los argumentos que defienden su naturaleza real son:

- Recae sobre una cosa determinada.
- Implica un poder directo e inmediato sobre la misma (ese uso).
- Además puede ser oponible *erga omnes*, pues recae directamente sobre el inmueble y afecta a cualquiera que sea su propietario (STS de 11 de diciembre de 2002); y con eficacia total, absoluta (STS de 18 de octubre de 1994). Característica propia de los derechos reales.
- Eso sí, entre los autores que defienden el carácter real del derecho, tal y como afirma CERVILLA GARZÓN (4), parten de la premisa de que el uso inicial de los cónyuges tuviera su fundamento en un derecho real (vgr., propiedad, usufructo, etc.); pues este derecho no puede atribuir un derecho mayor de aquél del que procede (STS de 31 de diciembre de 2004).

La jurisprudencia niega que se trate de un derecho real típico de usufructo (STS de 4 de abril de 1997), y aunque a veces lo configura con los requisitos del derecho de uso y habitación, «como un derecho real limitado en cuanto a su

(1) En este sentido, se inclinan a la naturaleza real del derecho los siguientes autores: RODRÍGUEZ OTERO, JUANES PECES, O'CALLAGHAM MUÑOZ, ISAAC AGUILAR, MÉNDEZ PÉREZ o RAMS ALBESA.

(2) Véase LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, IV, Ed. Bosch, 1997.

(3) Véase CERVILLA GARZÓN, M. D., *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 41-44.

(4) CERVILLA GARZÓN, M. D., «La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular», *ob. cit.*, pág. 41.

contenido y duración» (STS de 20 de mayo de 1993), la mayoría de las veces no es tan contundente, y se limita a afirmar, olvidándose de cuál sea su verdadera naturaleza, que se trata de un derecho oponible y con eficacia *erga omnes*.

Una de las sentencias más claras en este sentido es la STS de 18 de octubre de 1994, que denomina a este derecho como un «derecho real familiar de eficacia total afectado de la temporalidad a que se refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil» y por tanto oponible a terceros. Antes de esta sentencia, la STS de 11 de diciembre de 1992, afirmaba que «nos encontramos ante un derecho oponible a terceros y que como tal debe tener acceso al Registro», aunque lo califica como «una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares», de naturaleza *sui generis*. Repite esta doctrina la STS de 11 de diciembre de 2002, que lo acerca a un derecho de carácter real, pues entiende que es una carga impuesta sobre el inmueble y que afecta cualquiera que sea su propietario, por tanto, con oponibilidad *erga omnes*, característica típica de los derechos reales, aunque no lo califica, tampoco, como tal.

Si bien, esta oponibilidad *erga omnes*, tal y como dice SALAZART BORT (5), recogiendo doctrina del propio Tribunal Supremo, hay que matizarla, pues «la atribución del uso de la vivienda familiar es, desde luego, oponible a terceros; pero ello se encuentra supeditado a que la titularidad de dichos terceros traiga causa de un acto de disposición llevado a cabo por el cónyuge no usuario con posterioridad a la decisión judicial, y sin que el cónyuge atributario de la vivienda haya prestado su consentimiento a dicho negocio».

Es decir, el Tribunal Supremo no se decanta por la naturaleza real del derecho, no lo califica claramente como tal, pero sí le dota de características típicas y propias de un derecho de esa clase, pues lo hace oponible *erga omnes*; sin embargo, prefiere pasar de puntillas por su verdadera naturaleza, clasificándolo fuera del cliché real/personal, como un derecho de naturaleza familiar, como a continuación exponemos.

3. CONCLUSIÓN

Como acabamos de decir, a pesar de tener eficacia típica de los derechos reales, la jurisprudencia clasifica al derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges como «derecho familiar». En este sentido, la STS de 4 de abril de 1997 resume perfectamente la doctrina jurisprudencial al respecto y lo describe de la siguiente forma: «un derecho de ocupación, que es oponible frente a terceros (sentencia de 11 de diciembre de 1992), sin que sea unánime (ni tiene por qué serlo, ni tiene trascendencia práctica) la opinión de si es derecho real; «derecho familiar», dice la sentencia de 18 de octubre de 1994; «no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real», dice la de 29 de abril de 1994. En todo caso, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso: sentencias de 22 de diciembre de 1992, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995 y, en último término a la familia: «la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso...», dice la sentencia de 31 de diciembre de 1994».

(5) Véase SALAZAR BORT, S., *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 177.

En el mismo sentido, la RDGRN de 20 de febrero de 2004 afirma que «el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, ya que la clasificación entre los derechos reales y de crédito es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar, para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. art. 96, último párrafo, del Código Civil)». Corroboran esta doctrina las RRDGRN de 3 de junio de 2006, 6 de julio de 2007, 5 de junio de 2008 y 27 de agosto de 2008.

Por lo tanto, parece que nos encontramos ante un derecho de naturaleza peculiar, «familiar», en el que el interés de protección a los hijos o cónyuge más desfavorecido es esencial a su naturaleza, y por tanto delimita su contenido y características; en este sentido, la STS de 31 de diciembre de 1994 afirma que: «siempre ha de tenerse presente que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y si sólo proteger el que la familia ya tenía».

Pero este carácter no puede hacernos olvidar que se trata de un derecho oponible *erga omnes*, cuando el que dispone de la vivienda es el otro cónyuge no favorecido por el uso; y que, en consecuencia, debe ser conocido por todos, y es por tanto, inscribible en el Registro de la Propiedad, todo lo cual me inclina a mí a situarlo más cerca de un derecho real que otro de distinta naturaleza.

III. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. FUNDAMENTO DE SU INSCRIPCIÓN

Que este derecho es inscribible en el Registro de la Propiedad no deja lugar a dudas, pues así lo ha confirmado la jurisprudencia en múltiples ocasiones (6) y se ha llevado a cabo en la práctica.

El fundamento de su inscripción en el Registro debe ser el dotar a este derecho, de naturaleza controvertida, de oponibilidad frente a terceros; es decir, que todos puedan conocerlo y respetarlo, ya que, como afirma la RDGRN de 25 de octubre de 1999, «constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (cfr. art. 90 del Código Civil) que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro, ya que de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 LH, que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido» (7).

Por lo tanto, debe inscribirse para dotarle de publicidad, al constituir una limitación o restricción a la facultad de disposición del dueño, que, en ningún caso, puede disponer del inmueble sin consentimiento del cónyuge beneficiario del derecho de uso, o autorización judicial, en su caso. Si un tercero adquirente desconoce que existe ese derecho de uso, que no está inscrito, alegan-

(6) STS de 11 de diciembre de 1992, RRDGRN de 25 de octubre de 1999, 19 de septiembre de 2007, 5 de junio de 2008 y 27 de agosto de 2008, entre otras.

(7) En el mismo sentido, véanse las RRDGRN de 19 de septiembre de 2007, 5 de junio de 2008 y 27 de agosto de 2008.

do la protección registral, podría instar el desalojo de la vivienda; luego, es necesario, para hacerlo oponible, que se inscriba en el Registro.

¿Cómo se inscribe este derecho?

2. REQUISITOS DE LA INSCRIPCIÓN

A) Los requisitos sustantivos necesarios para la inscripción de este derecho, son recogidos por la RDGRN de 19 de septiembre de 2007, que los concreta en los siguientes:

- «Reconocimiento judicial del derecho de uso en un proceso de crisis matrimonial (arts. 90 y 91 del Código Civil).
- Atribución del mismo al cónyuge no propietario de la vivienda (si se atribuyera al que ya es dueño, la inscripción del uso sería innecesaria —cfr. RDGRN de 6 de julio de 2007—).
- Inscripción registral de la vivienda a favor del otro cónyuge (si lo estuviera a favor de tercero el uso no sería inscribible, pues las resultas del proceso de separación o divorcio sólo pueden alcanzar a los cónyuges, no a terceros; cfr. STS de 26 de diciembre de 2005 y RRDGRN de 28 de noviembre de 2002 y 28 de mayo de 2005).»

B) En cuanto a los requisitos formales de inscripción en el Registro del derecho de uso a la vivienda familiar:

- El documento público necesario para su inscripción será la sentencia de nulidad, separación o divorcio por la que se aprueba el convenio regulador, o en su defecto, en la que se establezca directamente la atribución de este derecho conforme al artículo 96 del Código Civil.
- La forma de inscribir este derecho puede ser, en primer lugar y tal y como afirma MONTERO AROCA (8), a través de una anotación preventiva que recoja la medida cautelar, adoptada conforme al artículo 103.2 del Código Civil (9) —por tanto, anotación de medida cautelar, y no como derecho definitivo—. Una vez consolidado este derecho y atribuido por sentencia judicial, desde luego, puede llegar al Registro a través de una nota marginal, que recoja las limitaciones que afectan a la facultad de disposición del titular (art. 96. 2 RH) (10).
- Igualmente, la inscripción de este derecho implica el cumplimiento del principio de tracto sucesivo, lo que impide, como ya hemos dicho antes, la inscripción del mismo cuando el titular de la vivienda sea persona que no fue parte en el procedimiento judicial en el que se cons-

(8) Véase MONTERO AROCA, J., *El uso de la vivienda familiar en los procesos matrimoniales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 256-261.

(9) Artículo 103.2 del Código Civil: «Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

2.^a Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar...».

(10) Artículo 96.2 RH: «Las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal».

tituyó (RDGRN de 17 de diciembre de 2002, 18 de diciembre de 2003 y 19 de septiembre de 2007).

- A pesar de que no es un verdadero derecho real, por lo que «respecto a tal derecho de uso no es exigible la precisión que los preceptos hipotecarios exigen a la inscripción de los derechos reales» (RDGRN de 5 de junio de 2008), su posibilidad de inscripción lo somete, aunque de manera más suave y en cierto modo, también, al principio de especialidad registral, y por eso, entendemos que debe definirse con claridad:

- a) La naturaleza y extensión del derecho que se inscribe conforme al artículo 51.5.^a y 6.^a RH, aunque esta precisión basta con que quede clara en la resolución que lo autoriza, sin exigir que se «denomine» o «califique» exactamente el derecho (RDGRN de 5 de junio de 2008, y 20 de febrero de 2004).
- b) Aunque no es necesario señalar el plazo exacto de duración de este derecho, por no ser propiamente un derecho real, siempre tiene un plazo máximo: el de la vida del cónyuge a quien se atribuye (RDGRN de 20 de febrero de 2004), por lo que siempre cumplirá este requisito formal.
- c) Es necesario que se especifique el nombre de los hijos favorecidos por el uso, sin que baste una referencia genérica a los mismos. Esto es así, precisamente por su naturaleza de derecho familiar en el que predomina o priva esa necesidad de protección de los hijos hasta que sean independientes económicamente. Sin embargo, la RDGRN de 27 de agosto de 2008, dice que «no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos, que son beneficiarios, pero no titulares del derecho». Esta resolución, sorprendentemente, cambia el criterio mantenido hasta ahora, pues disocia claramente entre el interés protegido por el derecho —el interés familiar y facilitar la convivencia entre los hijos y el cónyuge que tiene su custodia—, y la titularidad del mismo que se otorga únicamente al cónyuge bajo cuya custodia quedan, ya que basta con sólo su consentimiento para remover la limitación a la disposición de la vivienda. Por lo tanto, entiende esta resolución, que no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos, «que son beneficiarios pero no titulares», y afirma que basta que el cónyuge beneficiario del uso dé su consentimiento, para que pueda disponerse, enajenarse, la vivienda por el otro cónyuge titular de la misma. Esta resolución, merece *a priori*, cierto rechazo o al menos estupor, pues como ella misma dice, el interés protegido es el interés familiar, y no podemos entender que por un acuerdo de los cónyuges, pueda privarse a los hijos de su vivienda, que son los verdaderamente protegidos, sin ni siquiera un control judicial de dicha enajenación, o al menos registral, como mínima protección, lo que se conseguiría en parte al estar el derecho atribuido a los hijos concretos, lo que impediría la disposición, sin más, por parte de ambos cónyuges. No puede olvidarse el fundamento y el interés protegido que marca especialmente este derecho.

En conclusión, se trata de un derecho muy especial, que aunque externamente se nos asemeja más a un derecho de carácter real, por su oponibilidad e inscripción registral, su naturaleza queda absolutamente modalizada por las

ideas básicas del interés protegido, que no es otro que el de los hijos a vivir en la vivienda familiar en compañía del otro cónyuge.

RESUMEN

DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

El derecho de uso de la vivienda familiar asignado tras un divorcio a uno de los cónyuges, tiene unas características especiales que hacen necesario detenerse en el estudio de su verdadera naturaleza, discutida por la doctrina y jurisprudencia, en el sentido de si es un derecho real o personal; o, si por el contrario, carece de carácter patrimonial, siendo un derecho meramente familiar. Por otra parte, se ha pretendido analizar si puede o no inscribirse en el Registro de la Propiedad, y en su caso, en qué condiciones y cómo debe llevarse a cabo esa inscripción, y la eficacia que la misma tiene.

ABSTRACT

RIGHT TO USE THE FAMILY HOME

There are some special characteristics pertaining to a spouse's court-assigned right to use the family home after divorce, so a close, careful look needs to be taken at the true nature of the right. Doctrine and case law argue whether it is a real or personal right or, on the contrary, not a property right at all, but merely a family right. This article endeavours to analyse whether such a right can be entered in the property registration system and, if so, under what conditions and how, and what efficacy registration would have in that case.

1.4. Sucesiones

LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA. CRITERIO RESTRICTIVO EN CUANTO A LA ADMISIÓN DE LAS PRETENSIONES DE INVALIDEZ DE LAS PARTICIONES

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora titular de Derecho Civil UNED

1. PLANTEAMIENTO

La partición pone fin al proceso por el cual los llamados a una herencia adquieren los bienes hereditarios, haciendo que finalice la comunidad hereditaria al proceder a la adjudicación de los bienes.

Existen distintos tipos de partición en función de la persona o personas que la realizan. En este pequeño estudio trataremos de la partición realizada por los propios coherederos o partición convencional.

Asimismo se tratará la postura jurisprudencial que aboga por un criterio restrictivo de admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones.

2. LA PARTICIÓN CONVENCIONAL

El artículo 1.058 del Código Civil permite a los coherederos distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente, siempre que el testador no hubiese hecho la partición ni encomendado a otro esa facultad.

Se exige la unanimidad en la partición y así lo ha manifestado el Supremo en diversas sentencias (3 de julio de 1962, 7 de diciembre de 1970, entre otras) precisamente para que queden salvaguardados los derechos de cada uno de los coherederos, ya que si alguno considera que resulta perjudicado puede solicitar la partición judicial.

La fuerza de obligar de la partición convencional radica, precisamente, en el acuerdo entre los coherederos (STS de 21 de enero de 1907), cabiendo la posibilidad de que se aparten de lo dispuesto en el testamento, e incluso, de las normas imperativas relativas a las legítimas y reservas (STS de 21 de octubre de 1958).

3. NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA PARTICIÓN HECHA POR LOS HEREDEROS

La partición realizada por los herederos tiene una naturaleza contractual.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de noviembre de 1934, declaró que tiene naturaleza de *verdadero contrato* y no pierde este carácter por la simple aprobación judicial, ni aun cuando esa aprobación tenga lugar dentro del juicio de testamentaría.

La sentencia de 25 de febrero de 1966 dice que la partición tiene carácter de contrato, en el cual, por virtud del artículo 1.255 del Código Civil, pueden establecer válidamente quienes la otorgan cuantos pactos, cesiones o transacciones tengan por conveniente para la valoración, liquidación y distribución del caudal hereditario, siempre que exista acuerdo mutuo, creándose una situación jurídica de plena y absoluta eficacia para todos los otorgantes de la unánime conformidad, pues si bien deben sujetarse a lo ordenado en el testamento por ser la fuente de sus derechos, pueden, sin embargo, de común acuerdo, prescindir de sus disposiciones en defecto de personas que puedan válidamente atacarla.

La naturaleza contractual es proclamada, también, en la sentencia del Supremo de 18 de febrero de 1987, siendo de aplicación el artículo 1.261 del Código Civil en cuanto a los requisitos de existencia y validez que debe tener.

4. PRESUPUESTO DE LA PARTICIÓN CONVENCIONAL

La partición puede hacerse por los herederos, siempre que el testador no haya hecho la partición ni encomendado a otra persona esa facultad, según el artículo 1.058 del Código Civil.

Siguiendo a VALLET DE GOYTISOLO (1), el testador puede designar contadores-partidores con carácter supletorio, sin ánimo de excluir a los herederos, en cuyo caso no se impide llevar a efecto la partición convencional. No es siempre

(1) Comentario al artículo 1.058 del Código Civil, págs. 352-353, de *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Madrid, Edersa, 1989.

sencilla la solución cuando hay contador-partidor designado por el testador frente al acuerdo unánime de los herederos. Sostiene este autor que los herederos pueden prescindir de la intervención de los contadores-partidores, siempre que sean los únicos interesados en la herencia. Es lógica esta solución que permite a los coherederos adoptar decisiones, si bien no deben afectar a terceras personas a las que no se les ha consultado.

5. VALIDEZ DE LOS PACTOS HECHOS POR LOS COHEREDEROS

Los pactos entre los coherederos son los que dan fuerza a la partición convencional. La sentencia del Supremo, de 19 de noviembre de 1927, confirmaba la validez de la partición realizada de mutuo acuerdo entre los albaceas designados por el testador, los herederos y demás interesados, tanto en el derecho de usufructo como en la nuda propiedad, sin que resultaran perjudicadas las legítimas ni se hiciese agravio a la voluntad del testador, por eso, el alto Tribunal dice que, una vez protocolizadas las operaciones particionales en escritura pública, no pueden anularse ni rescindirse, si bien reconoce el derecho de pedir la subsanación de algún error u omisión que hubiera podido producirse.

En el mismo sentido, la reciente sentencia de 12 de junio de 2008 del Tribunal Supremo proclama la *necesidad de respetar el criterio de nuestro ordenamiento jurídico que resulta restrictivo en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidez de las particiones, tanto contractuales como las judiciales* (2). En el caso recogido en esta sentencia en el que el testador había nombrado herederos universales a sus hijos, les había instituido en sendos legados y dejado un usufructo vitalicio a su viuda sobre unas participaciones sociales. Había nombrado albacea, contador-partidor y comisario tasador a su esposa. Otorgaron escritura de aceptación de la herencia, así como adjudicación de bienes de la misma, más allá de los dejados en legado por el testador. A pesar de lo anterior, una de las hijas consideró que no se había hecho correctamente la partición. La madre se allanó a la partición, pero el otro hijo contestó oponiéndose a la demanda presentada por su hermana por entender que *la partición instrumentada en un acuerdo entre los llamados a la herencia, tiene naturaleza puramente contractual, que no se encuentra viciada ni de nulidad ni de anulabilidad, añadiendo que con la demanda la actora va contra sus propios actos*.

La doctrina del Supremo se muestra favorable a la conservación de los actos particionales, de modo que una vez realizada la partición se trate de evitar la revisión de la misma, considerando preferible subsanar las deficiencias a considerar que la misma es nula en su totalidad, principio de conservación de la partición (*favor partitionis*), pues como decía la sentencia de 3 de diciembre de 1907 del Supremo: *practicadas una liquidación y partición de bienes hereditarios con intervención de todos los interesados, sin oponer reparo alguno, y elevada por los mismos a escritura pública, no pueden las operaciones divisorias ser impugnadas eficazmente por uno de los coherederos por motivos que fueran conocidos al prestar su aprobación, ni reformarse sus disposiciones*.

La sentencia de 25 de febrero de 1969 (3) dice que *se ha de procurar evitar la nulidad de las particiones practicadas, fundado en que la división de los bienes*

(2) Sigue la línea de la STS de 31 de octubre de 1996.

(3) Sigue la línea de las anteriores sentencias del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1920, 17 de abril de 1933 y 17 de abril de 1943.

que la herencia comprende es incompatible con la función individual asignada a la propiedad, y dicha indivisión, en cuanto representa provisionalidad, está en oposición con uno de los principales efectos que reviste la partición, cual es que cada uno de los partícipes obtenga el carácter de propietario de los bienes que integran el lote que le pertenece, lo que no es obstáculo para enmendar los defectos que se observen y rectificar lo que deba hacerse...

La sentencia del Supremo, de 15 de junio de 1982, dice que no debe admitirse la invalidez, *sino cuando no haya más remedio, para evitar la vuelta de los bienes a la indivisión y los gastos, molestias e inconvenientes que acarrearía una nueva partición.*

6. OBJETO DE LA PARTICIÓN: COSA DETERMINADA NO ES SINÓNIMO DE COSA INDIVIDUALMENTE CONCRETADA

La sentencia de 12 de junio de 2008, del Tribunal Supremo, al tratar de la nulidad de la partición por falta de objeto no la admite, ya que al tratarse de una partición convencional es de aplicación el artículo 1.261 del Código Civil, es decir, que tenga «objeto cierto que sea materia del contrato», exigencia que se cumple siempre que sea determinable, como establece el artículo 1.273 del Código Civil. Pues, como dice la sentencia del Supremo, de 8 de marzo de 2002: *La determinabilidad equivale a la posibilidad de reputar como cierto el objeto del contrato, siempre que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el mismo; es claro que la determinación no puede dejarse ni al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256), ni a un nuevo acuerdo entre ellos. Y es que cosa determinada no es cosa individualmente concretada, sino que al requisito de determinación del artículo 1.445 del Código Civil, ha de ser entendido en el sentido del artículo 1.273 del mismo, cuya exégesis más autorizada distingue entre una determinación inicial que se produce en el momento de perfeccionarse el contrato y la determinación posterior producida por las partes en el propio contrato, siendo suficiente, a los efectos del artículo 1.273 y, por tanto, del 1.495 del Código Civil, que a la hora de la perfección del convenio estén presentes unas previsiones tales que permitan la determinación definitiva sin necesidad de nuevos acuerdos.*

La omisión de objetos o valores, ya sea en el inventario o en la partición, no da lugar a que se rescinda la partición por lesión sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos (art. 1.079 del Código Civil). El artículo 1.079, según el Supremo (4), comprende no sólo el supuesto de omisión de cosas en el inventario o en la partición, sino también a los efectos de valoración, siempre que la lesión o perjuicio no llegue a la cuarta parte.

CONCLUSIÓN

La partición convencional se basa en el acuerdo de los coherederos que pueden apartarse de lo dispuesto en el testamento, e incluso, de las normas imperativas relativas a las legítimas y reservas, siempre que no afecten los derechos de terceras personas.

(4) STS de 27 de junio de 1995.

La partición convencional tiene carácter contractual, por lo que serán de aplicación las normas de los contratos en todo aquello que no tenga una regulación específica en materia de sucesiones. Al objeto de la partición deberán aplicársele, por tanto, las normas que rigen los contratos, de modo que ha de entenderse que la cosa determinada no es sinónimo de cosa individualmente concretada, sino que basta con que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo acuerdo entre los coherederos.

Por último, señalar que la jurisprudencia se muestra siempre partidaria de aplicar el principio de conservación de la partición, en la medida de lo posible, respetando el criterio restrictivo de nuestro ordenamiento jurídico a la hora de admitir pretensiones de invalidez de las particiones.

RESUMEN

SUCESIÓN HEREDITARIA: PARTICIÓN

Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la partición de la herencia. La jurisprudencia remarca la necesidad de respetar el criterio restrictivo de nuestro ordenamiento jurídico a la hora de admitir pretensiones de invalidez de las particiones. En la partición convencional existe objeto cuando hay cosa determinada, aunque no esté individualmente concretada.

ABSTRACT

HEREDITARY SUCCESSION: PARTICION

Critical analysis of Supreme Court case law on the partition of estates. Case law emphasizes the need to respect the restrictive criterion of Spanish law when accepting allegations of partition invalidity. In conventional partition, there is an object when there is a thing at issue, even if the thing is not individually specified.

1.5. Obligaciones y Contratos

EXISTIENDO CONTRATO, NO PUEDE ACUDIRSE POR LAS PARTES A BASAR SUS OBLIGACIONES EN LA LEY

por

ISABEL MORATILLA GALÁN
Licenciada en Derecho

La principal fuente de las obligaciones y al mismo tiempo una de las instituciones fundamentales del Derecho Civil es el contrato. Nuestro Código Civil no da un concepto de contrato, pero de sus preceptos se deduce la idea que del mismo tiene.

El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de una u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio. La doctrina deduce de esta norma que el contrato es un negocio jurídico bilateral, si bien no se identifica con los negocios jurídicos bilaterales. Dentro de esta clase de

negocios se caracteriza porque el acuerdo de voluntades en su origen dimana de partes con intereses opuestos, o al menos distintos, dándose siempre una oposición o disparidad de intereses cuya satisfacción se pretende con el consentimiento contractual y la finalidad respectivamente pretendida por los interesados.

El Código Civil considera al contrato como fuente de las obligaciones. La función del contrato como fuente de obligaciones y la de la ley, en combinación con la voluntad de las partes, se refleja en la STS de 11 de marzo de 1966, según la cual, existiendo contrato, no puede acudirse por las partes a basar sus obligaciones en la ley, tal como decíamos al dar título a nuestro estudio. Y es que la imperatividad del contrato resulta impuesta por el ordenamiento jurídico. El contrato crea normas particulares para regular las relaciones obligatorias entre los contratantes; sin embargo, lo acordado puede imponerse coactivamente a los contratantes, si éstos voluntariamente no se someten a ello, por lo tanto, no se afirma que el contrato sea una ley, pero sí que las obligaciones nacidas del mismo obligan como las que la ley impone.

La fuerza obligatoria del contrato (1) deriva de la voluntad concurrente de las partes inspirada en el principio *pacta sunt servanda*, en aras del valor y eficacia de lo libremente pactado, en servicio de la seguridad jurídica, de público interés para el mantenimiento del orden social, y también del orden privado, que se basa en la eficacia de las relaciones que ligan a los ciudadanos. La fuerza obligatoria del contrato en comparación con la obligatoriedad de las leyes es corroborada, desde un punto de vista negativo, en el artículo 1.260 del Código Civil; y, sobre todo, en el artículo 1.256 del mismo cuerpo legal, al no dejar la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno sólo de los contratantes (2). En caso de litigio son los Tribunales de instancia los que determinan el alcance de la obligatoriedad de los contratos, tanto de lo expresamente pactado como de las consecuencias de lo convenido que han de deducirse conforme a la buena fe, al uso y a la ley, ya que también a estas consecuencias se extiende aquella obligatoriedad, tal y como dispone la STS de 20 de octubre de 1969.

El artículo 1.091 del Código Civil trata de determinar cuándo el contrato y la totalidad de su contenido es vinculante para los que en él intervienen. Así, disposiciones posteriores al Código Civil han establecido algunas normas al respecto, como la interpretación de las condiciones generales negociales, según la Ley General de Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984, y la de las Condiciones Generales de los Contratos, de 13 de abril de 1998, con la derogación de algunas de sus normas decretada por Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Disposición Derogatoria única, 2.15.º).

Principio fundamental es la observancia de la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones y contraprestaciones, lo que, entre otros supuestos, excluye las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario. En este orden de cosas, el artículo 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios citada, introducido por la Ley de Condiciones Generales de los Contratos de 1998, declara la nulidad

(1) Así lo manifiestan, entre otras, las SSTs de 2 de noviembre de 1965, 9 de octubre de 1971 y 26 de enero de 1981.

(2) En este sentido declara la STS de 16 de diciembre de 1963, que se refiere a la validez y al cumplimiento esencial del contrato y no menos a meros accidentes del mismo que sí pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. También la Disposición Adicional 1.^a de esta última ley enumera exhaustivamente las cláusulas abusivas, haciendo hincapié en que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. La vinculación contractual en la última ley mencionada se reduce a los contratos civiles. No obstante, respecto a la interpretación, cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para el contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares, de tal forma que las dudas se resolverán a favor del adherente.

En este orden de cosas, una manifestación de especialidad moderna en el ámbito de la vinculación contractual de Derecho Privado es la que regula la Ley de 21 de noviembre de 1991, sobre Protección de los Consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles. Esta Ley trata de llenar un vacío en la contratación privada disipando las dudas existentes en torno a la vinculación contractual entre las partes. A través de la referencia a esta Ley se ve que la misma es creadora de obligaciones propiamente legales, pero sin olvidar que la voluntad de las partes es la que da origen al contrato, hay libertad de conclusión del contrato, pero sus efectos se regulan coactivamente en gran parte por la ley. El ámbito de aplicación de esta ley es, sin desdecir la norma del precepto que estudiamos, el artículo 1.091 del Código Civil, principalmente el contrato de compraventa de bienes muebles celebrado sin reflexión previa por parte del consumidor.

Una particularidad importante a lo que acabamos de exponer y que da a estos contratos un carácter formal es que el contrato o la oferta contractual deberá formalizarse por escrito en doble ejemplar, acompañarse de un documento de revocación e ir fechados y firmados de puño y letra del consumidor, y para confirmar el retraso en el comienzo de la obligatoriedad de lo pactado se exige que el documento contractual haya de contener, en caracteres destacados e inmediatamente encima de lugar reservado para la firma del consumidor, una referencia clara y precisa del derecho de éste a revocar el consentimiento otorgado y a los requisitos y consecuencias de su ejercicio. La novedad de unir al contrato escrito un documento denominado de revocación que se entregará al comprador revela un gesto de protección de la parte que se presume económicamente más débil para liberarla de una inadecuada vinculación obligacional, si bien en la práctica puede resultar disuasoria de contratar para el vendedor. Este formalismo exigido no sólo afecta a la perfección del contrato, sino además a la oferta contractual y a los efectos del contrato, que pueden verse invalidados por el juego que se regula de la revocación por parte de comprador y la infracción de estas normas coactivas confiere al consumidor la facultad de anular el contrato, facultad de la que carece el vendedor a menos de que existe incumplimiento exclusivo por parte del consumidor, teniendo éste derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en la cosa, pero se prevé como norma especial el supuesto de imposibilidad de devolver la prestación por parte del consumidor.

Del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley de 1991 responderán solidariamente el empresario, por cuya cuenta se actúa, y el mandatario,

comisionista o agente que haya actuado en nombre propio. También se declara la irrenunciabilidad de los derechos conferidos al consumidor, no obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el consumidor. Como en supuestos análogos en que existe una parte contractual que se presume más necesitada de protección, esta norma declara la irrenunciabilidad de las normas más beneficiosas para el consumidor.

La fuerza obligatoria del contrato deriva de la voluntad concurrente de las partes, se basa en la eficacia de las relaciones que ligan a los ciudadanos, tal como manifiesta la STS de 9 de octubre de 1981.

El artículo 1.091 del Código Civil contiene una norma sancionadora del principio de autonomía de la voluntad y respeto y obediencia a los pactos, así lo mantiene la STS de 9 de julio de 1986. Los contratos han de cumplirse a tenor de los mismos, siendo únicamente válida la renuncia si no perjudica a terceros, como dispone la STS de 5 de octubre de 1986.

La voluntad contractual constituye la ley particular de los contratantes, pero nunca dicha voluntad puede configurar un negocio jurídico al margen de la ley general, en este sentido se pronuncia la STS de 29 de septiembre de 1996. El incumplimiento, para que produzca efectos resolutorios, exige que revista carácter básico o esencial y no que sea un mero incumplimiento de una obligación o complementaria, esto es lo que refleja la STS de 3 de diciembre de 1996. El deudor debe cumplir su obligación, pues si la incumple incurre en responsabilidad contractual, pero si al actuar causa un daño ajeno al estricto ámbito del contrato, este acto ilícito generará una nueva obligación que es la de reparar dicho daño, así lo dispone la STS de 22 de julio de 1997.

Por último, hemos de decir, que las SSTs de 5 de junio, 23 de octubre, 20 de marzo y 21 de julio de 1993, 22 de junio de 1996, 8 de julio de 1998 y 10 de octubre de 2000, han mantenido que el mencionado artículo 1.091, al establecer la fuerza vinculante que para las partes tienen los contratos, presenta un carácter genérico que le priva de la posibilidad de apoyar por sí, como vulnerado, el recurso de casación y, además la STS de 24 de noviembre de 2003 dispone que, procede su aportación por sí solo sin armonizarse y apoyarse en artículos más específicos que para caso concreto contienen el Código Civil.

CONCLUSIONES

El artículo 1.091 del Código Civil, objeto de análisis, contiene una norma sancionadora del principio de autonomía de la voluntad y respeto y obediencia a los pactos, y está unido en una regulación de la parte general de las obligaciones que ha de compaginarse con otros aspectos de la misma. Los contratos sólo generan obligaciones personales para exigirse respectivamente los contratantes las obligaciones que mutuamente contraten y para que nazca el derecho real es indispensable que medie tradición o entrega en alguna de sus diversas formas. La voluntad concurrente de las partes es la determinante de la fuerza obligatoria del contrato, por lo que nada impide que puedan ellas mismas notificar cualquier estipulación del convenio. Este precepto no establece una regla de interpretación del contrato, sino que se refiere a la fuerza obligatoria del mismo, que ha de cumplirse según su tenor. Esta expresión no alude a una forma de interpretación de lo pactado, sino que implica y presupone que antes de cumplirse el contrato ha de ser interpretado según las reglas atinentes a los mismos.

RESUMEN

OBLIGATORIEDAD DE LOS CONTRATOS

La ley es fuente única de responsabilidad extracontractual, si existe pacto al respecto, el consentimiento prestado y las cláusulas en que se refleja la fuente de las obligaciones a cumplir. La ley sólo actúa en sentido negativo y de prevención o positivo o complementario, en cuanto ha de tenerse en cuenta para fijar las consecuencias de lo pactado. La imperatividad del contrato no descansa en la voluntad de los contratantes, sino que resulta impuesta por el ordenamiento jurídico.

ABSTRACT

OBLIGATORY NATURE OF CONTRACTS

The law is the sole source of extracontractual liability, if there are agreed-to terms, consent and clauses reflecting the source of the obligations to be discharged. The law only acts in the negative or prevention sense or the positive or complementary sense when it has a role to play in establishing the consequences of the agreed-to terms. The imperative nature of a contract does not rest on the wishes of the parties, but is instead imposed by legislation.

**ADQUISICIÓN DE FINCA DEL ESTADO CON CARÁCTER PRIVATIVO
EN BASE AL EJERCICIO DE UN DERECHO DE ADQUISICIÓN
PREFERENTE DE NATURALEZA LEGAL, EX ARTÍCULO 137.4.F
DE LA LEY 33/2003, DE 3 DE NOVIEMBRE, DE PATRIMONIO
DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS:
COMENTARIOS A LA RDGRN DE 8 DE MAYO DE 2008**

por

ROSANA PÉREZ GURREA
Licenciada en Derecho

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Con carácter general el artículo 2.6 de la LH establece que: «En los Registros de la Propiedad se inscribirán los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado o a las Corporaciones Civiles o Eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las Leyes y Reglamentos». Completa esta norma el artículo 4 del RH en el que se indica que serán inscribibles los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de la persona física o jurídica a la que pertenezcan y, por tanto, los de las Administraciones Públicas y los de las entidades civiles o eclesiásticas.

El régimen jurídico de la inscripción de bienes del Estado está contenido principalmente en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (1).

(1) Fernando ORTEGA GIRONÉS define el Patrimonio de las Administraciones Públicas como «un conjunto de bienes y derechos de variada naturaleza que les pertenece a cada una, y que pueden estar sujetos a un doble régimen de carácter jurídico-público,

Los bienes y derechos patrimoniales de las Administraciones Públicas son enajenables, pero sólo los patrimoniales, los demaniales son absolutamente inalienables, así destacamos el artículo 132 de la CE, que dispone que la Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad y desafectación.

Como señala Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA (2): «El proceso de venta de bienes públicos constituye una medida que se ha venido aplicando desde hace muchos años en nuestro país, como bien mostraron los procesos de desamortización, aunque el contexto actual resulta muy diferente del que se produjo en el siglo XIX, cuya finalidad estaba constituida por el aporte de bienes al comercio para fomentar el desarrollo económico, frente a la titularidad retenida en manos públicas y privadas».

En la actualidad, la enajenación de bienes del Estado se encuentra tipificada en los artículos 131 y siguientes de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, con arreglo a los cuales vamos a exponer esta materia.

Los bienes y derechos patrimoniales del Patrimonio del Estado que no sean necesarios para el ejercicio de las competencias y funciones propias de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos podrán ser enajenados (3). También cabe la enajenación con reserva del uso temporal de los mismos cuando resulte conveniente para el interés público y siempre por razones excepcionales y debidamente justificadas. La enajenación podrá efectuarse en virtud de cualquier negocio jurídico traslativo, típico o atípico de carácter oneroso. El órgano competente para enajenar los bienes inmuebles de la Administración General del Estado es el Ministro de Hacienda. Para inmuebles y derechos reales pertenecientes a los organismos públicos, lo serán sus presidentes o directores o los órganos colegiados de dirección, según estatutos. En todo caso, si el valor del bien excede de 20 millones de euros, la enajenación deberá ser autorizada por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Hacienda.

Como trámites previos a la enajenación se procederá a depurar la situación física y jurídica del inmueble, practicándose el deslinde si fuera necesario e inscribiéndose en el Registro de la Propiedad, si no lo estuviera ya. La depuración física del bien se realiza mediante su deslinde, y la depuración jurídica mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Ahora bien, la propia Ley permite prescindir de estos requisitos disponiendo: «No obstante, podrán venderse sin sujeción a tales condicionamientos bienes a segregarse de otros de titularidad de quien los enajene, o en trámite de

los bienes y derechos demaniales, y de carácter jurídico-privado los patrimoniales, doble régimen que tiene un carácter abierto o variable por el juego de las instituciones de la afectación y desafectación de su calificación jurídica», en su artículo «Patrimonio de las Administraciones Públicas: aspectos registrales», en *BCNR*, núm. 147, junio de 2008.

(2) Ver Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA en su trabajo «Enajenación y gravamen de los bienes del Patrimonio del Estado», pág. 642, en el libro *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, coordinado por Carmen CHINCHILLA MARÍN, Thomson Civitas, 2004.

(3) Sin embargo, como señala Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA en la obra antes citada, esta mención de la ley pierde parte de su fuerza, al no recogerse en la misma los mecanismos adecuados para que pueda cumplir el papel que tiene asignado y, en particular, al no contemplarse una declaración de alienabilidad donde se acreditara dicha falta de necesidad.

inscripción, deslinde o sujetos a cargas o gravámenes, siempre que estas circunstancias se pongan en conocimiento del adquirente y sean aceptadas por éste» *ex* artículo 136.2 de la Ley 33/2003.

Se regulan las formas de enajenación: concurso, subasta o adjudicación directa. El procedimiento ordinario es el concurso, en este caso, la adjudicación recaerá en el licitador que en conjunto, haga la proposición más ventajosa, conforme a los criterios establecidos en los pliegos. La subasta sólo cabe en los supuestos reglamentariamente previstos, podrá celebrarse al alza o a la baja y en su caso con presentación de posturas en sobre cerrado, podrá acudirse igualmente a sistemas de subasta electrónica. La adjudicación directa puede darse cuando el adquirente sea otra Administración Pública, o entidad sin ánimo de lucro, en el caso de fincas rústicas que no lleguen a constituir una superficie económicamente explotable y la venta sea a un colindante, entre otras. Este último supuesto es el que vamos a analizar con posterioridad a propósito de la RDGRN de 8 de mayo de 2008.

Como procedimiento de enajenación indicaremos que el expediente será instruido por la Dirección General del Patrimonio del Estado, que lo iniciará de oficio por iniciativa propia o solicitud de parte interesada en la adquisición, siempre que considere, justificándolo debidamente en el expediente, que el bien o derecho no es necesario para el uso general o el servicio público ni resulta conveniente su explotación. El acuerdo de incoación del procedimiento llevará implícita la declaración de alienabilidad de los bienes a que se refiera. El tipo de la subasta o el precio de la enajenación directa se fijarán por el órgano competente para la enajenación de acuerdo con la tasación aprobada.

II. ASPECTOS REGISTRALES

A efectos de inscripción de la enajenación, la escritura a favor del comprador en la venta directa o del adjudicatario en el caso de subasta, será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad, pero la Administración como regla general, antes de la enajenación, debe haber procedido a la inscripción de los bienes.

La Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en base a la importancia que tiene el Registro de la Propiedad en el tráfico jurídico inmobiliario, establece en su artículo 36 la obligatoriedad de inscripción en los correspondientes registros de los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, así como de todos los actos y contratos referidos a ellos que sean inscribibles (la inscripción será potestativa para las Administraciones Públicas en el caso de arrendamientos inscribibles conforme a la legislación hipotecaria).

Como regla general, la inscripción deberá solicitarse por el órgano que haya adquirido el bien o derecho, o que haya dictado el acto o intervenido en el contrato que deba constar en el Registro o, en su caso, por aquél al que corresponda su administración o gestión.

La mencionada Ley implica directamente a los Registradores en el control de los bienes de las Administraciones Públicas, estableciendo las siguientes obligaciones que a efectos prácticos nos interesan destacar:

1. Cuando se inscriban en el Registro de la Propiedad excesos de cabida de fincas colindantes con otras pertenecientes a una Administración

Pública, el Registrador, sin perjuicio de hacer constar en la inscripción que no surtirá efecto respecto a tercero hasta que transcurran dos años, deberá ponerlo en conocimiento de los órganos a los que corresponda la administración de éstas, con expresión del nombre, apellidos y domicilio, si constare, de las personas a cuyo favor se practicó la inscripción, la descripción de la finca y la mayor cabida inscrita.

2. Igual comunicación deberá cursarse en los supuestos de inmatriculación de fincas colindantes con otras pertenecientes a una Administración Pública.
3. Los Registradores de la Propiedad, cuando tengan conocimiento de la existencia de bienes o derechos de las Administraciones Públicas que no estuvieran inscritos debidamente, lo comunicarán a los órganos a los que corresponda su administración para que por éstos se inste lo que proceda.
4. Los Registradores no inscribirán ninguna escritura en la que falte la manifestación del cumplimiento por el Notario de la obligación que le impone el artículo 63.1 de la LPAP: «Los Notarios que intervengan en cualquier acto o contrato no otorgado por el Ministro de Hacienda, el Director General del Patrimonio del Estado o los Delegados de Economía y Hacienda sobre bienes o derechos cuya titularidad corresponda a la Administración General del Estado o a los organismos públicos vinculados a la misma o dependientes de ella, remitirán a dicho Centro Directivo una copia simple de la correspondiente escritura y dejarán manifestación en la escritura matriz de haberse procedido a tal comunicación».

El régimen de publicidad registral nos lleva a distinguir los siguientes puntos:

1. De los actos de afectación, mutación demanial, desafectación, adscripción, desadscripción e incorporación se tomará razón en el Registro de la Propiedad mediante nota marginal o inscripción a favor del nuevo titular según proceda.
2. Tratándose de bienes del Patrimonio del Estado, el Registrador no practicará la inscripción, cuando no sea firmante del acta un representante de la Dirección General del Patrimonio del Estado, si no se acredita que se ha efectuado la preceptiva comunicación del acto a este Centro Directivo para su constancia en el Inventario General.
3. En el caso de supresión de organismos públicos, la inscripción en el Registro de la Propiedad a favor de la Administración General del Estado se practicará con la presentación de la disposición en cuya virtud se hubiese producido la supresión del organismo.

III. ADQUISICIÓN DE FINCA DEL ESTADO CON CARÁCTER PRIVATIVO EN BASE AL EJERCICIO DE UN DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DE NATURALEZA LEGAL: COMENTARIOS A LA RDGRN DE 8 DE MAYO DE 2008

El supuesto de hecho contemplado en esta Resolución se basa en una venta realizada por el Estado de una finca rústica que no constituye una superficie económicamente explotable a un propietario colindante en los términos indi-

cados en el artículo 137.4.f) de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. La adquisición realizada por personas casadas en régimen de gananciales, se efectúa con carácter privativo y en la misma escritura los adquirentes agrupan la finca adquirida con otra colindante de la que también son titulares, finca que tiene el mismo carácter de privativa, comprometiéndose a respetar la indivisibilidad de la nueva finca.

El Registrador entiende que, estando casados los adquirentes en régimen de gananciales, no se puede inscribir su derecho con carácter privativo, ya que no se dan ninguno de los supuestos previstos en el artículo 1.346 del Código Civil para tal privaticidad, la enajenación efectuada a los compradores por su carácter de propietarios colindantes no se hace en consideración al ejercicio de un derecho de retracto legal, sino que se persiguen objetivos de mejora de las explotaciones. Tampoco se acredita por prueba documental pública exigida por el artículo 95.2 del RH, la procedencia privativa del dinero ni consta confesión alguna de privaticidad del dinero empleado por parte de los cónyuges de los compradores que permita la inscripción, con carácter privativo, por confesión *ex* artículo 95.4 del RH, sin que opere por tanto la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil.

El Notario, con una interpretación totalmente distinta a la anterior, considera que la adquisición se realiza en base al ejercicio de un derecho de adquisición preferente, que es el contemplado en el artículo 137.4.f) de la Ley 33/2003 que, en su opinión, es un claro ejemplo de retracto legal al que le sería aplicable la privaticidad proclamada en el artículo 1346.4 del Código Civil.

El problema fundamental radica en determinar el carácter ganancial o privativo de la adquisición realizada y por tanto la naturaleza del derecho que le sirve de presupuesto.

La DGRN revoca la calificación registral y considera que la adquisición ha sido realizada por razón del ejercicio de un derecho de adquisición preferente de naturaleza legal, derecho que se establece a favor de los propietarios colindantes respecto de fincas rústicas, propiedad del Estado, económicamente insuficientes. Por ello, la adquisición se califica de privativa, sin que se pueda aplicar la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil, la cual debe ceder ante el título adquisitivo que determina la privaticidad de la adquisición y ello sin perjuicio del derecho de reembolso a la sociedad de gananciales del dinero invertido en la adquisición.

Todo se centra en la interpretación que demos al artículo 137 de la Ley 33/2003, ya hemos visto las diferentes formas de enajenación que contempla dicha Ley, en cuyo apartado 4 regula determinados supuestos tasados en que es posible la enajenación mediante adjudicación directa (la cual se aplica con carácter excepcional, ya que se aparta de los principios generales de publicidad y concurrencia); uno de estos supuestos es el que da origen a esta Resolución que se centra en aquellos casos de fincas rústicas que no lleguen a constituir una superficie económicamente explotable o no sean susceptibles de prestar una utilidad acorde a su naturaleza y la venta se efectúe a un colindante.

¿Podemos extraer de este precepto la existencia de un derecho de adquisición preferente a favor del colindante? La DGRN así lo interpreta, argumentando la proliferación de estos derechos en leyes especiales y, como sabemos, las Resoluciones tienen carácter vinculante.

En mi opinión, deducir de todo lo expuesto la existencia de un derecho de adquisición preferente de naturaleza legal tropieza con los siguientes obstáculos: estos derechos, como limitaciones dominicales que son, deberían

estar regulados de forma expresa en la ley, cosa que no ocurre en este caso, tampoco se fija ningún criterio de preferencia para saber cuál de los posibles colindantes puede ejercitar este derecho y en el párrafo *h)* de este artículo 137 se contempla específicamente la posibilidad de adjudicación directa cuando la venta se efectúe a favor de quien ostente un derecho de adquisición preferente reconocido por disposición legal.

Por todo ello, ¿estamos ante el nacimiento de un nuevo derecho de adquisición preferente: quimera o realidad?

Considero que la adquisición realizada por los compradores por su carácter de propietarios colindantes en aplicación del precepto que estamos examinando, más que hacerse en base a un derecho de retracto establecido legalmente, atiende a la consecución de objetivos económicos y de viabilidad de explotaciones agrarias, siendo en definitiva los servicios patrimoniales del Estado los que señalarán si la finca reúne las características que fija el mencionado precepto.

RESUMEN

DERECHO ADQUISICIÓN PREFERENTE

En este trabajo hemos analizado el supuesto de venta realizada por el Estado de una finca rústica no viable económicamente a un propietario colindante a la luz del artículo 137.4.f) de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Se comenta la RDGRN, de 8 de mayo de 2008, la cual entiende que la adquisición ha sido realizada por razón del ejercicio de un derecho de adquisición preferente de naturaleza legal, por ello la adquisición se califica de privativa sin que se pueda aplicar la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 del Código Civil, la cual debe ceder ante el título adquisitivo que determina la privaticidad de la adquisición, y ello sin perjuicio del derecho de reembolso a la sociedad de gananciales del dinero invertido en la adquisición.

ABSTRACT

PREFERRED RIGHT TO PURCHASE LAND

This paper analyses a sale by the state of an economically unviable rural property to the owner of a neighbouring property under article 137.4.f) of Act 33/2003 on property owned by the public authorities.

There is a commentary on the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs' decision of 8 May 2008, which holds that the purchase was made exercising a preferred legal right to purchase the land, and so the purchase is considered made exclusively by the individual and cannot be presumed to have been made as community property under article 1361 of the Civil Code. Such a presumption is overruled by the purchaser's title, which states the purchase to have been made by the private individual. Even so, the marital partnership is entitled to reimbursement of the money invested in the purchase.

1.6. Responsabilidad Civil

*LA RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS DE ENSEÑANZA,
SEAN ÉSTOS PÚBLICOS O PRIVADOS, SE EXTIENDE MÁS ALLÁ
DE LA SEDE DEL PROPIO CENTRO*

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ
Profesora titular de Derecho Civil UNED

I. PLANTEAMIENTO

La responsabilidad contemplada en el artículo 1903.4 (1) se centra en los daños ocasionados por los alumnos menores de edad de un centro docente cuando se hallen bajo vigilancia o control del profesorado. Una de las novedades que introdujo la reforma fue delimitar la responsabilidad a los alumnos menores de edad, ya que, la redacción anterior no especificaba este dato, se podía concebir que también se estaban refiriendo a los alumnos mayores de edad (2). No se hace alusión a los menores emancipados, debiendo entonces entender que si se trata de un menor emancipado, tampoco respondería el centro. El precepto citado anteriormente se circunscribe a los daños causados por un alumno.

La STS de 26 de junio de 2008 (3), confirma la sentencia de la Audiencia condenando al titular del centro docente de los daños sufridos por un alumno en el periodo comprendido en la realización de una actividad que se puede considerar «extraescolar». Es preciso describir el supuesto de hecho que nos ha servido de base para el comentario; y ha hechos que susciten una serie de cuestiones no previstas expresamente en la ley. Con motivo de las vacaciones navideñas, el centro de formación ocupacional en el que el perjudicado y actor en el procedimiento era un estudiante becario de diecisiete años, organizó una comida, en la que mediante aportaciones dinerarias de todos los que fueron, compraron comida y bebidas de todo tipo, también alcohólicas, que fueron consumidas por todos los allí presentes. Una vez terminada la comida, y como era costumbre, los vehículos de transporte del centro iniciaron el viaje de regreso llevando a los alumnos a la estación de ferrocarril más cercana. El actor, junto con un compañero, decidió realizar el camino a pie, ambos estaban en estado de embriaguez. Al acercarse a la estación, el actor hubo de cruzar un puen-

(1) Este párrafo fue redactado por la Ley 1/1991, de 7 de enero, de modificación de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado. *BOE* de 8 de enero de 2008.

(2) Artículo 1903.5.º: «Son, por último, responsables los maestros y directores de artes y oficios respecto de los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices mientras permanezcan bajo su custodia». No se especificaba si el alumno había de ser menor o mayor de edad. Sobre la base de la culpa *in vigilando*, se consideraban responsables tanto los maestros como los directores.

(3) Ponente: Excmo. Señor don Jesús CORBAL FERNÁNDEZ.

te para acceder a ella y fue atropellado por un tren que circulaba a gran velocidad. Como consecuencia del accidente, el menor sufre una tetraplejía.

II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS DOCENTES

El régimen aplicable a los centros docentes varía dependiendo de si un centro docente es público o privado.

Si el centro es de carácter público, la responsabilidad queda sometida al régimen propio de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Como afirma LÓPEZ PELÁEZ, la responsabilidad de la Administración se configura como absolutamente objetiva, por lo que, producido el daño como consecuencia de un fallo, un mal funcionamiento, surge la obligación de reparar (4).

Si el centro es de carácter privado, se trata de una responsabilidad directa y por culpa (5). Su fundamento es de carácter subjetivo al igual que lo era con anterioridad a la reforma (6), aunque en el Preámbulo de la Ley 1/1991 parecía que se quería instaurar un régimen de responsabilidad objetiva (7) para los supuestos dañosos ocasionados por alumnos, y así lo ha constatado la jurisprudencia en múltiples ocasiones (8).

Sin embargo, la aplicación del artículo 1.903 del Código Civil, según señalaba en el apartado anterior, se centra en los daños que causen los alumnos cuando están bajo el control o vigilancia del centro, tanto en actividades escolares, extraescolares o complementarias. Si hacemos una interpretación literal del artículo, quedan excluidos aquellos supuestos en los que el propio alumno del centro es el que sufre el daño, y más como ocurre en la sentencia comentada si el daño se ha producido una vez finalizada

(4) LÓPEZ PELÁEZ, P., *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*, Madrid, 2007, pág. 58.

(5) GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006, pág. 1289.

(6) Se contradice de alguna manera con el espíritu de su Exposición de Motivos en la que se declara: «El régimen de responsabilidad que para los profesores y maestros establecen los artículos 22 del Código Penal y 1.903 del Código Civil no se ajusta a la realidad social de nuestros días. Se trata de normas con fundamento en la llamada culpa *in vigilando*, concebidas en momentos en que existía una relación de sujeción del alumno al profesor, en términos que hoy no se producen en el discurrir diario de la vida docente».

(7) Objetivo no conseguido con la reforma debido al contenido del último párrafo del artículo 1.903, que exonera de responsabilidad al titular del centro cuando se prueba que se utilizó toda la diligencia posible. Como afirma DE ÁNGEL YAGÜE: «...Parece claro que la subsistencia del último párrafo de este artículo tiene que significar que no se han modificado los principios teóricos en materia de responsabilidad por hecho ajeno. En concreto, el de que esa responsabilidad no existe cuando quien de otro modo tendría que responder por un comportamiento ajeno, acredita que desplegó la diligencia necesaria para prevenir el daño; esto es, cuando ese hipotético responsable probare que el hecho dañoso se produjo sólo por culpa de la persona de la que en otro caso tendría que responder». DE ÁNGEL YAGÜE, R., «Comentario al artículo 1.903», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 2030.

(8) SSTs de 8 de marzo de 1999 y 23 de septiembre de 2004, entre otras.

la actividad (9). En estos casos tendrá que probarse la culpa del titular del centro (10).

Una vez delimitado el tipo de responsabilidad, objetiva si es un centro docente público, subjetiva con una ligera tendencia objetivadora en los centros de enseñanza privada, cuando los alumnos son los que han cometido el hecho causante del daño y sobre la base del artículo 1.902 cuando el alumno es la víctima del daño, nos preguntamos sobre si una comida navideña se puede considerar como una actividad extraescolar o complementaria, descartando, por supuesto, que no es una actividad escolar.

Parece que la respuesta más acertada es la afirmativa. Es decir, una comida navideña, si es organizada por el centro de enseñanza, o simplemente ha intervenido de forma parcial en la organización, se debe encuadrar dentro de las actividades extraescolares del centro. Con esta postura, el legislador ha querido establecer una regla de carácter general en la que se incluyan todas las actividades vinculadas al centro y en cuyo transcurso el alumno deba estar sometido al control de su personal (11). En esta línea, la STS de 29 de diciembre de 1998 (12), condenó al colegio por haber autorizado y participado en la organización de una fiesta.

Está claro que el espacio temporal en el que hay responsabilidad de los centros es durante la jornada escolar y mientras se realizan actividades extraescolares y complementarias, y durante el transporte escolar si el centro se hace cargo del mismo.

III. ADAPTACIÓN DE LA SITUACIÓN A LA REALIDAD SOCIAL

Como se ha señalado anteriormente, la Exposición de Motivos de la Ley 1/1991 establece que existe una necesidad de adecuarse a la realidad social y que ya no se puede afirmar que exista una situación de sujeción en la relación alumno-profesor. En esta línea de autonomía de los menores se encuentra también la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor, en la que se declara, refiriéndose a los menores de edad, que:

Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquellos que sean más adecuados a la edad del sujeto.

El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos

(9) En este sentido, la STS de 30 de diciembre de 1999, que afirma: «El presente caso se resuelve por aplicación del artículo 1.902 del Código Civil que obliga a preparar el daño causado por acción u omisión a otro, interviniendo culpa o negligencia. Aunque en el artículo 1903.5 del Código Civil se regula expresamente la responsabilidad civil extracontractual de los titulares de los centros docentes de enseñanza, no es éste el precepto utilizado, pues se refiere a la responsabilidad por hechos ajenos, precisamente por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. No están incluidos, por tanto, en este artículo los daños que no han sido causados por los alumnos a terceros o a las cosas, así como los propios de la autolesión».

(10) Vid. LÓPEZ PELÁEZ, *ob. cit.*, «La responsabilidad...», pág. 83.

activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar, social y jurídicamente la protección de la infancia, es promover su autonomía como sujetos.

Si nos detenemos en la lectura de estos párrafos y en lo indicado en la Ley 1/1991, nos damos cuenta que se está promoviendo la independencia del menor de edad, de hecho, ya el TS manifestó que los menores de edad van adquiriendo progresivamente la capacidad de obrar y que realizan actos de forma cotidiana que así lo ponían de manifiesto (13).

Ante esto, y sin entrar en el ámbito penal en el que hay una rebaja en la edad, nos preguntamos si un menor de diecisiete años puede ser obligado por un profesor a realizar actos en contra de su voluntad. Parece más correcto mantener que, efectivamente, el profesor no debía haber dejado al alumno marchar en el estado en el que estaba, incluso haber intentado que no se ingirieran bebidas alcohólicas, pero no por la edad, si no porque el centro era en parte responsable de la organización del evento, es decir, responden de la actividad, más bien sobre la base de una responsabilidad derivada de la organización y de la elección de la persona que controlaba el evento.

Como se ha señalado anteriormente con anterioridad a la reforma de 1991, el Código Civil no distinguía entre alumnos menores o mayores de edad, simplemente establecía la responsabilidad de los maestros y directores por los perjuicios ocasionados por sus alumnos mientras estuviesen bajo su custodia (14), era una responsabilidad subjetiva basada en la culpa *in vigilando* (15).

Si el alumno en vez de tener diecisiete años, tuviese dieciocho cumplidos, por lo tanto mayor de edad y con plena capacidad de obrar, y estudiase en el mismo centro de enseñanza y los hechos hubiesen acaecido de la misma forma, ¿el Tribunal Supremo habría condenado al Centro por dejar marchar al alumno en estado de embriaguez? La causa del atropello hubiese sido la misma, el estado en el que se encontraba el alumno también.

IV. CONCLUSIONES

En primer lugar, parece necesario que se haga otra reforma legislativa que regule totalmente la responsabilidad de Centros Docentes de enseñanza no

(11) GÓMEZ CALLE, E., *ob. cit.*, «Responsabilidad de padres...», pág. 1296.

(12) Los hechos acaecidos ocurrieron con anterioridad a la reforma de 1991, el TS aplicó el espíritu de la reforma afirmando que: «...La obligación de reparar el daño se impone como sujeto pasivo al titular del centro de enseñanza, y éste responde en cuanto mantiene el control del alumnado, sea total o parcial, sea en horas lectivas propiamente dichas o en tiempo posterior en el que todavía ejerce el colegio su labor de guarda».

(13) STS de 10 de junio de 1991.

(14) Exactamente decía: «Son, por último, responsables los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia».

(15) Se regulaba en este precepto los daños que ocasionaban los alumnos.

superior y de enseñanza superior. Es cierto que no se pueden prever todas las situaciones posibles de las que derive responsabilidad, pero sí establecer unos criterios básicos.

Por un lado, se ha de establecer de forma clara ante qué tipo de responsabilidad nos enfrentamos, subjetiva, objetiva o cuasiobjetiva. Y, por otro lado, me parece necesario hacer una delimitación por razón de la edad, dentro de la propia minoría de edad. No se puede tratar de la misma manera a un alumno de diez años que a un alumno de diecisiete.

BIBLIOGRAFÍA

DE ÁNGEL YAGÜE, R., «Comentario al artículo 1.903», en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 2030.

GÓMEZ CALLE, E., «Responsabilidad de padres y centros docentes», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord.: REGLERO CAMPOS, 2006, pág. 1289.

LÓPEZ PELÁEZ, P., *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*, Madrid, 2007, pág. 58.

RESUMEN

RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS DE ENSEÑANZA NO SUPERIOR

Los titulares de los centros de enseñanza no superior, a tenor de lo dispuesto en la ley, son responsables de los daños que causen o sean causados por sus alumnos menores de edad, tanto si se trata de actividades escolares, extraescolares o complementarias. La responsabilidad civil derivada de los centros públicos es totalmente objetiva, siguiendo la línea de la legislación administrativa, siendo la de los centros privados aún subjetiva, con una fuerte tendencia objetivadora. Con independencia del tipo de responsabilidad ante la que nos hallemos, nos planteamos si existe coherencia entre la tendencia doctrinal, jurisprudencial y legislativa que entiende que el menor va adquiriendo una cierta capacidad para decidir sobre determinados aspectos, incluso de carácter patrimonial, y lo establecido en el Código Civil sobre responsabilidad, poniendo en el mismo plano de igualdad a un menor de diez años con uno adolescente entre dieciséis y dieciocho años.

ABSTRACT

SCHOOL LIABILITY

By law the owners of schools are liable for any damage done or caused by their under-age students, whether in school activities, after-school activities or complementary activities. The civil liability of public schools is totally objective in administrative legislation, while that of private schools is still subjective, with a strong tendency towards the objective. Regardless of the type of liability concerned, we wonder whether the trend in doctrine, case law and legislation, which holds that a minor gradually acquires a certain capacity to take decisions about certain things, including property-related things, is consistent with the Civil Code, which regards a 10-year-old child as standing on the same plane as a 16- to 18-year-old teen in terms of liability.

2. MERCANTIL

UNA REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE EL ARTÍCULO 87.6 DE LA LEY CONCURSAL, LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES Y EL UTILITARISMO

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

*(«Hay leyes que el legislador no ha meditado mucho
y resultan contrarias a lo que se proponía»)*

Montesquieu, «El espíritu de las Leyes», Libro XXIX, Capítulo IV

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna una de las normas jurídicas, no sólo de la Ley Concursal, sino del resto de nuestro Ordenamiento Jurídico que más labores interpretativas «ha sufrido» en los últimos tiempos ha sido el artículo 87.6 de la Ley Concursal en cuanto a la exégesis relativa al conocimiento de la misma en orden a determinar si el crédito del acreedor del deudor concursado en el que goce de fianza de tercero especialmente relacionado con el deudor concursado ha de reconocerse y clasificarse como crédito subordinado o no en relación con la determinación temporal de dicha «contaminación», todo ello con las consecuencias lógicas que ello implica.

Numerosas han sido las opiniones de los autores y varias las sentencias que ya se han pronunciado al respecto, haciéndose eco de dicha discrepancia doctrinal, la cual pivota sobre dos concepciones diametralmente opuestas de la referida norma jurídica. Una primera interpretación doctrinal que se ha venido llamando «literal» ha mantenido la necesaria calificación del crédito en cuestión como crédito subordinado desde el momento mismo de la comunicación de dicho crédito, mientras que una segunda interpretación, con mayor acogida en la doctrina y en las sentencias que han tratado la cuestión, ha venido defendiendo que dicha subordinación sólo puede predicarse del crédito en cuestión, una vez realizado el pago por el fiador en sede concursal, esto es, postergando dicho momento temporal, después de la práctica —a nuestro juicio— de una ponderación de los intereses en juego según el *mos* de la conocida «jurisprudencia de intereses» y de un «utilitarismo interpretativo».

Evidentemente, ello es así en gran medida a que la norma del artículo 87.6 de la Ley Concursal no puede ser tildada como paradigma, de acuerdo con un verdadero método científico en la creación del Derecho, sino también por lo que la obtención de uno u otro resultado exegético implica en relación con los denominados «intereses en juego», o sea, el del acreedor financiador por una parte y el de la subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas del deudor en el seno de un procedimiento de ejecución colectiva de créditos como es el concurso de acreedores.

En nuestra opinión, el tremendo e inicial interés que suscitó esta cuestión no ha sido constante durante estos últimos tiempos, aunque el hecho de que recientes resoluciones judiciales se hayan decantado también por la denominada interpretación «literal» como, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 20 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/204798), hacen que se mantenga dicho interés en cuanto plasman lo vivo y actual de la referida polémica a nivel de nuestra jurisprudencia menor y no digamos en la opinión de los autores.

II. LA *QUAESTIO IURIS* EN LAS PRINCIPALES RESOLUCIONES JUDICIALES

A) SENTENCIAS QUE AFIRMAN QUE LA SUBORDINACIÓN SÓLO SE PRODUCE CUANDO EL CRÉDITO HA PASADO A TITULARIDAD DEL GARANTE O CODEUDOR (CORRIENTE MAYORITARIA)

A continuación expondremos los argumentos interpretativos de cada una, procurando evitar los más coincidentes entre ellas.

- (i) La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 5 de Madrid, de 22 de marzo de 2005 (*AC*/2005/741)

El razonamiento de esta sentencia es el siguiente:

«...A falta de jurisprudencia e incluso de resoluciones de las Audiencias Provinciales, dada la reciente entrada en vigor de la Ley Concursal, la doctrina tampoco ofrece una solución uniforme (...).

Las discrepancias en la doctrina e incluso las reservas con las que, en alguno de los casos, se expresa la opinión, ponen de manifiesto las dificultades interpretativas del precepto (...).

Es cierto que la literalidad de la norma, que es el primero de los criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil (LEG 1889, 27) abona la tesis de la opción, en todo caso, de la calificación menos gravosa para el concurso, es decir, se haya subrogado o no el fiador como consecuencia del pago al acreedor (...).

3) *“...En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador”.*

Este inciso sí constituye ya una novedad y es la fuente de la polémica interpretativa.

Se trata de determinar cuáles son los créditos que en su calificación deberá optarse por la que resulte menos gravosa para el concurso. Desde luego, es razonable entender que son los créditos en los que el acreedor disfruta de fianza de tercero, se haya producido o no la sustitución y, por tanto, afecta tanto al acreedor como al fiador que se verían contaminados por la “peor” clasificación que pudiera atribuirse a uno o a otro. Pero también es posible considerar que «estos créditos» se circunscriben al del fiador o fiadores que han sustituido al acreedor o acreedores por el pago. El precepto prevé el reconocimiento sin limitación del crédito afianzado a favor del acreedor, la sustitución del acreedor por el fiador en caso de pago por parte del fiador y para este caso la regla especial de calificación.

Además, antes del pago por el fiador, su crédito no ha nacido y su hipotético crédito sólo podría tener la calificación de contingente, supeditado al pago, por lo que si se trata de optar entre la calificación que corresponda al acreedor o al fiador, sólo es posible tal opción cuando opera la sustitución y en este caso habrá que optar entre la que corresponda al acreedor o al fiador.

Por otro lado, el espíritu y finalidad de la norma es evitar que por el mecanismo de la sustitución del acreedor por el fiador, éste pueda ver mejorada su calificación, aprovechándose de la que correspondería al acreedor, y sin que tampoco pueda perjudicar al concurso (es decir, al resto de los acreedores) el hecho de la sustitución cuando el crédito del fiador merece una mejor calificación que la del acreedor, por ejemplo, si éste es subordinado.

En definitiva, la norma es necesaria, pues de no regularse esta situación se producirían las típicas consecuencias de la subrogación, y la regla ahora interpretada evita, precisamente, que por la aplicación sin matización de los artículos 1.212 y 1.839 del Código Civil (LEG 1889, 27), el fiador ostente en el concurso una posición más favorable que la que merece su crédito en atención a su relación con el deudor.

Tampoco se comprende que el acreedor por el mero hecho de reforzar el crédito con la fianza u otra garantía, pueda resultar perjudicado, sobre todo en la situación realmente común de fianza otorgada por personas especialmente relacionadas con el deudor, siendo los fiadores también insolventes, sin poder cobrar el crédito garantizado en el concurso por no alcanzar la masa activa para pagar a los créditos subordinados».

De dicho razonamiento, se extrae que:

- a) La sentencia es dictada en ausencia de pronunciamientos de Audiencias Provinciales y sin que la doctrina sea uniforme.
- b) Admite que la literalidad de la norma conlleva que el crédito del acreedor afianzado por persona especialmente relacionada con el deudor ha de calificarse como subordinado.
- c) Considera razonable y posible ambas interpretaciones.
- d) El espíritu y finalidad de la norma es evitar que la subrogación producida por el pago del fiador especialmente relacionado con el deudor concursado pueda perjudicar al concurso.
- e) La norma es necesaria para evitar las consecuencias de la citada subrogación.
- f) No se comprende que el acreedor, por el mero hecho de reforzar el crédito con la fianza o garantía, pueda resultar perjudicado.

Tratando de ofrecer una construcción lógica de dicho razonamiento judicial, puede afirmarse que el mismo concluye con lo siguiente: *la norma es necesaria, siendo razonable y posible las dos interpretaciones de la misma, una según su literalidad y otra atendiendo a su espíritu y finalidad, debiendo ser los intereses a ponderar tanto el del acreedor garantizado como el perjuicio al concurso, debiendo prevalecer este último en atención al espíritu y finalidad de la norma.*

O lo que es lo mismo pero más sintético:

Donde, «A» es el artículo 87.6 de la Ley Concursal; «b» la interpretación literal; «c» la interpretación correctora; «d» el acreedor garantizado, y «e» es el concurso.

La norma «A», de carácter necesario, tiene como interpretaciones razonables y posibles «b» y «c»; ponderando los intereses de «d» y «e»; la interpretación «c» es la correcta.

- (ii) La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Oviedo, de 8 de junio de 2005 (AC/2005/1018)

Como argumentos hermenéuticos, esta sentencia expone lo siguiente:

«...La primera intención que, indiscutiblemente se evidencia de la norma, es la de evitar el fraude que tendría lugar si se permitiera al fiador, persona especialmente relacionada con el deudor, eludir la subordinación a que está afectado su crédito (art. 92-5.º y 93 LC) en el caso de pagar él al acreedor para dirigirse seguidamente contra el concursado. El problema surge cuando la respuesta que la norma, en una lectura gramatical, da a semejante riesgo aparece como desproporcionada a tal finalidad —repárese que llevaría no sólo a calificar ope legis al acreedor principal como subordinado, sino incluso a declarar extinguidas las garantías de cualquier clase, incluidas las reales, de que pudiera venir revestido su crédito (art. 97-2 LC)— a menos que entendamos que aquélla busca además otra finalidad añadida, cual es la de incentivar que el acreedor principal se dirija extraconcursoalmente frente al fiador o avalista para la satisfacción de su crédito, liberando así a la masa del concurso del peso de esa deuda (...)

En conclusión, el inciso segundo del artículo 87-6 LC sólo operará ex post al pago llevado a cabo eventualmente por el fiador, como así se interpreta de su relación con el inciso primero. Una interpretación contraria conduciría al dislate, entre otros muchos, de hacer de peor condición al acreedor que observa la diligencia de garantizar su pago mediante un aval personal, por más que se trate de persona relacionada con el deudor, que al acreedor que desatiende esa garantía y deja su derecho desprotegido. Por otra parte, no se atisba en el texto de la Ley Concursal dato o elemento alguno que permita afirmar su intención de incentivar al acreedor para que reclame al margen del concurso su derecho frente al avalista. Más aún, una interpretación contraria llevada a sus últimos resultados llevaría a tan drásticas consecuencias como la de privar de hecho al acreedor afianzado de su derecho en el concurso (efecto expropiatorio como se le ha llamado por algún autor) lo que no parece que pueda ser afirmado razonablemente».

Las deducciones que podemos realizar de lo anterior pueden ser:

- a) La primera intención indiscutible de la norma es la de evitar el fraude.
- b) La norma es desproporcionada para tal finalidad, salvo que se entienda que puede tener otra finalidad añadida que es el ejercicio extraconcursoal del crédito del acreedor, la cual, finalmente, se descarta.

- c) No puede hacerse de *peor condición* al acreedor con fianza que al acreedor sin fianza.
- d) No se puede *privar* al acreedor con fianza a su derecho en el concurso.

En suma: *aunque la primera intención es evitar el fraude, la norma es desproporcionada sin que tenga como finalidad añadida fomentar el ejercicio extraconcursal del crédito del acreedor, lo que supondría una privación de sus derechos y sin que la situación del acreedor garantizado pueda ser peor que la del acreedor sin fianza.*

De ahí que:

La aplicación de la norma «A» tiene como finalidad evitar el fraude; sopesando los intereses de «d» y «e»; la interpretación «c» es la correcta.

- (iii) La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 27 de junio de 2005 (AC/2005/266)

La argumentación y la interpretación decisiva propuesta por esta sentencia es la siguiente:

«...Tan razonable es pensar que el legislador quiso con esta norma evitar que el fiador que estuviera especialmente relacionado con el deudor pudiera —si pagaba la deuda— evitar la subordinación colocándose en el lugar de acreedor que había cobrado, como considerar que el legislador concursal tenía como objetivo el forzar a los acreedores a ver satisfechos sus créditos fuera del proceso concursal —reduciendo con ello la masa pasiva— y, por ello, se le incentivaba a ejercitar las acciones fuera del concurso si había fiador, so pena de que en el concurso la condición del fiador llevara a la subordinación global del crédito (...).

Esa consecuencia realmente no podía ser deseada por el legislador y colocaba a las entidades que disfrutaban de fianzas o avales en una situación compleja, ya que fiador y afianzado, si se trataba de socios o de empresas de un mismo grupo, fácilmente podrían verse avocados a situaciones concursales acumuladas (...).

Cualquier solución que se adopte sobre la materia es frustrante para el jurista, frustrante porque la interpretación literal lleva a consecuencias perversas que agudizan su perversidad cuando —como en este caso— deudor y fiadores se declaran en concurso condenando al acreedor a errar en uno y otro procedimiento cerniéndole la sombra de la subordinación en ambos supuestos. Frustrante porque una interpretación no literal obliga a un uso utilitarista de la norma que, en este caso, puede resultar justificado pero que en otros puede llevar a desactivar instituciones capitales del sistema de garantías, empezando por el principio de seguridad jurídica».

Por ello:

- a) Es *razonable* pensar que el legislador quiso evitar el fraude y obligar al ejercicio extraconcursal del crédito con fianza.

- b) No obstante esta interpretación no pudo ser deseada por el legislador, ya que el acreedor con fianza podría verse avocado o perjudicado por el concurso del fiador.
- c) Cualquiera de las interpretaciones es *frustrante* para el jurista.

O sea: pese a la razonabilidad de la interpretación «literal», no es la deseada por el legislador, aunque ambas interpretaciones pueden ser frustrantes.

Por ello:

La aplicación de la norma «A» tiene como finalidad evitar el fraude; para evitar el perjuicio de «d»; la interpretación «c» es la correcta aunque pueda resultar frustrante.

- (iv) La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Madrid, de 5 de julio de 2005 (AC/2005/1148)

La presente sentencia comienza su análisis interpretativo afirmando que las dos corrientes doctrinales parten de una *interpretación gramatical* de la norma, diciendo al efecto que:

«...Es la interpretación de la última parte del precepto la que suscita mayores controversias. Ésta dice literalmente: “En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador”. No podemos desconocer que las dos corrientes doctrinales aludidas más arriba parten de la interpretación gramatical de esta disposición. Mientras que la calificadora como literalista entiende que la referencia a “estos créditos” alude a “los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero”, la correctora opina que la mención “estos créditos” debe entenderse referida a los créditos de los que sea titular el fiador una vez haya pagado. Menos polémica suscita la interpretación de la expresión adverbial “en todo caso” que, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa “como quiera que sea, o sea como fuere” —y aunque para la corriente literalista tendría el significado de “siempre”— la importancia de su significado depende de la interpretación que se dé a la expresión “estos créditos”. De ahí que el quid de la cuestión sea desentrañar el significado de la expresión “estos créditos” (...)

...Como se puede adivinar, la letra del precepto soporta uno u otro significado. Y por ello no podemos detenernos en ella. Hay que acudir a otros criterios que coadyuven a atribuir a la norma un alcance definido» (...).

En cuanto a la finalidad de la norma y según el *criterio teleológico*, para las dos posiciones, es la que a juicio del juzgador sigue:

«...Atendiendo a la interpretación literalista, la finalidad de la norma sería la de postergar el crédito del acreedor que disfrute de fianza de tercero especialmente relacionado con el deudor. Para la interpretación llamada correctora, el fin de la norma sería evitar que el fiador, especialmente relacionado con el deudor, pueda eludir la calificación que de su crédito le correspondería, según el artículo 92.5.º LC, por el simple hecho de subrogarse, mediante el pago, en la situación del acreedor principal (...).

Como podemos observar, ninguna de las inclusiones, dentro de la categoría de subordinados, se hace de manera gratuita. En todos los casos existe un motivo. Al respecto merece destacarse la expresión contenida en la Exposición de Motivos cuando justifica la creación de esta especial categoría de créditos. Dice que se calificarán como subordinados “aquellos que merecen quedar postergados tras los ordinarios”. “Merecer”, según el Diccionario de la Real Academia Española significa “hacerse uno digno de premio o de castigo”. Y por ello es lógico que en todos los créditos calificados como subordinados exista una razón peyorativa que justifique tal calificación. En todos los casos, tal razón queda expuesta en la Exposición de Motivos, y se desprende del contenido de cada uno de los créditos. Sin embargo, no se alcanza qué motivo de esta índole puede justificar la calificación como de subordinado de los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero especialmente relacionado con el concursado. Por el contrario, el tenor del artículo 1.839 del Código Civil (LEG 1889, 27) sí justificaría la interpretación, mal llamada correctora, del tenor del artículo 87.6 LC (RCL 2003, 1748). Aquel precepto establece que “el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor”. De ahí que de no contar con la previsión del artículo 87.6 LC podría darse el caso en que el fiador, especialmente relacionado con el deudor, intentara evitar la calificación de subordinado de su crédito, según el artículo 92.5.º LC, satisfaciendo al acreedor principal que ha sido incluido en la lista de acreedores con una calificación más favorable. La justificación del segundo inciso del artículo 87.6 LC se encontraría en la evitación de este fraude» (...).

A continuación, la sentencia acude al criterio sistemático para comprobar si coadyuva o desmiente lo interpretado, exponiendo su juicio del siguiente tenor:

«...En aplicación de lo anterior, observamos que el artículo 87 LC lleva como título “Supuestos especiales de reconocimiento”, y se encuentra incluido en la Sección 2.ª, Capítulo III, Título IV de la Ley, titulada “De la comunicación y del reconocimiento de créditos”. A ésta debe enfrentarse la Sección 3.ª del mismo Título, que se rotula “De la calificación de los créditos”. De esta manera, la Ley incluye las normas relativas a la clasificación de los créditos (artS. 89 a 93 LC) en sede distinta a la correspondiente al artículo 87 LC. Y esta circunstancia no disiente de su contenido» (...).

Por último, alude a la interpretación histórica, del siguiente tenor:

«...Por último, hay que hacer referencia a la aludida interpretación histórica. El Grupo Parlamentario Catalán, tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado, formuló sendas enmiendas contra el inciso objeto de discusión con la finalidad de eliminarlo. De esta manera, la enmienda número 502, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley concursal, tenía como justificación que era “de difícil comprensión que la Administración judicial al calificar el crédito, y, por tanto, con anterioridad al pago por el fiador, pueda hacer un ejercicio intuitivo en torno a la calificación del crédito del acreedor principal, pues lo normal es que opere el pago por subrogación adquiriendo el

fiador los mismos derechos que ostenta aquél conforme previene el artículo 1.212 del Código Civil (LEG 1889, 27). Y de no efectuarse el pago, el crédito del acreedor no puede estar sometido a otra calificación que no sea la que le corresponda de acuerdo con lo previsto en el PLC". Y del mismo tenor fue la enmienda número 283, presentada en el Senado. Ambas fueron rechazadas. Sin embargo, no puede atribuirse necesariamente al rechazo de tales enmiendas un significado acorde con la tesis literalista. El fracaso de las referidas enmiendas se debe, necesariamente, a la falta de voluntad del legislador de excluir del artículo 87.6 LC (RCL 2003, 1748) el segundo inciso. Pero con ello el legislador no expresa de una manera inequívoca que el mantenimiento del citado inciso se llevara a cabo con el fin de posponer los créditos con fianza de personas especialmente relacionadas con el deudor. Ni puede deducirse sólo de tal acto. Porque lo que se rechazó en vía parlamentaria fue la eliminación del segundo inciso del artículo 87.6 LC. Pero en el acto de rehusar la enmienda no va de suyo la asunción de la interpretación que el grupo parlamentario, presentador de dicha enmienda, utilizó para su justificación. Si así lo hubiera querido el legislador podía haberlo expresado con mayor claridad y contundencia. No lo hizo. Por tanto, el elemento histórico del iter legislativo consistente en el rechazo de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán no nos es útil a los efectos pretendidos».

De lo anterior se colige lo siguiente:

- a) Para la interpretación de la norma «A» no sirven los criterios literal, que llevaría a admitir ambas corrientes, e histórico.
- b) De acuerdo con el criterio teleológico, la justificación de la norma «A» sería evitar el fraude consistente en la subrogación del fiador especialmente relacionado en la posición más beneficiosa del acreedor.
- c) La norma «A» se encuentra desubicada del contexto de las normas de calificación de créditos.
- d) El elemento histórico del iter legislativo *no es útil* para la interpretación.

Es decir, *sólo el criterio teleológico y el sistemático son válidos para la interpretación de la norma cuya finalidad única es evitar el fraude.*

En virtud de lo anterior:

La aplicación de la norma «A» tiene como finalidad evitar el fraude; estando la norma «A» fuera de contexto; la interpretación «c» es la correcta.

- (v) La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Sevilla, de 14 de julio de 2005 (AC/2005/216800)

Con suma importancia al elemento sistemático, pese a lo dicho también en relación con el mismo, se afirma por el juzgador lo siguiente:

«...No se trata tanto de sacar conclusiones tajantes de la ubicación del precepto en un determinado capítulo y sección de la Ley Concursal (puesto

que es cierto que en esta Ley, como en la mayoría, no existe un orden y una sistematización perfectas y hay preceptos “desubicados”), sino de hacer una interpretación sistemática de la previsión legislativa, poniéndola en relación con las demás con las que tiene relación, y sacando las conclusiones que se entienden acordes con tal sistema, y que, por otra parte, no fuerzan, entiendo, la literalidad de la Ley...».

O sea:

Según una interpretación sistemática y relacionada de la norma «A»; la interpretación «c» es la correcta.

- (vi) La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de junio de 2006 (AC/2005/775)

La Audiencia Provincial de Barcelona justifica su razonamiento de la siguiente forma:

«...Tal finalidad es difícilmente rebatible, por más que pueda discutirse si es la única. Pero si se admite que esa finalidad (evitar la alteración de las reglas en materia de calificación de créditos por virtud de la subrogación por el fiador en la posición del acreedor afianzado) es la que justifica el precepto, no cabe duda que la interpretación que acoge la resolución apelada es la más adecuada para defender y hacer realidad el fin de la norma, sin imponer sacrificios injustificados o por lo menos de dudosa justificación. Se trataría de una interpretación “correctora” sólo en la medida en que, sin desbordar el acomodo en el tenor de la norma (que, ya hemos dicho, está necesitada de interpretación), ajusta el sentido gramatical a la finalidad perseguida.

La interpretación enfrentada, en cuanto determina atribuir al crédito del acreedor principal, que conforme a las reglas legales sería ordinario o bien privilegiado, la condición de crédito subordinado por el hecho de contar con la garantía personal de tercero especialmente relacionado con el concursado, y la consiguiente pérdida de garantías reales (“ex” art. 97.2 LC), desborda esa finalidad y requiere, para su razonable defensa, añadir otra más, como es la indicada de hacer padecer al crédito del acreedor principal dentro del concurso para estimular al acreedor a buscar su satisfacción fuera de él.

No obstante, ni la Exposición de Motivos ni ningún precepto de la Ley (como no sea el propio 87.6) permiten sostener con fundamento esa finalidad adicional que, de estar en la mens legislatoris, por su indudable trascendencia práctica, extraña que no se expresara directa y explícitamente. Más que finalidad que inspire la regla legislativa aparecería como un efecto o consecuencia práctica de los términos empleados, si es que se acepta la interpretación contraria, sin aparente conexión con expresadas razones de política económica legislativa. Frena, además, su deducción el hecho de que el propio sistema, del que se podría inferir esa finalidad, no prevé el lógico remedio o excepción para el supuesto, previsible, de que el acreedor no pueda lograr la satisfacción extraconcursal por el fiador, fundamentalmente por razón de la insolvencia de éste, haya sido o no declarado en concurso. Si tal finalidad inspira la norma, estimamos, no cabe duda que

el ordenamiento concursal la habría expresado, hubiera previsto las devastadoras consecuencias de su aplicación práctica y establecido las pertinentes excepciones a la regla».

Es decir:

- a) La interpretación correctora *ajusta* el sentido gramatical a la finalidad perseguida, que es la evitación del fraude.
- b) No es finalidad de la norma estimular el ejercicio extraconcursal de la acción del acreedor.

Con lo que puede extraerse que sólo la interpretación correctora se «ajusta» tanto al texto como al fin único de la norma.

Por lo tanto:

La norma «A» sólo tiene como finalidad evitar el fraude; las consecuencias de la interpretación «b» no se han previsto por el sistema; luego, la interpretación «c» es la correcta.

- (vii) La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Barcelona, de 13 de junio de 2007 (AC/2008/159)

El fundamento de esta sentencia es:

«...De esta manera, y siguiendo el tenor literal del precepto (aquí sí), cuando dice “y sin perjuicio de su sustitución del titular del crédito” en el caso de pago por fiador es cuando se justifica la decisión plasmada por el legislador, máxime cuando continúa el precepto indicando que, llegado este caso, es cuando se deberá optar por la calificación que mejor resulte para el crédito...».

Esto es, la lectura del precepto en cuestión abona la interpretación «c».

- (viii) La sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 2 de octubre de 2007 (AC/2008/242)

Su razonamiento es el siguiente:

«...Esta Sala, aun reconociendo lo dudosa que resulta la cuestión, en trance de tener que resolver el conflicto concreto planteado, se decanta por la segunda de dichas posturas. No es sólo que la misma viene ya avalada por diversos pronunciamientos judiciales, no conociendo hasta la fecha resolución alguna que siga el contrario, sino que además la consideramos como más conforme al espíritu y finalidad del precepto, que no es otra que la de evitar el referido fraude en la calificación del crédito del fiador frente al deudor principal, situación que sólo es posible que se produzca o pueda producir cuando el fiador paga al acreedor principal, no habiendo razón alguna para entender que el legislador haya querido convertir en subordinado todo crédito contra el concursado que esté garantizado con fiador especialmente relacionado con éste, y de, haberlo querido, debió decirlo

expresamente (se trata, sin duda, de una consecuencia excesivamente dura para el acreedor) incluyendo el supuesto claramente en la lista de los créditos “subordinados” del artículo 92, mientras que el pronunciamiento del artículo 87.6 no hace una clasificación de los créditos, sino que supone una mera prevención ante la posibilidad del citado fraude, siendo tal interpretación perfectamente compatible con la dicción del precepto cuyo texto no ha de ser forzado en momento alguno».

De esta forma: la interpretación correctora es la acorde con el «espíritu» y «finalidad» de la norma, que no es otro que evitar el «fraude», puesto que si el legislador hubiera querido mantener la interpretación «literal» tendría que haberlo dicho «expresamente», confirmando tal tesis una interpretación sistemática.

Así pues,

Las consecuencias de la interpretación «b» no han sido previstas por el legislador;
luego la interpretación «c» es la correcta.

B) SENTENCIAS QUE AFIRMAN QUE LA SUBORDINACIÓN SE PRODUCE SIN TENER QUE ACAECER EL PAGO DEL FIADOR (CORRIENTE MINORITARIA)

- (i) La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 10 de Santander, de 16 de marzo de 2007 (JUR/2007/125632)

«...CUARTO.—Ha de tenerse en cuenta que tal calificación no se vincula al titular del crédito sino al crédito en cuanto tal y no constituye una excepción a la subrogación, que opera de conformidad con el artículo 1.839 del Código Civil en toda su extensión. Si el objetivo hubiese sido exceptuar el régimen general de la subrogación, claramente se habría señalado así, vinculando la regla al titular del crédito y no a éste como objeto. Sin embargo, no se está modificando dicho régimen general que se produce igualmente ante un concurso declarado cuando concurren los requisitos legalmente previstos, esto es, el pago por el fiador, en cuyo caso sustituye al titular del crédito. Si lo pretendido hubiese sido diferente, hubiera sido necesario realizarlo expresamente, de modo similar a lo que acontece con el artículo 58 LC con relación a la compensación, sin que sea admisible que de manera tácita y no claramente establecida, se modifiquen los efectos de la fianza legalmente establecidos.

En consecuencia, entendemos que en los casos en que el fiador paga al acreedor en lugar del concursado, se subroga en la posición del titular originario del crédito y la subrogación se produce en toda su extensión, transmitiéndose el crédito en su integridad, extensión y contenido, incluida su calificación.

QUINTO.—Ciertamente es que como se ha adelantado al comienzo de la fundamentación jurídica de esta resolución, existen dos claras posiciones doctrinales y jurisprudenciales en la interpretación de este precepto, y tanto la que aquí se sostiene como la contraria poseen argumentos sólidos a su favor. Sin embargo, la finalidad y espíritu que se considera preside la norma y que es la que determina, en definitiva, la existencia de la interpretación correctora, no resulta patente y evidente. De hecho, las dudas

interpretativas no han surgido de la mera existencia del artículo analizado, sino que se han puesto de manifiesto una vez que se ha visto el resultado práctico que se obtiene con la interpretación literal, en principio e inicialmente no discutida. Tras comprobar la realidad del tráfico económico y mercantil y la incidencia que en el mismo tiene el artículo 87.6 LC, según su sentido literal, se ha acudido a dicha finalidad y espíritu de la norma, considerando que era contradictorio con el resultado práctico a que conlleva la interpretación literal. A partir de ahí se ha tratado de buscar acomodo legislativo a la interpretación correctora, entendiendo que se produce una distinción entre dos créditos y que se exceptiona el régimen general de la fianza. No obstante, ha de tenerse en cuenta que el significado literal de la norma fue necesariamente conocido por el legislador, teniendo en cuenta la enmienda presentada en el trámite parlamentario, por lo que no es posible que por vía interpretativa se dé un cambio radical a su sentido modificando completamente el resultado de la norma.

En este sentido, no puede desconocerse que en dicho trámite parlamentario este precepto fue objeto de una enmienda que, finalmente, no fue acogida, pero que de haber obtenido éxito hubiere supuesto la plasmación de la denominada interpretación correctora.

Atendiendo a estas circunstancias, teniendo en cuenta el escaso periodo de tiempo transcurrido desde la aprobación de la ley y que los antecedentes legislativos permiten concluir que el significado literal era conocido por el legislador, no es posible que por vía interpretativa se dé un cambio radical a su sentido, modificando completamente el resultado de la norma, todo ello, incluso a pesar de que en su estudio y aplicación se haya puesto de manifiesto la incidencia y consecuencias que tiene en el tráfico financiero y que pueda llegar a considerarse que su resultado es excesivo. En cualquier modo, la regla deja siempre abierta la vía al acreedor que disfrute de fianza de un tercero, de satisfacer su crédito fuera del concurso, dirigiéndose directamente frente a dicho fiador.

En definitiva, el artículo 87.6 LC mantiene la unidad e integridad del crédito, así como la subrogación legalmente establecida, que se produciría aún cuando no lo proveyese expresamente, en aplicación de las reglas generales contenidas en los artículos 1.838 y 1.839 del Código Civil. Lo único que añade, con independencia de lo anterior, es una regla especial relativa a la calificación de estos créditos que son únicos con independencia del cambio de titular y en ella, partiendo de la poda de privilegios que preside la ley, opta por aquella que resulta menos gravosa para el concurso.

Téngase en cuenta que de haberse pretendido la modificación de la calificación del crédito ante el cambio de titularidad, la redacción del precepto hubiera resultado de diferente tenor, en primer término porque supondría una excepción a la regla general del artículo 1.839 del Código Civil, con la consiguiente modificación del régimen de la fianza que no puede realizarse tácitamente. En segundo lugar, por la facilidad con la que es imaginarse una redacción en la que se previese dicho efecto.

Además, la interpretación aquí sostenida concuerda con el régimen previsto en la regla 7.^a del artículo 87 para los supuestos de pago parcial por el fiador, que es en el que en realidad nos encontramos y que supone una consecuencia y continuación de la regla anterior. En estos supuestos, cuando se reconoce la totalidad del crédito al acreedor garantizado, aún a

pesar de haber recibido parte por pago del tercero garante, la ley no prevé que se efectúen dos calificaciones distintas para dichos créditos (el correspondiente al acreedor garantizado y el del fiador) sino que alude al reconocimiento a favor del acreedor originario, de así solicitarlo, tanto de la parte que le reste por recibir de su crédito como de la totalidad que le corresponda al fiador que hizo el pago parcial, manteniendo la unidad del crédito y la unidad de la calificación. Esto en tanto que no se establece que en la calificación de la parte ya percibida se tenga en cuenta la identidad de su verdadero titular, esto es, el fiador».

De lo anterior, se extrae que:

- a) La calificación menos gravosa *no se vincula* al titular del crédito, sino al crédito, siendo acorde tal interpretación con el régimen de la subrogación.
- b) La interpretación correctora supondría una *excepción* al régimen de la subrogación, la cual legalmente implica la transmisión del crédito en su integridad, extensión y contenido, incluida su calificación.
- c) Las dudas interpretativas nacen de las *consecuencias prácticas* de la aplicación de la norma, según su significado literal no discutido y conocido por el legislador.
- d) La norma concuerda con las otras normas de reconocimiento de créditos y con el sistema de calificación, ya que sólo impone la unidad en la calificación del crédito sin concretarla.

De lo que puede extraerse como razonamiento el siguiente:

La interpretación literal de la norma concuerda tanto con el sistema jurídico concursal como con el propio de la fianza, corrigiéndose su interpretación por la perversidad de la misma para los intereses del acreedor.

Por lo que:

La interpretación «b» de la norma «A» concuerda con el sistema; los intereses de «d» no justifican la interpretación «c».

- (ii) La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 10 de Santander, de 19 de marzo de 2007 (*JUR/2007/125617*)

Con idénticos razonamientos que la anterior, a la cual nos remitimos.

- (iii) La sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 20 de mayo de 2008 (*JUR/2008/204798*)

Con claro apoyo en la interpretación literal, su argumento es el siguiente:

«...Para mientras la jurisprudencia, es decir, las Resoluciones reiteradas del TS, no nos ilumine, procede señalar que, conforme al principio in claris non fit interpretatio, la realidad interpretativa del precepto no puede ser otra que la de remitir la referencia de la calificación a los créditos contemplados en el primer párrafo del artículo, es decir, a los créditos en

los que el acreedor disfruta de fianza de tercero, créditos que son los expresamente contemplados en el artículo y que se reconocerán por su importe, sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. El segundo párrafo del artículo lo que efectúa es la calificación de esos créditos, y lo hace para todos los casos y conforme a la calificación que resulta menos gravosa para el concursado entre las que correspondan al acreedor o al fiador. El legislador está contemplando, y así se deriva del precepto, los créditos en los que el acreedor disfruta de fianza de tercero y a ellos les aplica la regla de calificación del segundo párrafo, y a ellos se está refiriendo necesariamente el sintagma "estos créditos". Todas las demás interpretaciones no hacen más que tratar de eludir un efecto no aceptado o estimado perjudicial desde las perspectivas de determinados intereses, que no son otros que los de las entidades crediticias, tan dignos de defensa como otros, pero que no se avienen con la expresión literal del precepto y que ven disminuidas las garantías de cobro de sus créditos. Por lo referido, y haciendo propios los argumentos de la sentencia recurrida, se desestima el recurso...».

Es decir, la literalidad ofrece la verdadera «realidad interpretativa» de la norma, por lo que la corrección de la misma sólo obedece a «intereses» particulares.

Por tanto:

La verdadera interpretación de la norma «A» es la «b»;
El fin de la interpretación «c» es evitar el perjuicio de «d».

Integrando los razonamientos interpretativos efectuados por las sentencias, anteriormente expuestas, podríamos ofrecer el siguiente, a modo de corolario:

- La norma «A», de carácter necesario para evitar el fraude, tiene como interpretaciones razonables y posibles «b» y «c».
- Ponderando los intereses de «d» y «e» y para evitar el perjuicio de «d», ya que las consecuencias de la interpretación «b» no han sido previstas por el legislador.
- La interpretación «c» es la correcta, al ser la que se adecúa al fin y al contexto de la misma.

Esto es, en nuestra opinión, la valoración y ponderación de los intereses en juego, es decir, los intereses del concurso y los del acreedor garantizado con fianza de tercero especialmente relacionado con el concursado, ha supuesto hasta la fecha la premisa que ha guiado a los tribunales hacia la conocida como «interpretación correctora» del artículo 87.6 de la Ley Concursal, ante la perversidad de los efectos de la denominada «interpretación literal». Dicha ponderación de intereses y el utilitarismo utilizado por los tribunales para resolver mayoritariamente el conflicto entre las dos mencionadas interpretaciones (con las excepciones expuestas), merece, a nuestro juicio, una crítica desde el fracaso de los propios principios reguladores de ambos sistemas —jurisprudencia de intereses y utilitarismo—, según se ha puesto de manifiesto en la doctrina interpretativa de las normas jurídicas, lo cual nos proponemos hacer en el último apartado IV de este trabajo, no sin antes reflejar

someramente cuáles son los principales fundamentos doctrinales, tanto de la denominada «interpretación literal» como de la conocida como «interpretación correctora».

III. SUCINTA EXPOSICIÓN DE LAS DOS CORRIENTES DOCTRINALES

No es objeto del presente trabajo realizar una prolija exposición de la multitud de opiniones e interpretaciones que, como resultado de tales, han venido proliferando desde la aprobación de la tan debatida norma jurídica.

En nuestra opinión, y debido a lo arduo del debate, considero que poco más se puede añadir de cierto interés en defensa de una u otra postura, si no es desde una perspectiva diferente. De esta forma, y con el ánimo de concisión del que intentamos dotar a esta breve exposición y con el espíritu de ubicar sistemáticamente el presente análisis, resumiremos las posturas de PERDICES, en la línea de la interpretación «literal» propugnada por el profesor ROJO, y la de CARRASCO, en la línea de la interpretación «correctora» defendida por el profesor OLIVENCIA, al considerarlas bastante explícitas en sus conclusiones en pro y en contra de las opiniones vertidas sobre la verdadera interpretación de la norma (siendo igualmente de las más citadas por las sentencias expuestas), remitiéndonos desde ahora a la extensa bibliografía al respecto citada en los trabajos de estos autores para quien quiera profundizar más en los razonamientos de ambas corrientes doctrinales, así como a los numerosos trabajos existentes en adscripción a una u otra corriente. Puesto que el propósito de este trabajo, y como hemos apuntado anteriormente, consiste en atender a una crítica de la línea judicial mayoritaria, abonada a la interpretación «correctora» por ser, en cierto modo, deudora de postulados interpretativos clásicos propios de la jurisprudencia de intereses y del utilitarismo interpretativo, en nuestra opinión, igualmente mecadores de crítica.

Antes de nada, cabe decir que en el espíritu de ambas líneas interpretativas subyace, a nuestro modo de ver, un cierto grado de contestabilidad recíproca a sus postulados, como no puede ser menos, debido a la oscuridad de la norma debatida, aunque no hayan faltado algunas voces vehementes que hayan calificado como aberrantes los resultados de la postura contraria, lo que, a nuestro juicio, no puede ser debido más que a concretas posiciones de parte sobre la materia, en defensa de uno solo de los intereses en juego, vuelvo a repetir, por la oscuridad de la norma y la dificultad interpretativa de la misma.

A) LA INTERPRETACIÓN «CORRECTORA»

Para CARRASCO (1) la interpretación del artículo 87.6 de la Ley Concursal no puede realizarse desde un punto de vista literal o gramatical, sino que merece la práctica de dos restricciones, a saber, la regla sólo resulta de aplicación cuando el crédito ha pasado a titularidad del garante o codeudor y, en segundo lugar, debe suponer una adquisición total o parcial del crédito, vía subrogación por pago postconcursal. De esta forma, el citado autor opina (2)

(1) Ángel CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 2.^a ed., Thomson-Civitas, pág. 274 y sigs.

(2) Vid., *op. cit.*, págs. 275 y 276.

que: «...la regla de la calificación menos gravosa viene a significar entonces que por vía de subrogación postconcursal, el fiador no puede pretender ejercitar el regreso como un acreedor privilegiado si el acreedor común no lo era, aunque el fiador (codeudor) lo fuera; para ello debería haber pagado o consignado antes del concurso. Si el crédito era privilegiado pero el reembolso no, el fiador o codeudor no podrán subrogarse en este privilegio, pues si hubiera querido fortalecer su crédito de regreso debería haberse preocupado por buscar él mismo una garantía, o haber pagado o consignado antes de la quiebra, para insinuarse de esta forma como acreedor privilegiado por vía de subrogación».

CARRASCO afirma que la interpretación literal no interesa al debate ni tampoco la interpretación auténtica de la voluntad del legislador sino que (3): «...Importa sólo qué razones materiales existen para considerar que el acreedor de un concursado debe ser rebajado al rango de subordinado por el solo hecho de que el crédito esté afianzado por un "insider" del concursado», finalizando con una aporía de la interpretación «correctora» del siguiente tenor (4):

«...Por tanto, benditos sean los buenos jueces que corrigen las malas literalidades de las leyes y desechan las interpretaciones auténticas del legislador».

Desde este momento, no podemos resistirnos a entender las alabanzas realizadas a los jueces desde el prisma de la interpretación «correctora», como cercanas incluso a los postulados de la Escuela del Derecho Libre (*Freirecht*). Como prueba de este paralelismo, cabe recordar las palabras de uno de sus máximos exponentes Ernst FUCHS (5), quien propuso incluso la siguiente adición al articulado del BGB: «En la interpretación de la ley no se atenderá a su sentido literal, sino que investigará su voluntad y espíritu. Para ello tendrá en cuenta, tanto su significado económico y social, como el desarrollo de las relaciones. Si la ley permite diversas interpretaciones, preferirá las que vayan mejor dirigidas al progreso de la vida y del tráfico. Donde la finalidad de la ley o un apremiante interés del comercio o de la vida jurídica lo exijan, el Juez perfeccionará el texto legal mediante normas jurídicas que lo restrinjan, extiendan, corrijan o completen». Es decir, cuando un apremiante interés del comercio lo exija (evidentemente, en nuestro caso, el interés del acreedor afianzado por persona especialmente relacionada), el Juez perfeccionará la norma jurídica corrigiéndola.

Tampoco podemos olvidar las palabras del Profesor DE CASTRO (6), con las que el eximio jurista criticaba tal concepción en la realización e interpretación del Derecho: «...Es una lamentable consagración del criterio individualista [en referencia al célebre art. 1 del Código suizo y la excesiva potestad otorgada por el mismo al juez] obliga al Juez a dar al caso la solución que corresponda a su convicción política, personal, desconociendo los principios morales sobre los que se basa la vida de la nación. Parecida censura se puede dirigir a todas las doctrinas del Derecho libre. Tiene un sentido político de enemiga a la organización, fuerza y cohesión del Estado; su base filosófica es positivista o individualista, las más de las veces teñida de materialismo marxista, desconoce la existencia de valores objetivos y, en contra de la Constitución del Estado, coloca al arbitrio judicial por encima de los demás poderes jurídicos».

(3) Vid., *op. cit.*, pág. 277.

(4) Vid., *op. cit.*, pág. 279.

(5) Ernst FUCHS, *Die Justiz*, 1925.

(6) Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*. Civitas, págs. 452 y 453.

B) LA INTERPRETACIÓN «LITERAL»

PERDICES (7), aún reconociendo la desafortunada redacción de la norma, afirma que ésta tiene una finalidad clara: «...la de asegurar la eficacia de las nuevas reglas de subordinación de créditos, y más concretamente en lo referido a las causas subjetivas de subordinación... La misma supone, en esencia y en su redacción actual, una anticipación de la subrogación a efectos de calificación, de modo que el crédito principal se va a clasificar como si esa sustitución (subrogación) ya se hubiese producido. Ciertamente eso redundará en perjuicio de la calidad del crédito concursal del acreedor principal, que lo ve subordinado, pero sin duda ello se compensa en la mens legislatoris con la posibilidad del acreedor de reclamar extraconcursalmente frente al fiador y, tal vez, y acaso esa sea una vía de investigación interesante, en el beneficio o menor gravosidad para el concurso que ello supone».

Este autor también reconoce que la norma peca tanto por defecto como por exceso, al mantener que (8): «Así, de un lado, deja fuera supuestos que, siguiendo la lógica del legislador, debería comprender, como los del acreedor principal subordinado afianzado por un garante común o privilegiado, que puede obtener extraconcursalmente la integridad del crédito desplazando sobre los demás acreedores concursales la carga de un reembolso ordinario o privilegiado del fiador. Pero por otro lado, comprende otros supuestos que no tiene sentido que acoja, como los referidos a los supuestos donde acreedor principal y fiador ostentan créditos de distinta clase pero ninguno de ellos subordinado, y donde la letra de la ley parece conducir inexplicablemente a una calificación "a la baja" del crédito privilegiado».

PERDICES finaliza ingeniosamente su análisis de la siguiente forma (9):

«Así, aun admitiendo que a la vista del artículo 87.6 LC, tal vez lo mejor sería dejar actuar al Derecho y a sus intérpretes sin las constricciones de la letra de la ley, procediendo simplemente a la derogación de la norma, nos atrevemos a pensar en una redacción de un tenor que podría ser el siguiente:

"Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de terceros se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. En este último supuesto, y si el fiador fuese persona especialmente relacionada con el deudor, el crédito en que se subrogue pasará, en todo caso, a clasificarse como subordinado. No obstante, se podrá clasificar inmediatamente como subordinado el crédito garantizado con fianza de tercero especialmente relacionado con el deudor si se acredita la posibilidad de su titular de satisfacer su interés, íntegramente y sin perjuicio propio, con cargo a dicho garantía"».

O sea, como hemos visto para uno de los mayores defensores de la interpretación «correctora», la solución pasa por la función del juez *ome bueno* para llevar a cabo dicha corrección desechando las interpretaciones auténticas del legislador, mientras que para otro de los principales autores que se inclinan por la interpretación «literal», la solución pasa por una derogación de la norma o bien una modificación de la misma.

(7) Antonio B. PERDICES HUETOS, *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal. Estudios de Derecho Concursal*. Thomson-Civitas, 1.ª ed., 2005, pág. 80.

(8) Vid., *op. cit.*, pág. 81.

(9) Vid., *op. cit.*, pág. 107.

IV. LA INTERPRETACIÓN «CORRECTORA» Y LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES

Para un acercamiento a la Jurisprudencia de intereses, resulta de enorme interés el conocimiento de los trabajos de don Jerónimo GONZÁLEZ publicados en esta misma Revista, debido al análisis y crítica que de la misma hizo el ilustre jurista (10) (11), como de hecho puso de manifiesto José Luis DE LOS MOZOS en otro trabajo publicado también en esta Revista (12).

Desechando a la Escuela del Derecho Libre que «libera» al juez de la norma escrita, la jurisprudencia de intereses viene presidida por la ponderación de intereses o la teoría de conflictos.

Expone don Jerónimo GONZÁLEZ (13) que para la jurisprudencia de intereses toda norma jurídica decide un conflicto de intereses, descansa en su actuación recíproca y aparece como un componente de fuerzas. El fin de la Ley apunta hacia el interés vencedor, su contenido pondera las energías de los combatientes y en cuanto a la función judicial, advierte que (14): «...si el Juez se halla obligado a observar la Ley, tiene, como el legislador, intereses que deslindar y conflictos que resolver. La lucha entre las partes los pone de relieve, y, al decidirla, debe aplicar la ponderación fijada por el legislador. Además ha de tener en cuenta que nuestras leyes son escasas en comparación con los innumerables problemas de la vida, imperfectas y no exentas de contradicciones. El legislador moderno se hace cargo de todo ello, y no espera del Juez una servil y literal sumisión, sino una obediencia racional que atienda a los intereses en juego; ni solamente la subsunción lógica bajo los mandatos promulgados, sino el complemento de los defectuosos y la rectificación de los equivocados. En resumen: el juez no debe circunscribirse a la aplicación de lo mandado; ha de custodiar los intereses protegidos por la Ley».

En una reflexión final sobre la jurisprudencia de intereses, don Jerónimo GONZÁLEZ (15) no le quita ciertos méritos a la misma, aunque al final la viene a calificar de ilusoria más que de realista, al pronunciarse del siguiente modo: «La escuela de Tubinga tiene el indiscutible mérito de centrar los problemas capitales de la jurisprudencia sobre dos quicios de extraordinaria validez: a) el texto legal que los partidarios del derecho libre habían arrojado por la borda en la borrasca que a fines del siglo pasado corría la justicia; b) la doctrina del interés protegible, entendido, no en el sentido del materialismo histórico, sino como energía latente en las aspiraciones humanas, vulgares o nobles, prácticas o románticas. Con ello ha dado el golpe de muerte al logicismo, o mejor, ha reducido la construcción a sus verdaderos límites, ha superado los problemas normativos de los cognitivos y de formulación sistemática y, sobre todo, ha llamado la atención de los juristas hacia los sectores vitales y hacia las funciones de la sociedad. Pero sin listas de intereses, ni jerarquía de valores, ni módulos de

(10) Don Jerónimo GONZÁLEZ, «Jurisprudencia de intereses», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 126, 1935.

(11) Don Jerónimo GONZÁLEZ, «La Escuela de Tubinga», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 128, 1935.

(12) José Luis DE LOS MOZOS, «Jerónimo González, divulgador y crítico de la jurisprudencia de intereses», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 619, 1993.

(13) *La jurisprudencia de intereses*, pág. 414.

(14) *La jurisprudencia de intereses*, pág. 417.

(15) *La Escuela de Tubinga*, págs. 574 y 575.

reducción, ni reglas para medir las variadas dimensiones de los impulsos, deseos o anhelos humanos y la energía de las corrientes sociales, la ponderación de fuerzas o intereses es una ilusión más que una realidad asequible a corto plazo».

HECK (16), uno de los acuñadores de esta jurisprudencia de intereses, entendía que necesitábamos tener una confianza en el Derecho para poder tener seguridad, tanto en la vida diaria como en la de las grandes empresas, por ello quien invierte debe tener seguridad que sus inversiones e intereses se verán protegidos, seguridad que se trasluce en que cada conflicto jurídico será protegido por una norma jurídica bien ponderada.

En nuestra doctrina, DE CASTRO (17) hizo una crítica demoledora de la jurisprudencia de intereses al decir que: *«La doctrina es, sin embargo, inaceptable. Tiene un vicio de origen insubsanable; parte, como Ihering, de una concepción filosófica positivista, materialista y determinista; se suprime el elemento personal y se desconocen los valores objetivos. Típica de su formación filosófica será la incomprensión asombrada ante el ataque de los representantes de teorías idealistas o realistas, y su ingenua creencia de que el hecho de hablar de intereses morales y religiosos impide el que se le califique de positivista. Su prejuicio positivista es el que le oculta que el hecho de colocar en igual plano a los intereses morales y religiosos que a los materiales, y, como otros tantos apetitos, es materialismo; que estimar a todas las concepciones religiosas, morales y políticas igualmente válidas, es individualismo y escepticismo... El Derecho y la función de los juristas quedan reducidos a la más mezquina técnica, a la de la máquina registradora de las pesadas de intereses hechas por el legislador; la actividad legislativa queda fuera de su objeto y el juez, en caso de laguna de ley, se abandona a su libre arbitrio».*

Pues bien, esta lucha interna de intereses, esta ponderación o conjugación de valores es la que, a nuestro juicio, se está intentado desvelar mediante la «interpretación correctora», es decir, la contraposición formal entre el interés del concurso (por mucho que incluso se haya llegado a afirmar la inexistencia de este concepto, cuando en nuestra opinión resulta bastante clara la existencia del mismo en la Ley Concursal) y el interés del acreedor garantizado con fianza prestada por persona especialmente relacionada con el deudor concursado. Para ello y reconociendo como finalidad de la norma el evitar el fraude consistente en la subrogación del fiador en la posición del acreedor con una calificación de su crédito no subordinada, resulta que es la defensa del interés del acreedor la que ha de prevalecer en esta pugna.

En nuestra opinión, no consideramos que esta interpretación correctora se sienta también sobre la base de la ponderación previa de tales intereses en la *mens legislatoris*, sino que su postura reside más en la ulterior labor de ponderación que ha de realizar la autoridad judicial, quien aunque sujeta a la ley pero libre del tenor literal de la misma, ha de fallar conforme a lo que estiman interés general en perjuicio de lo que en su labor subyace, como interés particular.

Como puede verse, el determinismo en la práctica de la tarea interpretativa está servido, el juicio de valor es el realizado y la corrección practicada es la que debe prevalecer para guarecer el interés general del rigor expresado por el legislador.

(16) Philip HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912.

(17) DE CASTRO, vid., *op. cit.*, pág. 455.

Esta «interpretación correctora» y pese a sus alardes interpretativos literales realizados sobre la norma jurídica, sobre todo en relación con la expresión «...*estos créditos...*», no es menos cierto que en realidad se aparta con claridad del tenor de la Ley, aunque asuma la finalidad de la misma generalmente propugnada como es la de evitar el fraude citado. Por supuesto que no es nuestro propósito realizar una defensa del denostado principio *in claris non fit interpretatio*, ya que en realidad y por lo general, no creemos en la existencia de sentidos claros en la norma (18), debiendo en todo caso, realizarse una interpretación de la misma en su dimensión teleológica o finalista, como fin de la verdadera labor del intérprete. Aunque tampoco opinamos que la interpretación literal deba ser desterrada por completo, o criticada hasta sus últimas consecuencias. Esta creencia, desde luego, no puede ser tildada de un apego positivista en relación con la interpretación normativa, máxime viniendo de posturas tan cercanas a la jurisprudencia de intereses que, como hemos tenido ocasión de comprobar, sí parten del texto de la ley para llevar a cabo su particular interpretación de la misma conforme a la escala o jerarquía de valores predeterminada, o incluso, por qué no, configurada *a posteriori*, una vez «enfrentados» los intereses a la perversidad normativa.

La interpretación literal de la ley pervive en aquellas modernas teorías interpretativas donde parece negarse que la misma juegue cualquier papel importante (19). De esta forma, GIMENO PRESA confirma la pervivencia de este sistema interpretativo en las recientes teorías de GUASTINI y HERNÁNDEZ MARÍN, al decir que: «*Tras el examen, estas dos teorías de la interpretación jurídica, la de Guastini y la de Hernández Marín, podemos sostener que la interpretación literal está presente en ambas. Si tenemos en cuenta la definición que el autor italiano da de un significado literal, como el significado prima facie, inmediato de un enunciado lingüístico, y, teniendo además en cuenta que para este autor el lenguaje es siempre vago y ambiguo, la conclusión a la que llegaremos es que ninguna expresión tiene un significado literal. Sin embargo, si partimos de otra definición de significado literal concibiéndolo como los significados que una expresión pueda tener en virtud del sentido en sus términos y de la conexión que éstos tienen en dicha expresión, al margen del contexto (definición, por ejemplo, de la que parte Hernández Marín y que pareciera aceptar el mismo Guastini), nos encontramos con que en la doctrina de Guastini la interpretación literal no sólo juega un rol primordial, sino que es totalmente coincidente con la interpretación jurídica. Centrándonos ahora en la postura de Hernández Marín, tenemos que, dado el concepto del que parte para definir el sentido literal y teniendo en cuenta su teoría de la interpretación del Derecho, está claro que interpretar éste no es nunca interpretarlo literalmente. Sin embargo, consideramos que no es incompatible con la teoría de este autor sostener que en el proceso para determinar el sentido total de una expresión, la determinación del sentido literal juega un rol importante, por lo que si bien interpretar el Derecho no es interpretarlo literalmente, para interpretar aquél se debe tener en cuenta, entre otros aspectos, el sentido literal de la expresión.*

(18) Sobre este tema, vid. Laura MIRAUT MARTÍN, «Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIX, enero de 2002.

(19) Sobre el particular, vid. María Concepción GIMENO PRESA, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIX, enero de 2002, pág. 147.

Pues bien, si hemos, por tanto, que conceder un importante rol interpretativo a la interpretación literal, incluso desde teorías que *prima facie* parecen negar dicho valor, no es menos cierto que la «interpretación correctora» tergiversa el texto normativo analizado. De esta forma, PERDICES (20) recoge como apoyo a su tesis el resultado de una consulta realizada al efecto a la Real Academia de la Lengua Española, quien confirmó que la expresión «estos créditos» del segundo inciso de ese artículo se refería a «los créditos en que el acreedor disfrute de fianza de terceros», pudiéndose colegir, por tanto, que no al caso en que en esos créditos se hubiese producido una sustitución del titular.

Admitiendo, como no podía ser de otra forma, que la labor interpretativa tiene como resultado la búsqueda de la finalidad de la norma y si ésta es la de evitar el fraude expuesto, ¿por qué se desdeña la interpretación literal por la corriente correctora de la norma?, ¿por qué se acusa a la corriente, mal denominada literalista, de no atender al espíritu y finalidad de la norma?, pero si ambas posturas defienden que es evitar el fraude, ¿quiere esto decir que dicho fin puede ser conseguido sólo tras la ponderación de los intereses en juego? A nuestro juicio, no. Como hemos expuesto, la interpretación literal de la norma no abona la corrección de la misma, pero es que consideramos que ni siquiera la interpretación teleológica que realiza dicha corriente correctora sea la que debe prevalecer, si no es también ante la perversidad de la ponderación determinista de los intereses en juego.

Es decir, la interpretación finalista realizada por el denominado sector literalista tiene su fundamento teleológico e incluso lógico-sistemático, o sea, evitar el fraude perseguido con respeto a la normativa reguladora de la subrogación en la fianza que supone la subrogación en la calificación del crédito, ¿cómo puede entenderse con respeto íntegro a los efectos del contrato de fianza que es la subrogación la que opera un cambio de calificación del crédito?

Desde luego, creemos que no sólo la redacción de la norma, sino la oportunidad de la misma, no es justificada, todo ello desde el anhelo de contar con un método de fijación del Derecho regido por un principio de economía normativa o legal, configurado por los principios de eficacia que exige la eliminación de las normas innecesarias, puesto que, como decía MONTESQUIEU, las leyes inútiles debilitan las necesarias, así como por el principio de sencillez que implica la no creación y la austeridad o moderación en el establecimiento de instituciones jurídicas, no creando más que las estrictamente necesarias (21).

Si como creemos, los resultados de la norma, pese a la interpretación defendida, exceden al propósito de la misma, no puede mantenerse la referida en nuestro sistema concursal si no es desde una posición maquiavélica respecto de la existencia de la misma, esto es, sin creer que el legislador ha actuado cual Príncipe creyendo en que el fin (evitar el fraude) justifica el medio (la dureza del resultado que, indudablemente conlleva la aplicación del art. 87.6 de la Ley Concursal sin una corrección valorativa del mismo, por otro lado, a todas luces injustificada). ¿O es que en nuestro Ordenamiento Jurídico no

(20) Vid., *op. cit.*, nota núm. 30, pág. 103.

(21) Véase al respecto, Alberto MONTOSO BALLESTEROS, «Incidencia de la seguridad jurídica en la estructura y forma lógica de la norma jurídica», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XV, enero de 1998.

existen normas como el artículo 6.4 y el artículo 7 del Código Civil que permitirían a la administración concursal la calificación del crédito en función de las circunstancias del caso y bajo la «espada de Damocles» de tales preceptos? ¿Cuál es el por qué del mantenimiento de la existencia de una norma como la del artículo 87.6 de la Ley Concursal? ¿Para qué propugnar modificaciones a la misma o interpretaciones auténticas sobrevenidas a la misma, si no es atentar contra el contenido imperativo del enunciado de una norma y volver al estilo suasorio de las viejas leyes que contenían excesivas explicaciones y *rationes* justificativas del mandato legislativo, si no es atentar contra la necesidad de un Ordenamiento Jurídico claro, sencillo y eficaz? Quizá demasiadas preguntas, con la esperanza de obtener nula respuesta. Aunque de una cosa sí que estamos seguros, ¡la proscripción del fraude de ley, del abuso del derecho y del ejercicio antisocial del mismo hubiese bastado, por sí solos, para cumplir con el fin del legislador con la presente norma!

Asimismo, y en dicha creencia una «interpretación correctora» no puede ser el resultado a la exégesis de la norma si no es desde una errónea concepción o creencia de la existencia de que la hermenéutica ha de venir presidida por el mantenimiento de un malentendido interés general (interés del acreedor) sobre un también incompresiblemente enjuiciado como interés particular (interés del concurso).

En fin, no debe olvidarse que como decía DE CASTRO (22): «...*El respeto a la ley impone buscar su verdadero sentido, investigando su fin, pero también ordena que se impida desviar su significado claro con trucos de lequileo*».

V. LA «INTERPRETACIÓN CORRECTORA» Y EL UTILITARISMO

El haber tratado la conexión, que de contrario ha de aceptarse que al menos aparenta, la interpretación correctora con la jurisprudencia de intereses desde una posición crítica sobre la misma, no supone que en los resultados (no sabemos si también en los planteamientos o razonamientos realizados *a priori* para la resolución del problema) también encontremos ligazones o vínculos con lo que pudiera denominarse utilitarismo interpretativo (ya hemos visto antes, como los panegíricos llevados a cabo ante las resoluciones judiciales mayoritarias expuestas, nos hacen recordar al superlativo papel otorgado por el *Freirecht* a la labor judicial).

Pues bien, resulta ampliamente conocido que el utilitarismo y su precursor BENTHAM, proponen un método para el razonamiento moral, en el que no hay conductas malas o buenas por sí mismas, sino que el calificativo a las mismas sólo puede ser otorgado tras un cálculo o ponderación de los beneficios o perjuicios que supongan para cada caso. La conducta ética acertada es aquella que consigue un mayor beneficio con un menor perjuicio, de forma que consiga la mayor facilidad para el mayor número de interesados.

En nuestro caso, la norma analizada tiene como fin evitar el fraude, mas en la aplicación de la misma se encuentra latente un claro conflicto de intereses —el del acreedor y el del concurso—, los cuales han de ser ponderados o medidos para que el resultado de dicha aplicación normativa lleve a los mayores beneficios con el menor perjuicio. Esto es, volvemos a contraponer interés general frente a interés particular, entendiendo por aquél (desde esta

(22) DE CASTRO, vid., *op. cit.*, pág. 468.

corriente correctora) el interés del acreedor que financia las operaciones y posibilita la práctica de las mismas dentro de un sistema, y por éste, el interés del concurso. La lógica sería similar a la contraposición de intereses que, por ejemplo, existe entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, ¿cuál ha de prevalecer?

Como método resolutivo, tradicionalmente han existido en este campo las conocidas teorías conflictualistas, cuyos defensores ante la pugna de intereses manifiestan que ambos intereses existen, pero que son manifiestamente incompatibles. Mientras que, por otro lado, se encuentran las teorías no conflictualistas que sostienen que sólo en la apariencia puede existir dicho conflicto de intereses, no en la realidad, por lo que han de delimitarse correctamente los mismos.

En un trabajo sobre «conflictos de derechos», MORELLI (23) nos expone la crítica que realiza John FINNIS en su obra *Fundamental of Ethics* al utilitarismo, diciendo, sobre todo, que es imposible identificar y valorar todas las consecuencias beneficiosas y perjudiciales que pueden seguirse de un acto.

Así, en el campo del razonamiento jurídico, MORELLI (24) afirma que las objeciones que pueden realizarse al pretender transformarlo en un cálculo de intereses son las siguientes, pues este método utilitarista:

- a) *Pretende “compensar” intereses de un sujeto con los de otro sujeto, cuando se trata de titulares diversos (...).*
- b) *Pretende reducir todos los intereses jurídicos a un denominador común que permita calcular con ellos cuando son inconmensurables (...).*
- c) *No da cuenta de la existencia de derechos fundamentales absolutamente “inviolables”, y que por ello no pueden ser nunca desconocidos (...).*
- d) *Desconoce que si bien puede hablarse de alguna “jerarquía” de derechos, no es lícito desconocer un derecho por más inferior que sea sin cometer una injusticia.*
- e) *Sostiene implícitamente la autolimitación de los derechos, pero es imposible advertir el límite de los derechos si no reconoce un criterio normativo superior».*

Por ello el utilitarismo interpretativo llevado a cabo por la denominada «interpretación correctora» no nos parece adecuado, tanto si en la génesis de su pensamiento late una concepción conflictiva o simplemente delimitadora de ambos derechos. La contraposición de intereses y su valoración no puede ser el método que ofrezca la solución sobre la correcta aplicación del artículo 87.6 de la Ley Concursal. La abstracción realizada de las diversas situaciones en que pueda originarse el pretendido conflicto no supone más que una generalización indiscriminada de los derechos del acreedor y del fiador en la práctica de los mismos. Las situaciones en dicho ejercicio pueden ser de lo más variopinto, sin que podamos aceptar un sacrificio del interés del concurso en pos del interés del acreedor, tal y como está redactada la norma y de acuerdo con el espíritu de la misma comúnmente aceptado.

(23) Mariando G. MORELLI, «Los llamados “conflictos de derechos”. El cálculo de bienes utilitarista y la crítica de John Finnis», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 7, 2003/2004.

(24) Vid., *op. cit.*, pág. 85.

La «interpretación correctora» a lo que realiza, a nuestro juicio, es una corrección en la aplicación de la norma mediante la determinación de una insostenible jerarquía de situaciones o derechos. La confusión producida por la aducida falta de claridad del texto normativo no puede ser resuelto sin atender al resto de criterios interpretativos, o sin atenderlos en su justa consecuencia. Ni el recurso a la aludida interpretación sistemática ni teleológica sirven como correctores o parámetros de valor para el establecimiento de la pretendida jerarquía, ni para la práctica de una predeterminación de la consecuencia jurídica de la norma.

Es el conflicto de valores el que supone que dicha «interpretación correctora» se aparte de la interpretación literal que, como hemos visto, no puede ser desdeñada, así como de la propia interpretación finalista de la norma que no es otra que querer evitar el fraude que pudiera realizar el fiador, sin que la interpretación sistemática realizada (desubicación de la norma, por lo que respecta a las normas de calificación del crédito) pueda ser preferida a la no atención de los efectos de la fianza en la subrogación, lo que supone que la práctica de la misma no califica al crédito, sino que éste ya viene calificado desde el nacimiento del mismo en el patrimonio del acreedor, por seguir hablando de sistema y contexto.

Por ello, la generalización pretendida y predeterminada al vencimiento de uno de los intereses, no puede ser la solución interpretativa a la norma, ya que no podemos olvidar que la conocida como «interpretación literal» tiene sólidas bases, tanto desde el criterio gramatical como desde el teleológico o sistemático.

Es más, tampoco puede desconocerse que en la fase de realización de la ley, el legislador desatendió la llamada sobre los efectos (sin duda) perniciosos de la norma, ya que la enmienda propuesta a su articulado con dichos fines, fue sin más rechazada. No quiere ello decir que pueda afirmarse una asunción y previsión de las consecuencias que se conseguirían con el mantenimiento de la norma sin la enmienda producida, pero al menos sí que puede colegirse que el legislador desoyó la «corrección» propuesta, ¿por qué?, imposible de explicar sino es mediante un abuso de la teoría subjetiva de la interpretación, el cual no es aconsejable realizar.

En fin, estamos ante una norma difícil en su interpretación y cuyos efectos pudieran haberse obtenido mediante el recurso a otros mecanismos protectores existentes en nuestro Ordenamiento Jurídico (fraude de ley y abuso del derecho), lo que aconseja, a nuestro juicio, que para evitar las gravísimas consecuencias de la misma que surgen con la correcta, que no correctora, aplicación de la misma, una derogación del referido texto normativo, en aras a evitar que la ponderación y valoración de los intereses sea el parámetro para la predeterminada solución propuesta y que hasta ahora viene siendo la más generalizada.

¡No caigamos con estas ponderaciones propuestas en el conocido razonamiento de Caifás para condenar a Jesucristo: Es preferible que un hombre inocente muera para salvar a un pueblo!

RESUMEN

CONCURSO

La interpretación correctora del artículo 87.6 de la Ley Concursal (mayoritariamente aceptada) frente a la denominada interpretación literal, no puede mantenerse si no es desde la adopción de postulados propios de la jurisprudencia de intereses y del utilitarismo interpretativo, así como desde una errónea e indebida ponderación de los intereses en conflicto ante la reconocida perversidad de la norma.

ABSTRACT

MEETING OF CREDITORS

A majority has accepted the corrective interpretation of article 87.6 of the Bankruptcy Law over the literal interpretation, but it is impossible to maintain the corrective interpretation without adopting the postulates of case law on interests and interpretative utilitarianism and without weighting the interests in conflict erroneously and unduly in response to the acknowledged wrongness of the rule.

3. URBANISMO

EL RÉGIMEN TEMPORAL DE LA NOTA MARGINAL DE INICIACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS REPARCELATORIOS

por

VICENTE LASO BAEZA

Abogado

I. CONSIDERACIÓN PREVIA

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de julio de 2007, permite plantear determinadas cuestiones referidas al régimen temporal de la nota marginal de iniciación de los procedimientos correspondientes a la tramitación de los proyectos de equidistribución.

En concreto nos referimos al desenvolvimiento de la prórroga de la nota a la vista de una regulación, la contenida en el artículo 5.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que, a partir de unos términos excesivamente generales, ha dado pie a una interpretación restrictiva susceptible de generar riesgos y dificultades claramente innecesarias en el desarrollo ordinario de los procedimientos de equidistribución.

Puede decirse que el hecho de haber olvidado en parte la finalidad esencial de la nota, el acceso pacífico de los proyectos de equidistribución al Registro de la Propiedad, ha sido el causante de su falta de comprensión, según su mero carácter instrumental, habiéndose desentendido la práctica de su verdadera razón de ser.

Retomar por ello de nuevo el sentido y finalidad de la nota marginal es lo que permite situar en sus justos términos su régimen temporal, apoyándonos en este punto en la duración y prórroga de las anotaciones preventivas conforme a la redacción dada al artículo 86 de la Ley Hipotecaria por el apartado 2 de la Disposición Final 9.^a de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Tarea para la cual resulta igualmente útil la Resolución de 16 de julio de 2007, no tanto por cuanto resulta de la doctrina que en ella se sostiene como por los hechos que sirven de base a su pronunciamiento final, hechos que ponen sobre la mesa el proceder del Registrador con la práctica sucesiva de diversas prórrogas de la nota marginal en plena sintonía con la posición que aquí mantenemos.

II. LOS TÉRMINOS DE LA RESOLUCIÓN DE 16 DE JULIO DE 2007

El origen de la resolución se encuentra en la negativa del Registrador de la Propiedad a cancelar una nota marginal de afección de una determinada finca al sistema de compensación.

Siendo los Hechos considerados en la Resolución lo verdaderamente relevantes a los efectos de este breve comentario, pasamos a reproducir, a continuación, los que consideramos de mayor interés:

«I. En el folio registral de la finca... del término de Uceda, Registro de la Propiedad de Cogolludo, consta practicada, con fecha 15 de julio de

1992, nota marginal de afección al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación de la finca denominada Peñarrubia, conforme a los artículos 129 de la Ley del Suelo y 169 del Reglamento de Gestión Urbanística. Dicha afección fue prorrogada por tres años más mediante nueva nota de fecha 6 de mayo de 2002, extendida al amparo de los artículos 310.2. del Texto Refundido de la Ley del Suelo y 5.2. del Real Decreto 1093/97, de 4 de julio. En los mismos términos se extendió nueva nota marginal de prórroga por otros tres años, con fecha 6 de mayo de 2005.

Las tres citadas notas marginales se practicaron en forma concisa, con remisión a sus respectivas extensas, obrantes en el historial de la finca 5.839. En dicho historial constan practicadas las siguientes notas marginales (aparte otras que no interesan a este expediente): afección al sistema de Compensación de la finca Peñarrubia, de fecha 15 de julio de 1992; afección al Sistema de Compensación de la finca Peñarrubia, de fecha 25 de abril de 1996; prórroga por tres años de la nota anterior, de fecha 19 de abril de 1999; prórroga por tres años de la nota anterior, de fecha 6 de mayo de 2002; y prórroga por tres años de la nota anterior, de fecha 6 de mayo de 2005. Todas las notas se extendieron a solicitud del Presidente de la Junta de Compensación.

II. Con fecha 21 de enero de 2006, el Registrador de la Propiedad de Cogolludo expide certificación acreditativa de que, a tal fecha, no se ha inscrito el Proyecto de Compensación de la finca Peñarrubia.

III. Mediante escrito fechado el 11 de diciembre de 2006, don Rafael F. L., en nombre y representación de la mercantil T.F.H.A. y C., S. L., titular registral de la finca, solicita al Registro de la Propiedad la desafectación de la misma al sistema de compensación...».

Solicitada, por lo tanto, la cancelación de la nota de 6 de mayo de 2005, dice la Resolución lo siguiente en su Fundamento de Derecho 2:

«2. Cualesquiera que fuesen las razones que en su día movieran al registrador a prorrogar hasta el 6 de mayo de 2008 una nota de afección urbanística practicada inicialmente en 1992, lo cierto es que la afección sigue vigente y, tal y como ha declarado reiteradamente esta Dirección General (cfr. las Resoluciones citadas en los Vistos), los asientos del Registro, una vez practicados, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos en tanto no sean rectificadas en los términos establecidos en la Ley (art. 1 de la Ley Hipotecaria)».

Tal es el contenido de la Resolución, de la que destacamos el hecho de la práctica de tres prórrogas sucesivas de tres notas marginales de afección al sistema de compensación tomadas sobre una misma finca registral.

III. LA JUSTIFICACIÓN DE LA NOTA MARGINAL

Como ya ha quedado dicho, la razón de ser de la nota marginal, expresión en este punto del principio de legitimación registral, se encuentra en que mediante su práctica quede garantizado que un proyecto reparcelatorio, debidamente aprobado por la Administración, por lo tanto ejecutivo y dotado de

presunción de legalidad, pueda acceder al Registro mediante la inscripción de las fincas resultantes a favor de sus adjudicatarios y ello con plenas garantías para las situaciones inscritas, bien como aviso de su existencia, bien como carga trasladada al interesado para que actúe según crea adecuado, sin que se perjudiquen las situaciones registrales de los demás interesados que tengan regularizadas sus titularidades.

Es decir, para que tal objetivo tenga lugar, la nota se erige en instrumento indispensable, toda vez que ofrece una información que, al mismo tiempo que libera a la Administración o entidad urbanística que promueva el proceso de investigar la suerte de los suelos sobre los que ha recaído, traslada a los terceros adquirentes o titulares de derechos inexistentes a la fecha de su práctica, la responsabilidad de poner tal circunstancia en su conocimiento, de modo que el proyecto se confeccione y tramite tomando en consideración tales circunstancias sobrevenidas.

A su vez, desde la perspectiva contraria, igual que la ausencia de la nota sitúa a la Administración o entidad urbanística promotora ante el riesgo de ver bloqueada la inscripción de un proyecto por razón de los eventuales nuevos titulares de derechos no tomados en cuenta en la confección del proyecto, su presencia no responde por el nuevo titular daría lugar a la cancelación de su inscripción, si bien con carácter formal, sin causar la extinción del derecho, y en todo caso susceptible de rectificación conforme al artículo 17 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Pues bien, de acuerdo con todo ello, puede decirse que la nota, si se es coherente con la función que le ha atribuido el legislador y al margen de la posición que pueda mantenerse respecto de su prórroga o reiteración, tiene una vida predeterminada que no tiene sentido que se extienda más allá de lo que razonablemente ha de identificarse como su origen y su final.

Dicho en otros términos y con las singularidades propias de cada sistema o modo de actuación según la legislación urbanística, la nota ha de practicarse en el inicio del proceso de gestión y ha de cancelarse con motivo de la inscripción del proyecto de equidistribución en el Registro de la Propiedad. A partir de la inscripción y cancelada la nota, la vinculación de las fincas al sistema se concreta mediante la constancia, en las inscripciones de dominio de las fincas de resultado, de su afección al cumplimiento de la obligación de urbanizar según lo dispuesto en los artículos 19 y 20 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Por consecuencia, la certificación registral de dominio y cargas expedida al practicarse la nota marginal muestra a la Administración o a la entidad urbanística colaboradora quiénes son los interesados con los que ha de actuar para confeccionar el proyecto reparcelatorio. Mientras la nota esté vigente, ya directamente, ya por haber sido objeto de prórroga, los interesados seguirán siendo los resultantes de la certificación junto con aquellos otros que siendo nuevos titulares de derechos lo hubieran puesto en su conocimiento.

Tal es, por lo tanto, la razón de ser de la nota marginal, cuyos efectos fueron igualmente señalados por el artículo 102.3 del Reglamento de Gestión Urbanística al decir que: *«producirá el efecto de que los interesados que hagan constar su derecho en el Registro con posterioridad a ella no tendrán que ser citados preceptivamente en el expediente. No obstante, si se personaren en el mismo, seguirán con ellos las sucesivas actuaciones»*.

IV. LA PRÓRROGA DE LA NOTA MARGINAL

El artículo 5.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, en unos términos prácticamente coincidentes con los del artículo 310.2 de la Ley del Suelo de 1992, dispone que: «la nota marginal tendrá una duración de tres años y podrá ser prorrogada por otros tres a instancia de la Administración actuante o de la entidad urbanística colaboradora». Sucesivamente, el artículo 73 del Real Decreto dice que: «salvo que expresamente se establezca otra cosa, las notas marginales reguladas en el presente Reglamento tendrán vigencia indefinida».

A la vista de tal regulación, la práctica más usual ha partido de la interpretación de que la nota marginal tomada al inicio del proceso reparcelatorio sólo es susceptible de una única prórroga por otros tres años más, de tal manera que, respecto de estos últimos, sólo cabe esperar su transcurso, la caducidad de la nota prorrogada y, por lo tanto, la necesidad de practicar una nueva nota marginal para aprovecharse de sus efectos conforme a los términos señalados, pero con la singular consecuencia de que, en tal caso, las situaciones posteriores que surgieran ya no quedan cubiertas con los efectos de la primera nota, sino que es indispensable que los nuevos titulares sean citados, comenzando el procedimiento con ellos.

Bajo esta interpretación, una consecuencia inmediata que se deriva de ella es que la existencia de nuevos titulares desde que se tomó la nota inicial y durante su prórroga, si no hubieran puesto tal condición en conocimiento de la Administración o entidad urbanística, obligaría a que, expedida la certificación de dominio y cargas con motivo de la nueva nota, fuera necesario poner en su conocimiento la existencia del proceso urbanístico en marcha a fin de no causarles indefensión. Así se entiende pese a que su titularidad registral lo fuera vigente la prórroga de la nota desde el momento en que su caducidad determina el cese de la *perpetuatio legitimationis* de la Administración o entidad urbanística colaboradora.

Con ello, uno de los efectos más relevantes de la nota, el de perpetuar la legitimación de la Administración o entidad urbanística frente a los terceros adquirentes, no se garantizaría en todos aquellos procesos reparcelatorios cuya duración, hasta la correspondiente inscripción del proyecto, excediera del plazo de seis años, plazo que desde luego no es inhabitual ver superado, en ocasiones con creces.

Pues bien, frente a la interpretación anterior, lo que aquí se postula, en línea con el proceder del Registrador en el caso tratado por la Resolución de 16 de julio de 2007, es que el artículo 5.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no impide encadenar una sucesión de prórrogas hasta el momento de la inscripción del proyecto reparcelatorio, haciendo entonces realidad la legitimación perpetua frente a los nuevos titulares de derechos (1).

(1) GARCÍA GARCÍA, José Manuel, en *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, Tomo V, Urbanismo y Registro*, Ed. Civitas, 1999, pág. 85, aunque tilda de insólito que un proceso reparcelatorio dure más de seis años, lo que, reiteramos, no es en modo alguno inhabitual, admite que: «si se diese el supuesto, lo lógico sería admitir una nueva prórroga a instancia de la Administración actuante o de la entidad urbanística colaboradora, pues el presente apartado, aunque guarda silencio sobre ello, no la excluye».

Por el contrario, ARNAIZ EGUREN, Rafael, en su obra *La inscripción registral de los actos urbanísticos*, Ed. Marcial Pons, 1999, págs. 76 y 77, afirma que, en el caso de excederse el plazo de seis años: «lo lógico es pensar que no es posible prorrogar de nuevo

A tal fin, y al margen del propio texto del artículo 5.2, que entendemos apoya tal interpretación, resulta revelador la regulación dispuesta a estos efectos en relación con las anotaciones preventivas de acuerdo con la nueva redacción dada al artículo 86 de la Ley Hipotecaria por el apartado 2 de la Disposición Final 9.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, frente a la regulación anterior del artículo 86 que sólo admitía una única prórroga de cuatro años, plazo no difícilmente superable, por ejemplo, en los procesos judiciales, y a la reforma del artículo 199 del Reglamento Hipotecario por Decreto de 17 de marzo de 1959, dirigida a evitar la indefensión del anotante al prever la no cancelación de la anotación una vez vencida la prórroga del artículo 86 de la Ley: *«hasta que haya recaído resolución definitiva firme en el procedimiento en que la anotación preventiva y su prórroga hubieren sido decretados»*, la nueva redacción del artículo 86 zanja el problema generado por la redacción legal y pretendidamente solventado por el Reglamento incurriendo en un claro exceso reglamentario.

Lo hace, en efecto, al decir que: *«las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquéllas que tengan señalado en la Ley un plazo más breve. No obstante, a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento, ordenando la prórroga, fuera presentado antes de que caduque el asiento. La anotación prorrogada caducará a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de prórroga. Podrán practicarse sucesivas ulteriores prórrogas en los mismos términos»*.

De este modo y siguiendo en este punto a Fernando CURIEL LORENTE (2), la nueva redacción del artículo 86 de la Ley Hipotecaria implica:

1. Frente a la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de junio de 1998, los cuatro años de vigencia de la anotación se computan desde su práctica y no desde la fecha del asiento de presentación.
2. La duración de la anotación se puede prorrogar, indefinidamente, por períodos sucesivos de cuatro años, superándose la doctrina de la Dirección General en Resolución de 29 de mayo de 1998, según la cual tal duración tenía lugar hasta la adopción de resolución firme y un tiempo añadido de seis meses más.
3. Por fin, la prórroga de la anotación exige que la anotación esté vigente a la fecha de presentar en el Registro el documento correspondiente.

Aunque, ciertamente, en el caso de la anotación de demanda, los efectos derivados de su falta de prórroga serían más radicales en el caso de que

la nota, si se piensa en que la correspondiente a la iniciación de expedientes de expropiación forzosa prevista en los artículos 32 del Reglamento Hipotecario y 22 de las Normas Complementarias sólo puede extender sus efectos más allá de su duración ordinaria y si se presenta algún título que haga referencia al propio expediente. Pues bien, por aplicación analógica de estos preceptos, por vía de la remisión general del sistema reparcelatorio al de expropiación forzosa que antes hemos visto, no parece posible que la dilación y la tardanza del órgano actuante pueda dar lugar a una mención en el folio que, en alguna medida, supone una limitación dominical».

(2) CURIEL LORENTE, Fernando, *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 56, enero de 2000, «Ley de Enjuiciamiento Civil: referencia y breve comentario de las modificaciones de la legislación hipotecaria», págs. 12 y 13.

apareciera un tercero por hacer imposible el cumplimiento de una sentencia eventualmente favorable, lo que justifica plenamente el alcance de la reforma, en sentido último, salvadas las diferencias, es coincidente con el efecto buscado con la nota y su posible consecución mediante la práctica de prórrogas sucesivas.

En ambos casos lo que se pretende es el acceso al Registro de una mutación jurídico-real, neutralizando la aparición de terceros cuando ignoran la responsabilidad que asumen. En la reparcelación, mediante la traslación al tercero de la responsabilidad de comunicar su nueva condición; en la anotación de demanda, garantizando la oponibilidad de la sentencia frente al tercero y dando al tercer adquirente la oportunidad de personarse en el proceso del que la anotación dimana.

Además, el artículo 5.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no se pronuncia en términos taxativos en el sentido de autorizar una única prórroga.

Lo que dice es que la nota, que siempre ha de ser entendida al servicio del proceso de gestión, es prorrogable por otros tres años, prórroga que debe entenderse respecto de la nota vigente en cada momento, tanto la inicial como la resultante de una eventual prórroga precedente.

De esta manera, la nota y su vigencia se acompasa al tiempo necesario para la elaboración y tramitación del proyecto reparcelatorio, condicionando la duración de éste la consiguiente de la nota.

Piénsese, por otro lado, que la interpretación contraria llevaría incluso al absurdo de que, caducada la prórroga, ni siquiera cabría la solicitud de una nueva nota, ya que el apartado precedente liga su práctica a la expresión de la iniciación del procedimiento, iniciación que sólo puede producirse en un único momento, no en varios.

Por todo ello, en suma, debe entenderse la plena lógica del sistema cuando la nota se toma en el inicio y se permite, mediante prórrogas sucesivas, su mantenimiento hasta la inscripción del proyecto.

Interpretación que, además, permite agilizar el acceso al Registro del proyecto, evitando posibles cancelaciones de asientos intermedios que, por otro lado, no determinarían en ningún caso la extinción del derecho.

De lo que se trata por lo tanto es de favorecer el acceso del proyecto al Registro mediante la utilización de aquella medida, la nota, creada a tal fin con un carácter meramente instrumental, lo que se facilita claramente a través del reconocimiento de las prórrogas precisas hasta su inscripción, posición que, en el caso de la reparcelación, queda además equilibrada con el ya referido carácter formal de la cancelación de los asientos posteriores y de su posible reconstrucción en los términos reglamentarios. Otra cosa debe entenderse respecto de la nota marginal y sus efectos en el caso de los procesos expropiatorios, ya que al margen de que el artículo 22.2 prevé su cancelación por caducidad por el transcurso de tres años desde su fecha sin hacer referencia a prórroga alguna, sus efectos frente al tercer adquirente son mucho más agresivos, hasta el punto de que la cancelación en este caso sí provoca la extinción del derecho, circunstancia que, en cierto modo, lastra la pretensión de su aplicación analógica.

Por otro lado, conforme a los términos de la Resolución que motiva este comentario, la existencia sucesiva de prórrogas, al margen del reconocimiento de esta posibilidad, da lugar a un determinado estado jurídico en virtud del cual la vigencia del asiento es suficiente para que la nota despliegue los efectos que le son consustanciales. Ello implica, por ejemplo, que la constancia formal

de una segunda prórroga resulta vinculante para el titular de un derecho cuyo acceso al Registro se produjo con antelación a ella y no hizo constar tal circunstancia ante la Administración o la entidad urbanística colaboradora. El hecho de que se discrepase de la procedencia de la segunda prórroga, viene a decir la Resolución de la Dirección General, no es suficiente, mientras no se alcanzase la nulidad del asiento respectivo, para quedar extramuros de las consecuencias que a ella liga el Real Decreto. Piénsese en las consecuencias de la segunda prórroga para el acreedor cuyo derecho hubiera sido anotado preventivamente durante la vigencia de la primera y que, confiado en su cancelación por la admisión de una sola prórroga, no asumiera la responsabilidad de trasladar su derecho a la Administración o entidad urbanística. Parece claro que en este caso, pese a la radicalidad de las consecuencias, siempre superables en la reparcelación, repetimos, la cancelación formal de su derecho sería obligada.

RESUMEN

NOTA MARGINAL Y REPARCELACIÓN

La finalidad última de la nota marginal de iniciación de los procedimientos reparcelatorios en orden a facilitar la inscripción en el Registro de los proyectos de este carácter, justifica la admisión de prórrogas sucesivas de su vigencia por períodos de tres años y hasta tal inscripción, lo que no queda contradicho por el artículo 5.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

ABSTRACT

MARGINAL NOTE AND PLOT REDIVISION

The ultimate purpose of a marginal note recording the commencement of plot-redivision procedures is to facilitate the registration of projects involving plot redivision, so there is some justification for allowing marginal notes to be extended by successive three-year periods until the projects at issue are finally registered. This is not contradicted by article 5.2 of Royal Decree 1093/1997 of 4 July.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 2-10-2008. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 4/2008, de 19-9-2008, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen.

— Resolución de 16-10-2008. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 5/2008, de 3-10-2008, por el que se autoriza a la Administración General del Estado a formalizar un contrato de garantía con el Banco Europeo de Inversiones y se amplía el límite para el otorgamiento de avales fijado en el artículo 54 de la Ley 51/2007, de 26-12-2007, de Presupuestos Generales del Estado para 2008.

— Resolución de 20-10-2008. Ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 6/2008, de 10-10-2008, por el que se crea un Fondo para la Adquisición de Activos Financieros.

— Resolución de 20-10-2008. Ordena la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 7/2008, de 13-10-2008, de medidas urgentes en materia económico-financiera en relación con el Plan de Acción Concertada de los Países de la Zona Euro.

JEFATURA DEL ESTADO

— Real Decreto-ley 6/2008. 10-10-2008. Crea el Fondo para la Adquisición de Activos Financieros.

— Real Decreto-ley 7/2008. 13-10-2008. Medidas Urgentes en Materia Económico-Financiera en relación con el Plan de Acción Concertada de los Países de la Zona Euro.

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO

— Real Decreto 1662/2008. 17-10-2008. Modifica el Real Decreto 432/2008, de 12-4-2008, por el que se reestructuran los Departamentos Ministeriales.

— Real Decreto 1722/2008. 20-10-2008. Crea el Comité Organizador de la Presidencia Española del Consejo de la Unión Europea.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 1577/2008. 26-9-2008. Establece la separación de Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de Instrucción en el Partido Judicial de Alcobendas, Madrid.

CASTILLA Y LEÓN

— Ley 4/2008. 15-9-2008. Medidas sobre urbanismo y suelo.

— Ley 5/2008. 25-9-2008. Subvenciones de la Comunidad de Castilla y León.

— Ley 7/2008. 15-10-2008. Medidas de financiación de inversiones mediante préstamos y anticipos reembolsables concertados con otras Administraciones Públicas.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 1642/2008. 10-10-2008. Fija los importes garantizados a que se refiere el Real Decreto 2606/1996, de 20-12-1996, del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito, y el Real Decreto 948/2001, de 3-8-2001, sobre sistemas de indemnización de los inversores.

— Orden 2760/2008. 25-9-2008. Aprueba el procedimiento de liquidación de la asignación tributaria a la Iglesia Católica y de regularización del saldo resultante entre el Estado y aquélla, previsto en la Disposición Adicional decimoctava de la Ley 51/2007, de 26-12-2007, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

— Orden 2816/2008. 1-10-2008. Modificación de la Orden EHA/3188/2006, de 11-10-2008, por la que se determinan los módulos de valoración a efectos de lo establecido en el artículo 30 y en la Disposición Transitoria primera del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto-ley 1/2004, de 5-3-2004.

— Orden 3012/2008. 20-10-2008. Aprueba el modelo 347 de Declaración anual de operaciones con terceras personas, así como los diseños físicos y lógicos y el lugar, forma y plazo de presentación.

— Orden 3064/2008, de 28 de octubre, por la que se modifican la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 26 de julio de 1989, por la que se desarrolla el artículo 86 de la Ley del Mercado de Valores y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de septiembre de 1993, sobre fondos y sociedades de inversión inmobiliaria, al objeto de habilitar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para desarrollar determinados aspectos en el ámbito contable de entidades supervisadas y en el de cálculo de coeficientes y límites de las instituciones de inversión colectiva (*BOE* 30-10-2008).

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— C. 3/2008. 11-9-2008. Normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las instituciones de inversión colectiva.

— C. 4/2008. 11-9-2008. El contenido de los informes trimestrales, semestral y anual de instituciones de inversión colectiva y del estado de posición.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 16-10-2008. Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Orden 2942/2008. 7-10-2008. Crea un registro electrónico en el Fondo de Garantía Salarial, y se establecen los criterios generales de tramitación electrónica de determinados procedimientos.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, POLÍTICA SOCIAL Y DEPORTE

— Real Decreto 1724/2008. 24-10-2008. Modifica el Real Decreto 1400/2007, de 29-10-2007, por el que se establecen normas para el reconocimiento del complemento a los titulares de pensión de jubilación e invalidez de la

Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, que residan en una vivienda alquilada, prorrogando su vigencia para el año 2008.

TRIBUNAL SUPREMO

— P. 12-9-2008. Admite a trámite la cuestión de ilegalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León, Sección Segunda de Burgos, sobre el artículo 38 del Real Decreto 1629/1991, de 8-11-1991, que aprueba el Reglamento del IS y D.

— P. 19-9-2008. Admite a trámite la cuestión de ilegalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco, Sección Primera de Bilbao, sobre el artículo 149.5 del Reglamento de Seguridad Privada en la redacción dada por el Real Decreto 1123/2001, en cuanto incluye como infracción grave de las empresas de seguridad la utilización en el ejercicio de funciones de seguridad de personas que no superen los correspondientes cursos de actualización y especialización.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Resolución de 18-9-2008. Nombra Notarios para ocupar plaza en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

BALEARES

— Decreto-ley 1/2008. 10-10-2008. Medidas tributarias para impulsar la actividad económica en las Illes Balears.

— Decreto 23/2008. 10-10-2008. Modifica el Decreto 11/2007, de 11-7-2007, por el que se establecen las competencias y la estructura orgánica de las Consejerías de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

CANARIAS

— Orden 25-9-2008. Nombra Notarios.

— Orden 24-10-2008. Determina las fiestas locales propias de cada municipio de la Comunidad Autónoma de Canarias para el año 2008.

— Resolución de 13-10-2008. Adapta los modelos para la presentación del IS y D, modelo 660 de Declaración de Sucesiones, modelo 650 de Autoliquidación de Sucesiones, modelo 651 de Autoliquidación de Donaciones, modelo 652 de Autoliquidación de Seguros de Vida y modelo 653 de Autoliquidación de Consolidación de Dominio.

— Corrección de errores. Orden 5-9-2008. Modifica parcialmente la Orden de 27-12-2004, que establece el procedimiento a seguir en la contabilización de los ingresos verificados por los Registradores de la Propiedad como titulares de las OL de Distrito Hipotecario, la Orden de 18-4-2005, que crea la Oficina Liquidadora Comarcal Tenerife Dos y se establece para el año 2005 su régimen retributivo, y la Orden de 20-4-2007, que regula el ejercicio de la función administrativa de recaudación por las OL de la Administración Tributaria Canaria.

CANTABRIA

— Decreto 86/2008. 11-9-2008. Asistencia Jurídica Gratuita.

CATALUÑA

— Real Decreto 1385/2008. 1-8-2008. Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Generalitat de Cataluña en materia de comunicaciones electrónicas.

— Real Decreto 1387/2008. 1-8-2008. Ampliación de funciones y servicios traspasados a la Generalitat de Cataluña por el Real Decreto 1404/2007, de 29-10-2007, en materia de ordenación y gestión del litoral.

— Decreto 202/2008. 14-10-2008. Regula los ámbitos funcionales en la Administración de la Generalidad de Cataluña.

— Corrección de errores. Decreto 106/2008. 6-5-2008. Medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica.

CASTILLA-LA MANCHA

— Decreto 321/08. 30-9-2008. Nombra Notarios y Notarias para plazas radicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

— Decreto 322/08. 30-9-2008. Nombra Registradores y Registradoras de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles para plazas radicadas en el territorio de Castilla-La Mancha.

CASTILLA Y LEÓN

- Ley 4/2008. 15-9-2008. Medidas sobre urbanismo y suelo.
- Ley 5/2008. 25-9-2008. Subvenciones de la Comunidad de Castilla y León.
- Ley 6/2008. 15-10-2008. Modificación de la Ley 2/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo de Cuentas de Castilla y León.
- Ley 7/2008. 15-10-2008. Medidas de financiación de inversiones mediante préstamos y anticipos reembolsables concertados con otras administraciones públicas.
- Ley 8/2008. 16-10-2008. Creación del Consejo del Diálogo Social y Regulación de la Participación Institucional.
- Decreto-ley 1/2008. 25-9-2008. Aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de Tributos cedidos por el Estado.
- Corrección de errores. Decreto-ley 1/2008. 25-9-2008. Aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de Tributos cedidos por el Estado.
- Decreto 75/2008. 30-10-2008. Regula la acreditación del cumplimiento de la normativa para la integración laboral de las personas con discapacidad y el establecimiento de criterios de valoración y preferencia en la concesión de subvenciones y ayudas públicas de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.
- Orden 1597/2008. 22-8-2008. Regula el funcionamiento del Registro de Uniones de Hecho de Castilla y León.

GALICIA

- Decreto 232/2008. 2-10-2008. Inventario general del patrimonio cultural de Galicia.
- Corrección de errores. Orden 27-8-2008. Aprueban los modelos D 650, 650 y 651 del IS y D.

MURCIA

- Ley 4/2008. 10-10-2008. Adaptación del Instituto de Vivienda y Suelo de la Región de Murcia a la Ley 7/2004 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

NAVARRA

— Ley Foral 16/2008. 24-10-2008. Plan de Inversiones Locales para el periodo 2009-2012.

— Orden Foral 184/2008. 15-9-2008. Otorga el carácter de justificante de pago a determinados documentos emitidos por las entidades de depósito colaboradoras de la Hacienda Tributaria de Navarra.

PAÍS VASCO

— Norma Foral 3/2008. 9-7-2008. Aprueba medidas fiscales para incentivar la actividad económica, de adaptación del IS a la reforma contable y otras medidas tributarias.

— Orden 22-9-2008. Nombramiento de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles en resolución de concurso ordinario de vacantes existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

VALENCIA

— Ley 13/2008. 8-10-2008. Reguladora de los Puntos de Encuentro Familiar de la Comunitat Valenciana.

II. Información de actividades

ANDALUCÍA

Del día 20 de octubre al 7 de noviembre se celebró en Córdoba un CURSO DE DERECHO REGISTRAL PARA REGISTRADORES IBEROAMERICANOS, organizado por el Decanato del Colegio de Registradores de Andalucía Occidental en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba y la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

Lunes 20

12,00 horas. Inauguración del Curso por autoridades universitarias, del Colegio de Registradores y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

17,00 horas. Presentación del libro: *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario* y Ponencia de apertura: «La tipología hipotecaria», por don Antonio Manzano Solano.

Martes 21

11,00 horas. «Principios hipotecarios. El estudio del principio de prioridad», por doña Carmen DE GRADO SANZ.

13,00 horas. «Breve esbozo sobre los aspectos comunes del sistema registral», por don Antonio PAU PEDRÓN.

17,00 horas. «El principio de rogación», por doña M.^a Eugenia DÍAZ TABOADA.

Miércoles 22

11,00 horas. «La publicidad del estado civil y del régimen económico-matrimonial en los Registros Civil y de la Propiedad», por don Juan María DÍAZ FRAILE.

16,00 horas. «Principio de tracto sucesivo», por doña Pilar GARCÍA GOYENECHE.

17,00 horas. «Registro Mercantil y su procedimiento», por don Francisco Manuel GALÁN ORTEGA.

Jueves 23

11,00 horas. «Objeto de la inscripción y el alcance de la publicidad registral», por don Luis MONREAL VIDAL.

13,00 horas. «El Registro Mercantil y sus principios», por don Juan José JURADO JURADO.

17,00 horas. «Principio de fe pública y oponibilidad», por don Ignacio GALLEGU DOMÍNGUEZ.

Viernes 24

11,00 horas. «Las nuevas fórmulas hipotecarias», por don Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES.

13,00 horas. «La calificación registral», por don Enrique RAJOY BREY.

17,00 horas. «Sistemas de transmisión del dominio y libre mercado», por don Luis M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA.

Lunes 27

11,00 horas. «Principio hipotecario: La legitimación registral», por don Gabriel ALONSO LANDETA.

13,00 horas. «La inmatriculación en el Registro», por doña Rosa ROMERO PAYÁ.

17,00 horas. «Concentración parcelaria», por don José SORIANO RAMÍREZ.

18,00 horas. Prácticas.

Martes 28

11,00 horas. «El procedimiento de blanqueo de dinero. Medidas represivas y preventivas», por don Francisco CÓRCOLES MARTÍNEZ.

12,00 horas. «Influencia de España en los sistemas iberoamericanos», por don Diego PALACIOS CRIADO.

13,00 horas. «La colaboración del Registro en el blanqueo de capitales: Legislación», por don José Miguel MASA BURGOS.

17,00 horas. «Bienes de dominio público y Registro de la Propiedad», por don Basilio AGUIRRE FERNÁNDEZ.

Miércoles 29

11,00 horas. «Medio ambiente y Registro», por don José Luis SALZAR MAÑEZ.

13,00 horas. «Información ambiental y Registro de la Propiedad», por don Francisco PALACIOS CRIADO.

17,00 horas. «La responsabilidad medioambiental», por don Reynaldo VÁZQUEZ DE LA PUERTA.

Jueves 30

11,00 horas. «La hipoteca y las cláusulas abusivas», por don Juan José PRETEL.

13,00 horas. «La autonomía financiera y de gestión en la Oficina Registral», por doña Raquel LAGUILLO MENÉNDEZ-TOLOSA.

17,00 horas. «Los sistemas registrales en el mercado inmobiliario e hipotecario», por don Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO.

18,00 horas. Prácticas.

Viernes 31

11,00 horas. «Algunos problemas registrales que se les plantean a los matrimonios extranjeros en España», por don José Manuel GONZÁLEZ-PORRÁS.

13,00 horas. «Información registral y el mercado financiero», por don Rafael SANZ COMPANY.

17,00 horas. «Doble titularidad y doble venta en el Registro. Jurisprudencia reciente», por don Juan José RIVAS MARTÍNEZ.

Lunes 3

11,00 horas. «El Colegio de Registradores: Finalidades», por doña Rosa ALÉS PALMER.

13,00 horas. «Nuevas tecnologías en los Registros: Proyectos de modernización y nuevas oportunidades para la comunidad registral», por don Manuel LORENZO CARNERO.

17,00 horas. «El levantamiento del velo de las persona jurídicas y el Registro», por doña Teresa PALACIOS CRIADO.

Martes 4

11,00 horas. «Los sistemas registrales iberoamericanos», por doña M.^a del Mar MANZANO.

13,00 horas. «El Registro de Bienes Muebles», por don Juan Ignacio MADRID.

17,00 horas. «El Registro de Bienes Muebles como factor de desarrollo económico», por don Fernando GARCÍA SOLÉ.

18,00 horas. Prácticas.

Miércoles 5

11,00 horas. «Calificación y patología del negocio jurídico», por don Federico ALBIN IZULBEJERES.

13,00 horas. «La informatización del Registro», por don Gonzalo AGUI-
LERA ANEGÓN.

18,00 a 20,00 horas. Examen.

Jueves 6

11,00 horas. «Declaración de Lima», por don Álvaro DELGADO SHEELJE.

17,00 horas. «Calificación de documentos judiciales», por doña Virtudes AZPITARTE GARCÍA.

21,30 horas. Cena de fin de curso.

Viernes 7

11,00 horas. Ponencia de clausura: «Evolución, fe pública, aciertos y errores», por don Fernando DE LA PUENTE ALFARO.

13,00 horas. Acto de clausura del Curso.

ARAGÓN

El día 15 de septiembre tuvo lugar la *SESIÓN SOLEMNE DE LA ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN*, en la que el Excmo. Señor Doctor don Benjamín BLASCO SEGURA leyó su discurso de ingreso en la Academia, titulado *SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE TRABAJO*. En nombre de la Corporación le contestó el Académico de Número, Excmo. Señor Doctor don Eduardo MONTULL LAVILLA.

El 24 de septiembre tuvo lugar la *CONSTITUCIÓN DE LA ASOCIACIÓN ARAGONESA DE ARBITRAJE Y DE LA CORTE ARAGONESA DE ARBITRAJE*.

La apertura corrió a cargo de don Manuel TERUEL IZQUIERDO, Presidente del Consejo Aragonés de Cámaras de Comercio e Industria; don Juan José BRUN ARAGÜÉS, Presidente del Consejo de Colegios de Abogados de Aragón, y de don Eloy JIMÉNEZ PÉREZ, Decano del Ilustre Colegio Notarial de Aragón.

Don Juan Antonio CREMADES SANZ-PASTOR, Abogado, Doctor en Derecho, pronunció la Ponencia *Perspectivas del arbitraje*.

La clausura corrió a cargo de don Carlos CARNICER DÍEZ, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española.

El 16 de octubre, organizada por la Agrupación de Abogados Jóvenes de Zaragoza, tuvo lugar una JORNADA DE DERECHO HIPOTECARIO, con arreglo al siguiente programa:

Primera Parte: Práctica Notarial: Préstamo e Hipoteca, a cargo de don Eloy JIMÉNEZ PÉREZ, Decano del Colegio Notarial de Aragón.

Segunda Parte: Práctica Registral: Derecho Real de Hipoteca y el Registro de la Propiedad, por doña Pilar PALAZÓN VALENTÍN, Decana de los Registradores de Aragón.

El día 27 de octubre, organizada por la Asociación Aragonesa de Mujeres Profesionales del Derecho, don José Luis MERINO HERNÁNDEZ, Presidente de la Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia y Notario, impartió la Conferencia *VISIÓN NOTARIAL DE LA CRISIS INMOBILIARIA Y DE LA HIPOTECA INVERSA*.

Los días 27 al 29 de octubre, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y las Cortes de Aragón, tuvo lugar el Curso *CUESTIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO*, con arreglo al siguiente programa:

Inauguración:

A cargo de don Francisco PINA CUENCA, Presidente de las Cortes de Aragón, y don Fernando ZUBIRI DE SALINAS, Presidente del TSJA.

Ponencias:

- «El Derecho de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa», por don Juan Antonio XIOL, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
- «Los Principios Generales del Derecho de la Unión Europea y su proyección en la jurisprudencia administrativa del Tribunal de Justicia», a cargo de don Luciano PAREJO ALFONSO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid.

- «La proyección de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la jurisdicción contencioso-administrativa española». Moderadora: Doña Vega ESTELLA IZQUIERDO, Letrada Mayor de las Cortes de Aragón. Ponentes: don Juan Carlos ZAPATA, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 1 de Zaragoza, y don Eduardo PARICIO RALLO, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, número 6 de Barcelona.
- «El Derecho Administrativo europeo de la contratación», por don José María GIMENO FELIU, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.
- «El Derecho Administrativo europeo de la contratación», a cargo de don Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.
- «El Derecho ambiental europeo y el principio de precaución». Ponentes: don Dimitri BERBEROF AYUDA, Letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Magistrado, y don José Manuel MARRACO, Abogado.
- «Procedimiento administrativo europeo y buena administración», por don Julián PONCE SOLÉ, Profesor de Derecho Administrativo, Vice-Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.
- «Las grandes sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre Derecho Administrativo europeo», por don Fernando LEDESMA BARTRET, Presidente de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

El día 30 de octubre se entregaron los Premios al Desarrollo Sostenible 2008.

En el mes de octubre, el Instituto Aragonés de Administración Pública realizó el CURSO SOBRE *DERECHO FORAL ARAGONÉS Y SU FISCALIDAD*, en el que participó, entre otros profesores, doña Pilar PALAZÓN VALENTÍN, Decana de los Registradores de Aragón.

MADRID

El día 29 de octubre de 2008 tuvo lugar, en el Salón de Actos del Colegio de Registradores, la PRESENTACIÓN DEL LIBRO *COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DE DOCTRINA (CIVIL Y MERCANTIL)*, dirigido por don Mariano YZQUIERDO TOLSADA.

Colaboradores:

Doña Cristina DE AMUSÁTEGUI RODRÍGUEZ.
Don Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ.
Doña Matilde CUENA CASAS.
Don Ignacio FERRANDO MIGUEL.
Don Francisco José LEÓN SANZ.
Don Carlos J. MALUQUER DE MOTES BERNET.
Don Mariano MEDINA CRESPO.
Don Lorenzo PRATS ALBENTOSA.
Don Joaquín RAMS ALBESA.
Don Andrés RECALDE CASTELLS.
Don Luis Fernando REGLERO CAMPOS.
Don Miguel Ángel RODRÍGUEZ ANDRÉS.

Intervinieron:

Excmo. Señor don Julio PÉREZ HERNÁNDEZ, Secretario de Estado de Justicia.
Excmo. Señor don Antonio XIOL RÍOS, Presidente de la Sala Primera del TS.
Excmo. Señor don Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, Decano-Presidente del Colegio de Registradores.
Señor don Mariano YZQUIERDO TOLSADA, Catedrático de Derecho Civil UCM, Consultor de CMS Albiñana & Suárez de Lezo. Director de la Colección.
Señor don Rafael TIGERAS, Editor. Dykinson.
Ilmo. Señor don Juan José PRETEL SERRANO, Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores
Ilmo. Señor don Víctor Manuel GARRIDO DE PALMA, Delegado de la Sección de Estudios, Publicaciones y Congresos del Consejo General del Notariado.

El día 19 de noviembre de 2008 se celebraron unas JORNADAS SOBRE *EL REPARTO DE LOS DAÑOS DE LA CRISIS FINANCIERA: ANÁLISIS ECONÓMICO Y RESPUESTAS JURÍDICAS* en la Sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Moderador:

Don Francisco CAAMAÑO, Secretario de Estado de Relaciones con las Cortes.

Ponentes:

Don Emilio ONTIVEROS BAEZA, Catedrático de Economía de la Empresa (UAM).

Don José Manuel CALVO, Subdirector de «El País».

Don Mariano MAGIDE HERRERO, abogado (Uría-Menéndez) y Profesor Asociado de Derecho Administrativo.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis, *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Pamplona, Aranzadi, 2008, 347 págs.

por

ANA SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES
Profesora Asociada Doctora de la Universidad del País Vasco

PRESENTACIÓN DEL LIBRO

La monografía de Luis FERNÁNDEZ DEL POZO que se presenta supone que el protocolo familiar y, con él, la empresa familiar, vuelvan a estar de plena actualidad. Su objeto lo constituye, básicamente, la normativa contenida en el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares.

La obra, bien sistematizada y estructurada, divide su contenido en cinco capítulos de dimensión desigual: en el primero de ellos el autor realiza una serie de consideraciones previas que nos aproximan al origen, concepto, forma y duración del protocolo familiar; en el segundo capítulo se ocupa de los órganos de gobierno del protocolo familiar.

El tercero, por su parte, se destina a abordar los instrumentos de desarrollo y ejecución del protocolo familiar, en especial los Estatutos, haciendo hincapié en aquellas cláusulas estatutarias inscribibles adoptadas —conforme al art. 7 del Decreto— «en ejecución del protocolo familiar publicado». También se ocupa, este tercer capítulo, de la mini-reforma del Reglamento del Registro Mercantil que permite la inclusión en los estatutos de pactos parasociales no reservados del protocolo familiar.

A las distintas clases de publicidad registral previstas en el Decreto se refiere el capítulo cuarto y, por último, se destina el capítulo quinto a examinar la oponibilidad del contenido parasocial del protocolo familiar.

I

Así, en relación a sus orígenes, puestos de relieve por el autor, el protocolo familiar (shareholder's agreement) nace en los Estados Unidos de América como la pieza clave de la organización jurídica de las *close corporations* que, dependiendo de cada Estado, permite derogar determinadas normas del régimen general de las sociedades. En aquel país adquiere su protagonismo más destacado a partir de los años ochenta y de allí pasó posteriormente a Europa.

Diez años después de que la Comisión Europea organizase en la ciudad de Lille, el 3 y 4 de febrero de 1997, el Foro sobre transmisión de empresas (*The European Forum on the Transfer of Business*), el Gobierno español ha aprobado el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (en adelante RDPPF), en desarrollo de la somera referencia que el apartado 3 de la Disposición Final Segunda de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de creación de la Sociedad Limitada de la Nueva Empresa hacía a estos instrumentos jurídicos.

El autor define el protocolo familiar como un instrumento contractual potestativo (como potestativa es su publicidad) del buen gobierno de la empresa familiar. En él se contemplan los aspectos necesarios para asegurar un código de conducta que regule las relaciones familia y empresa, así como la continuidad, expansión, desarrollo y sucesión de la empresa tras el fallecimiento del titular.

En cualquier caso, el conjunto de la organización jurídica de la sociedad familiar suele constituir un paquete de negocios jurídicos, unificados bajo el negocio plurilateral del protocolo familiar. En este sentido puede hablarse, según el autor, del protocolo como un negocio jurídico complejo, o si se prefiere «compuesto» de varios negocios jurídicos «simples».

Esto es, como muy bien constata Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, el protocolo por sí mismo es incompleto. Necesita del otorgamiento de otros negocios jurídicos o instrumentos que lo desarrollen con la finalidad de hacer cumplir lo establecido en el mismo como base (Estatutos, Capitulaciones Matrimoniales, Testamento...).

En cuanto a su forma, cuestión de la que también se ocupa el autor, el protocolo está sujeto al principio de libertad de forma imperante en nuestro Derecho Contractual y, en particular, en nuestro Derecho de Sociedades.

A este respecto advierte Luis FERNÁNDEZ DEL POZO que a pesar de que el legislador parece querer condicionar la posibilidad del depósito (registral) del protocolo mismo a que éste haya sido formalizado en documento público *ex* artículo 6.1 RDPPF, en realidad, fuera del caso de la inscripción de cláusulas *ex* artículo 7 RDPPF, la instrumentación en forma pública es sólo potestativa, al igual que su publicidad registral.

De aspecto fundamental considera el autor a la duración del contrato. En este sentido apunta la imposibilidad de pactar un protocolo familiar con duración indefinida sin reconocimiento del derecho de renuncia de sus obligados. Por aplicación analógica de lo previsto para la sociedad civil, de no haberse fijado un plazo determinado de duración para el protocolo familiar, debe reconocerse el derecho de renuncia con buena fe de los firmantes.

II

Como parte del contenido del protocolo familiar, subraya el autor, suele incluirse un capítulo destinado a órganos de gobierno y dirección de la empresa familiar en el que se contemplan, además de los órganos de dirección de la empresa previstos legalmente (junta de accionistas y consejo de administración), otros órganos complementarios de carácter exclusivamente familiar que ayuden a facilitar la sucesión y el buen gobierno de la empresa familiar, tales como el consejo de familia o la junta/asamblea de familia, de los que se ocupa en las páginas 83 a 99.

A continuación el autor aborda la única forma de publicidad que tiene consecuencias sustantivas; esto es, según la Exposición de Motivos de este Real Decreto, la relativa a la inscripción registral de cláusulas de escrituras públicas en ejecución del protocolo familiar, que producirá un efecto de publicidad material y no de publicidad noticia (art. 7 RDPPF).

Como fundadamente observa el autor en la página 172, no se trata tanto de publicar registralmente el protocolo familiar en sí mismo considerado, sino de inscribir en la hoja abierta a las sociedades mercantiles familiares a las que el protocolo afecte, las oportunas cláusulas estatutarias inscribibles resultantes de los títulos que documentan los negocios societarios adoptados en su ejecución, tales como las escrituras públicas de modificación estatutaria.

El precepto requiere que el protocolo esté publicado. En la medida en que la norma nada específica, este requisito se considerará cumplido cuando la publicación se haya hecho a través de la página web o de su depósito en el registro mercantil.

A propósito del cambio de denominación de la escritura pública (pasa a denominarse «escritura pública de elevación a público de acuerdos sociales en ejecución del protocolo»), el autor critica fundadamente en la página 103 que el legislador quiera dar trascendencia a lo que apenas la tiene. A su juicio, «cuesta pensar que lo que el legislador pretende es que se suspenda o deniegue la inscripción por el Registrador calificador por el sólo hecho de que se detecte la falta en el título, por lo demás perfecto y completo, de alguna mención ritual sobre su naturaleza jurídica o “denominación” del negocio jurídico que se publica. La omisión de una correcta indicación en la “denominación de la escritura” normalmente constituirá un defecto de técnica notarial no impeditivo de la inscripción. Cosa muy distinta es que se pretenda inscribir en el Registro un negocio que se dice celebrado en ejecución de un protocolo familiar cuando dicho protocolo no se sujeta a publicidad simultánea o previa».

Por lo demás, como pone de manifiesto el autor, en raras ocasiones encontraremos en el protocolo la detallada y concreta redacción de las cláusulas estatutarias increíbles. De ahí la necesidad de precisar el contenido concreto de cada sociedad familiar al otorgarse su correspondiente escritura de constitución o de modificación estatutaria.

Es decir, se hace preciso «personalizar» los estatutos bajo el paradigma familiar dentro del marco concedido por el legislador a la autonomía de la voluntad: se podrán incluir en estatutos todos aquellos pactos que exija o recomiende la ejecución del protocolo, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo societario elegido.

Así, es frecuente encontrar restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones o participaciones sociales, derechos de adquisición preferente de los socios de la sociedad familiar respecto de las acciones o participaciones de la sociedad, y prohibiciones de transmisión a extraños a la familia. Todo ello en ejecución de los pactos del protocolo familiar que estipulan el control de acceso a la propiedad de la empresa familiar y su limitación a extraños.

III

Además de la publicidad material, el autor, en las páginas 174 y siguientes, se refiere a las otras dos formas de publicidad reguladas en el Real Decreto a las que califica de «publicidad-noticia».

La primera de ellas es la relativa a la constancia en la hoja registral de la sociedad, probablemente como nota al margen, de la existencia del protocolo familiar sin hacer referencia alguna a su contenido. La segunda hace referencia al depósito del protocolo familiar junto con las cuentas anuales del ejercicio.

Con el término técnico de «publicidad-noticia» común a las dos formas de publicidad anteriormente indicadas, el autor trata de explicar una categoría de eficacia «menor» o menos intensa de la publicidad registral que la que caracteriza la eficacia registral habitual.

Lo publicado bajo ese régimen no se beneficiaría de los efectos propios de la publicidad material (principios de legitimación, oponibilidad, tracto sucesivo). Estaríamos ante un simple medio de «noticia legal» de lo publicado por los terceros.

IV

Para concluir, el autor examina el aspecto en el que, en su opinión, reside la verdadera relevancia de este decreto y que no es otro que la oponibilidad del contenido parasocial del protocolo familiar (pág. 205 y sigs.).

Ya al entrar a valorar la mini-reforma del Reglamento del Registro Mercantil realizada por este Real Decreto (pág. 119 y sigs.), el autor señalaba que gracias a la misma se removían obstáculos (como el simple temor a una calificación desfavorable del Registrador) que impedían aflorar a los estatutos pactos no reservados del protocolo familiar.

Esa reforma se traduce en el reconocimiento expreso (*ad exemplum*) de posibles cláusulas estatutarias elaboradas por abogados y notarios que ya eran admitidas registralmente, tales como las cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en el protocolo familiar objeto de publicación; el pacto de sumisión a arbitraje; el pacto de obligación de venta conjunta por los socios de partes sociales de sociedades que se encuentren vinculadas entre sí por poseer unidad de decisión y estar obligadas a consolidación contable; la existencia de comités consultivos, o las propias prestaciones accesorias.

También en el prólogo a su libro, el autor ya nos avanzaba que «muy probablemente sin ser consciente de ello, el redactor de nuestro Decreto afronta de una manera verdaderamente original la cuestión de la transparencia registral de los pactos parasociales [...], aprovechando la ocasión se ha acometido una puntual reforma del Reglamento del Registro Mercantil con el habitual propósito flexibilizador del régimen convencional de los pactos inscribibles de sociedades anónimas y limitadas. Se supone que, de esta manera, pactos que antes figuraban fuera de estatutos, como parasociales, pueden pasar a ganar los efectos de su oponibilidad a terceros inherentes a la publicidad material registral».

En este sentido vuelve a insistir en la parte última de su trabajo al concluir, en la página 246, que mediante el Decreto se garantiza la oponibilidad a terceros de los pactos parasociales, ya que queda asegurada legalmente su publicidad.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO URBANÍSTICO

Número 243 (Julio-Agosto 2008)

«La arquitectura: un arte asediado por el Derecho Urbanístico», por Pablo SÁMANO BUENO, pág. 11.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. DEL URBANISMO.—II. DEL URBANISMO Y LA ARQUITECTURA.—III. DE LOS REDACTORES DE LOS PLANES DE URBANISMO: 1. EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO. 2. LAS NORMAS DE APLICACIÓN DIRECTA.—IV. DE LA ESTÉTICA.—V. COROLARIO.

«La ordenación y protección del medio rural en el Derecho Urbanístico de Galicia», por Sonia RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, pág. 51.

SUMARIO: I. ACERCA DE LAS FORMAS TRADICIONALES DE OCUPACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LA NECESIDAD DE UNA CATEGORÍA ESPECÍFICA DE SUELO PARA GALICIA.—II. LA REGULACIÓN DE LOS NÚCLEOS RURALES EN EL ORDENAMIENTO URBANÍSTICO GALLEGO.—III. CONFIGURACIÓN DE LA CATEGORÍA EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE: 1. CONCEPTO, SIGNIFICADO Y ALCANCE. 2. DELIMITACIÓN DEL SUELO DE NÚCLEO RURAL E INSTRUMENTOS HABILITADOS PARA SU CLASIFICACIÓN.—IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUELO DE NÚCLEO RURAL: 1. DERECHOS Y DEBERES DE LOS PROPIETARIOS. 2. CONDICIONES DE UTILIZACIÓN.—V. RÉGIMEN ESPECÍFICO DE LOS PUEBLOS COSTEROS.—VI. CONSIDERACIONES FINALES.

«Consideraciones sobre el Decreto-ley del Gobierno de la Generalidad de Cataluña 1/2007, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística», por Jordi VIGUER PONT, pág. 87.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRECISIONES CONCEPTUALES PARA LA APLICACIÓN DE LA LS.—3. SUELO NO URBANIZABLE: ESTATUTO DE LA PROPIEDAD Y LÍMITES A SU TRANSFORMACIÓN URBANÍSTICA.—4. ORDENACIÓN DE LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA: 4.1. ANÁLISIS Y SEGUIMIENTO DE LA SOSTENIBILIDAD DE LA ACCIÓN URBANÍSTICA. 4.2. PARTICIPACIÓN E INICIATIVA DE LOS SUJETOS PRIVADOS EN LA ACTIVIDAD URBANÍSTICA. 4.3. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO: MODIFICACIÓN Y REVISIÓN. 4.4. ACTUACIONES DE TRANSFORMACIÓN URBANÍSTICA. DEBERES DE CESIÓN DE SUELO CON APROVECHAMIENTO. 4.5. GESTIÓN URBANÍSTICA: PARTICIPACIÓN DE LAS SUPERFICIES DE DOMINIO PÚBLICO. 4.6. SUPUESTOS

INDEMNIZATORIOS.—5. FOMENTO DEL ACCESO A LA VIVIENDA: 5.1. RESERVAS DE SUELO PARA VIVIENDAS DE PROTECCIÓN PÚBLICA. 5.2. FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD: VENTA Y SUSTITUCIÓN FORZOSA. 5.3. POLÍTICA AUTONÓMICA DE SUELO: LAS ÁREAS RESIDENCIALES ESTRATÉGICAS.

«La propuesta de normalización de viviendas en la revisión del Plan General de Marbella», por Alejandro Javier CRIADO SÁNCHEZ, pág. 115.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.—2. TRAMITACIÓN DEL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA DE MARBELLA: 2.1. EL TÉRMINO MUNICIPAL DE MARBELLA. 2.2. EL PLANEAMIENTO GENERAL EN MARBELLA. 2.3. EL AVANCE DE LA REVISIÓN ACTUAL DEL PGOU DE MARBELLA.—3. LA NORMALIZACIÓN DE VIVIENDAS DEL PLAN GENERAL DE MARBELLA: 3.1. LA NORMALIZACIÓN Y EL MODELO DE CIUDAD. 3.2. LAS IRREGULARIDADES Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS. 3.3. LA LEGITIMIDAD DE LA NORMALIZACIÓN URBANÍSTICA EN LA REVISIÓN DEL PGOU DE MARBELLA Y LOS LÍMITES DE LA POTESTAD DE PLANEAMIENTO. 3.4. LOS PRINCIPIOS Y CRITERIOS GENERALES PARA LA NORMALIZACIÓN. 3.5. LAS ÁREAS DELIMITADAS PARA LA NORMALIZACIÓN. 3.6. LAS FICHAS URBANÍSTICAS DE LAS ÁREAS DE NORMALIZACIÓN.—4. LOS POSIBLES PROBLEMAS DE LA PROPUESTA DE LA NORMALIZACIÓN DEL PGOU DE MARBELLA: 4.1. CONSIDERACIONES GENERALES. 4.2. LA INTERPRETACIÓN DE LA CLASIFICACIÓN DEL SUELO URBANO. 4.3. LA POSIBLE DISCRECIONALIDAD POR DESVIACIÓN DE PODER. 4.4. LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL AYUNTAMIENTO DE MARBELLA.

«Tratamiento jurídico de las urbanizaciones privadas a la vista de LRH. Segunda parte después del artículo 24 LRH», por José Manuel MARTÍN BERNAL, pág. 137.

SUMARIO: I. NOTA RECORDATORIA PREVIA.—II. ¿MUTACIÓN DEL ANTERIOR PANORAMA A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 24 LPH?—III. EL CARÁCTER DE LAS NORMAS DE APLICACIÓN.—IV. COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, CON CARÁCTER GENERAL: 1. HECHOS REFLEJADOS EN LAS SENTENCIAS. 2. COMENTARIOS. 3. LA IMPORTANCIA DE LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE LOS ESTATUTOS.—V. Y EN CONCRETO RESPECTO A LA STS DE 17 DE JUNIO DE 1998: 1. LA «SUPUESTA» APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 24 LPH. 2. ACOTACIONES SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA STS DE 17 DE JUNIO DE 1998. 3. CON EL CARÁCTER DE CONCLUSIONES.

«Relaciones entre la ordenación urbanística y la protección del paisaje», por Carlos PÉREZ GONZÁLEZ, pág. 165.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL CONCEPTO DE PAISAJE Y SU CRECIENTE INFLUENCIA EN EL DERECHO URBANÍSTICO ESPAÑOL.—II. LA CONVENCION EUROPEA DEL PAISAJE Y SU RECEPCION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO INTERNO.—III. LA INFLUENCIA DEL PAISAJE EN EL DERECHO URBANISTICO. MANIFESTACIONES: A) LAS NORMAS DE APLICACION DIRECTA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL. B) LA «CONTAMINACION ESTETICA» O «CONTAMINACION VISUAL».—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Número 268 (Abril-Junio 2008)

«Necesidad y sentido de los consejeros independientes. Dificultades para el trasplante al derecho de las sociedades cotizadas españolas», por Francisco MARCOS FERNÁNDEZ y Albert SÁNCHEZ GRAELLS, pág. 499.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ¿POR QUÉ SON NECESARIAS LAS NORMAS DE GOBIERNO CORPORATIVO? LA MAXIMIZACIÓN DEL INTERÉS SOCIAL COMO CRITERIO BÁSICO DE GOBIERNO CORPORATIVO.—III. EL MERCADO ESPAÑOL DE CONTROL DE EMPRESAS: PARTICULARIDADES DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN ESPAÑA.—IV. EL PROBLEMA DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO DEL GOBIERNO CORPORATIVO EN ESPAÑA.—V. LOS CONSEJEROS INDEPENDIENTES COMO VALEDORES DEL INTERÉS SOCIAL: ¿QUÉ SON Y QUÉ NO SON LOS CONSEJEROS INDEPENDIENTES?: 1. CONCEPTO Y REQUISITOS DEL CONSEJERO INDEPENDIENTE. 2. FUNCIONES PROPIAS Y AJENAS AL CONSEJERO INDEPENDIENTE. 3. EL PROBLEMA DE LOS «OTROS» CONSEJEROS EXTERNOS (O CONSEJEROS VINCULADOS O AFILIADOS).—VI. LA DESNATURALIZACIÓN DE LA INDEPENDENCIA POR EXCESO: EL RIESGO DE «AISLAR» A LOS CONSEJEROS INDEPENDIENTES.—VII. ¿ES POSIBLE EL DESARROLLO DE UN MERCADO DE CONSEJEROS INDEPENDIENTES?—VIII. CONCLUSIONES.

«Normas especiales para las sociedades profesionales de capitales», por Jesús Antonio ROMERO FERNÁNDEZ, pág. 569.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA FORMA SOCIAL CAPITALISTA EN LAS SOCIEDADES PROFESIONALES.—III. LA NOMINATIVIDAD OBLIGATORIA COMO FORMA DE REPRESENTACIÓN DE LAS ACCIONES.—IV. EL AUMENTO DE CAPITAL EN LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE CAPITALES: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ESPECIALIDADES EN LA SUPRESIÓN DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE. 3. EL VALOR DE EMISIÓN DE LAS NUEVAS ACCIONES O PARTICIPACIONES PROMOCIONALES.—V. LA REDUCCIÓN DE CAPITAL EN LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE CAPITALES: 1. LAS FINALIDADES DE LAS REDUCCIONES DE CAPITAL. 2. LA VALORACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DEL SOCIO EN LAS REDUCCIONES DE CAPITAL.—VI. ADQUISICIÓN DE LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES PROPIAS EN LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE CAPITALES: 1. SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LAS ESPECIALIDADES EN MATERIA DE AUTOCARTERA. 2. LAS NORMAS ESPECIALES EN MATERIA DE AUTOCARTERA.—VII. EL RÉGIMEN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS EN LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE CAPITALES: 1. LA OBLIGATORIEDAD DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS. 2. ESPECIALIDADES EN LA RETRIBUCIÓN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS: 2.1. *Preliminar*. 2.2. *El régimen de retribución de las prestaciones accesorias*: 2.2.1. La contribución de cada socio a la buena marcha de la sociedad como sistema de retribución. 2.2.2. El acuerdo de reparto de beneficios a través de la retribución de las prestaciones accesorias. 2.3. La inaplicación de la limitación del artículo 23 LSRL.

«El consignatario como representante del naviero», por Mercedes ZUBIRI DE SALINAS, pág. 625.

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. EL CONSIGNATARIO COMO REPRESENTANTE VOLUNTARIO DEL NAVIERO: 1. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS RELACIONES QUE MEDIAN ENTRE EL CONSIGNATARIO Y EL NAVIERO: a) *Su configuración como contrato de agencia*; b) *Su configuración como contrato de comisión*.—III. EL CONSIGNATARIO COMO REPRESENTANTE LEGAL DEL NAVIERO: 1. EL CONSIGNATARIO COMO CAPITÁN. 2. EL CONSIGNATARIO COMO NAVIERO-GESTOR. 3. EL CONSIGNATARIO ES NAVIERO.—IV. CONSECUENCIAS DE DICHA CONSIDERACIÓN: LA RESPONSABILIDAD DIRECTA Y SOLIDARIA.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y AUTONÓMICA Número 306 (Enero-Abril 2008)

«El Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella: la superación del desgobierno organizado, normalización jurídica e integración en los planes de ordenación territorial», por Ángel SÁNCHEZ BLANCO, pág. 9.

SUMARIO: I. INTEGRACIÓN METODOLÓGICA DEL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA DE MARBELLA.—II. APORTACIONES MATERIALES Y PROCEDIMENTALES DEL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA DE MARBELLA: 1. INTEGRACIÓN DEL MUNICIPIO DE MARBELLA EN EL SISTEMA URBANO METROPOLITANO Y LA PROYECCIÓN DE LA PREVISIÓN DE INFRAESTRUCTURAS, EQUIPAMIENTOS Y OBJETIVOS PARA EL PLANEAMIENTO MUNICIPAL POR EL POT DE ANDALUCÍA Y EL POT DE LA COSTA DEL SOL OCCIDENTAL. 2. LA PRIMACÍA DEL PAISAJE Y LA SINGULARIDAD TERRITORIAL Y LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA AMBIENTAL Y DEL SISTEMA DE ESPACIOS LIBRES DEL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA DE MARBELLA EN EL SISTEMA AMBIENTAL DEL POT DE LA COSTA DEL SOL OCCIDENTAL. 3. LA DOTACIÓN Y RECUPERACIÓN DE LOS EQUIPAMIENTOS COLECTIVOS COMO DETERMINANTES DE LA CALIDAD DE LA VIDA URBANA Y LA INTEGRACIÓN EN ESTA METODOLOGÍA DE LA «NECESIDAD OBJETIVA Y ESTRATÉGICA DE INTERVENIR EN LOS PROCESOS ILEGALES DE EDIFICACIÓN». 4. LA PRECISA ATENCIÓN A LAS ESPECÍFICAS ALTERNATIVAS URBANAS DE LOS NÚCLEOS TRADICIONALES Y DEL CENTRO HISTÓRICO DE MARBELLA. 5. LA CONFIGURACIÓN DE UN MODELO ECONÓMICO Y LA INTEGRACIÓN EN ÉL DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE VIVIENDA.—III. LA VIABILIDAD DEL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA DE MARBELLA: LA COHERENTE INTEGRACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS PREVISIONES DE LOS PLANES GENERALES Y DE LOS PLANES DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DE LAS COMPETENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, Y LA CONFIGURACIÓN DEL COMISIONADO PARA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE LA COSTA DEL SOL.—IV. EL RESULTADO DE LA INTEGRACIÓN URBANA DE LOS MUNICIPIOS DE LA AGLOMERACIÓN URBANA DE MARBELLA EN UNA CIUDAD DE ESCALA TERRITORIAL ORDENADA Y ARTICULADA.

«Selección de contratistas y adjudicación de contratos (con especial referencia a la Administración Local)», por Martín M.^a RAZQUÍN LIZARRAGA.

SUMARIO: 1. LA REGULACIÓN DE LA LCSP: MARCO GENERAL, NOVEDADES ESTRUCTURALES Y ADMINISTRACIÓN LOCAL.—2. LOS PRINCIPIOS DE LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS.—3. LOS TIPOS DE ENTES DEL SECTOR PÚBLICO Y LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS: 3.1. LOS TRES NIVELES DE APLICACIÓN DE LA LCSP. 3.2. APLICACIÓN TOTAL DE LA LCSP A LOS CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 3.3. APLICACIÓN PARCIAL O MÍNIMA DE LA LCSP A LOS CONTRATOS DE LOS ENTES DEL SECTOR PÚBLICO QUE SON PODERES ADJUDICADORES PERO NO ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: 3.3.1. *Aplicación parcial a los contratos sujetos a regulación armonizada*. 3.3.2. *Aplicación mínima a los contratos no sujetos a regulación armonizada*. 3.4. *Aplicación mínima de la LCSP a los contratos de los demás entes del sector público que no sean poderes adjudicadores*.—4. LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN: 4.1. FASE PREVIA: ÓRGANO COMPETENTE PARA CONTRATAR, PREPARACIÓN DEL CONTRATO Y LA APROBACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN. 4.2. CONVOCATORIA DE LA LICITACIÓN. 4.3. PLAZOS DE PRESENTACIÓN DE PROPOSICIONES O DE SOLICITUDES DE PARTICIPACIÓN. 4.4. PROPOSICIONES DE LOS INTERESADOS. 4.5. LA POSIBILIDAD DE SUBASTA ELECTRÓNICA. 4.6. LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN DEL ADJUDICATARIO. 4.7. LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS: PROVISIONAL Y DEFINITIVA. 4.8. NOTIFICACIÓN Y PUBLICIDAD DE LAS ADJUDICACIONES. 4.9. FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO.—5. LOS DIFERENTES PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN: 5.1. LOS PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADOS DE ADJUDICACIÓN: 5.1.1. *Los contratos menores*. 5.1.2. *El procedimiento negociado sin publicidad*. 5.2. LOS PROCEDIMIENTOS NO SIMPLIFICADOS: 5.2.1. *El procedimiento negociado con publicidad*. 5.2.2. *El procedimiento abierto*. 5.2.3. *El procedimiento restringido*. 5.3. EL PROCEDIMIENTO COMPLEJO: EL DIÁLOGO COMPETITIVO: 5.3.1. *Supuestos de diálogo competitivo*. 5.3.2. *Tramitación*. 5.4. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL: LOS CONCURSOS DE PROYECTOS.—6. OTROS MODOS O PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: 6.1. ACUERDOS MARCO. 6.2. SISTEMAS DINÁMICOS DE CONTRATACIÓN. 6.3. CENTRALES DE CONTRATACIÓN. 6.4. LAS JUNTAS DE CONTRATACIÓN.

«La selección del urbanizador de la legislación valenciana», por Joaquín LLIDÓ SILVESTRE, pág. 67.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. PRECEDENTES. 2. SUELO URBANO Y SUELO URBANIZABLE EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA VALENCIANA.—II. PROCEDIMIENTOS PARA LA TRANSFORMACIÓN DEL SUELO: 1. COMPETENCIAS AUTONÓMICAS Y MUNICIPALES. 2. ACTUACIONES AISLADAS. 3. ACTUACIONES INTEGRADAS.—III. PROGRAMAS DE ACTUACIÓN INTEGRADA: 1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. 2. ÁMBITO TERRITORIAL. 3. CONTENIDO DOCUMENTAL. 4. MODOS DE GESTIÓN.—IV. PROCEDIMIENTO PARA LA APROBACIÓN DE PROGRAMAS DE ACTUACIÓN INTEGRADA POR GESTIÓN INDIRECTA: 1. PROMOCIÓN. 2. TRAMITACIÓN: A) *Consideración preliminar*. B) *Inicio*. C) *Instrucción*. D) *Resolución*. 3. PUBLICACIÓN, REGISTRO Y EFICACIA. 4. VIGENCIA.—V. BIBLIOGRAFÍA.

«El régimen de las competencias y de los límites de los distritos en las legislaciones nacional y autonómicas», por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, pág. 115.

SUMARIO: I. ASPECTOS GENERALES: EL SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE DESCONCENTRACIÓN Y SUS LÍMITES COMO MARCO.—II. EL RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LOS DISTRITOS: A) UNA CUESTIÓN PREVIA: LA ESPECIAL ADECUACIÓN DE LA DESCONCENTRACIÓN TERRITORIAL EN RELACIÓN CON LA SITUACIÓN URBANA Y POBLACIONAL DE ESPAÑA. B) ALGUNOS ANTECEDENTES NORMATIVOS. C) LA REGULACIÓN JURÍDICA GENERAL DE LOS DISTRITOS: 1. *Aspectos generales*. 2. *El régimen jurídico vigente*.—III. COMPETENCIAS Y LÍMITES DE LOS DISTRITOS: A) REFERENCIAS GENERALES. B) COMPETENCIAS Y LÍMITES DE LOS DISTRITOS EN LA LEGISLACIÓN BÁSICA. C) COMPETENCIAS Y LÍMITES DE LOS DISTRITOS EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: 1. *Comunidad Autónoma de Andalucía*. 2. *Comunidad Autónoma de Aragón*. 3. *Comunidad Autónoma de Asturias*. 4. *Comunidad Autónoma de las Islas Baleares*. 5. *Comunidad Autónoma de Canarias*. 6. *Comunidad Autónoma de Cantabria*. 7. *Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha*. 8. *Comunidad Autónoma de Castilla y León*. 9. *Comunidad Autónoma de Cataluña*. 10. *Comunidad Autónoma de Extremadura*. 11. *Comunidad Autónoma de Galicia*. 12. *Comunidad Autónoma de Madrid*. 13. *Comunidad Autónoma de Murcia*. 14. *Comunidad Autónoma de Navarra*. 15. *Comunidad Autónoma de La Rioja*. 16. *Comunidad Autónoma del País Vasco*. 17. *Comunidad Autónoma Valenciana*. 18. *Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla*.

«El poder impositivo de los gobiernos locales», por Francisco GARCÍA-FRESNEDA GEA, pág. 165.

SUMARIO: 1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SOBRE LA FINANCIACIÓN DE LOS GOBIERNOS LOCALES: 1.1. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA FINANCIERA DE LOS GOBIERNOS LOCALES. 1.2. EL PRINCIPIO DE SUFICIENCIA FINANCIERA DE LOS GOBIERNOS LOCALES.—2. LÍMITES DEL PODER IMPOSITIVO DE LOS GOBIERNOS LOCALES: 2.1. EL LÍMITE DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE NORMAS CON RANGO DE LEY. 2.2. EL LÍMITE DEL PRINCIPIO DE UNIDAD. 2.3. EL LÍMITE DEL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD IMPOSITIVA. 2.4. EL LÍMITE DEL PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE BIENES Y PERSONAS. 2.5. EL LÍMITE DEL PRINCIPIO DE COORDINACIÓN IMPOSITIVA.—3. LOS ACUERDOS DE IMPOSICIÓN Y ORDENACIÓN: 3.1. LOS ACUERDOS DE IMPOSICIÓN. 3.2. LOS ACUERDOS DE ORDENACIÓN.—4. LAS ORDENANZAS FISCALES: 4.1. CONTENIDO DE LAS ORDENANZAS FISCALES. 4.2. PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE LAS ORDENANZAS FISCALES. 4.3. ÁMBITO TERRITORIAL DE APLICACIÓN DE LAS ORDENANZAS FISCALES. 4.4. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LAS ORDENANZAS FISCALES. 4.5. RECLAMACIÓN DE LAS ORDENANZAS FISCALES.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA

Número 4 (2008)

«L'opció com a dret d'adquisició en el dret civil de Catalunya», por Esteve BOSCH CAPDEVILA, pág. 975.

SUMARI: 1. INTRODUCCIÓ: 1.1. PRESENTACIÓ: FINALITAT DEL TREBALL. 1.2. TESI DE LA QUE ES PARTEIX.—2. MODALITATS. L'OPCIÓ PERSONAL COM A PRE-

CONTRACTE: 2.1. EL PRECONTRACTE: 2.1.1. *La tesi d'acord amb la qual el precontracte obliga a prestar un nou consentiment.* 2.1.2. *La tesi de la identitat entre precontracte i contracte definitiu.* 2.1.3. *Conclusió.* 2.2. L'OPCIÓ COM A PRECONTRACTE UNILATERAL. EL SEU RÈGIM JURÍDIC EN EL DRET CIVIL CATALÀ.—3. L'OPCIÓ COM A DRET D'ADQUISICIÓ. OPCIÓ PERSONAL I OPCIÓ REAL: 3.1. REGULACIÓ LEGAL. 3.2. DIFERENCIES ENTRE L'OPCIÓ PERSONAL I LA REAL. 3.3. LA IDENTIFICACIÓ DE L'OPCIÓ COM A PERSONAL O REAL.—4. EL RÈGIM DEL DRET D'OPCIÓ EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA: 4.1. CONCEPTE. 4.2. CONSTITUCIÓ: 4.2.1. *Opció real i dret de redimir.* 4.2.2. *La capacitat per constituir un dret d'opció.* 4.2.3. *L'objecte.* 4.2.4. *Requisits de forma:* 4.2.4.1. El negoci dirigit a la constitució d'un dret d'opció. 4.2.4.2. Les mencions del títol constitutiu. 4.3. EL CONTINGUT DEL DRET D'OPCIÓ MENTRE EL SEU EXERCICI ESTÀ PENDENT: 4.3.1. *L'obligació de conservació de la cosa per part del propietari del bé gravat amb el dret d'opció.* 4.3.2. *La transmissibilitat del bé gravat i del dret d'opció:* 4.3.2.1. La transmissibilitat del bé gravat amb un dret real d'opció. 4.3.2.2. La no transmissibilitat del bé sobre el que recau un dret personal d'opció. 4.3.2.3. La transmissibilitat del dret d'opció. 4.4. L'EXERCICI DEL DRET D'OPCIÓ: 4.4.1. *Els requisits per a l'exercici del dret d'opció.* 4.4.2. *El pagament del preu.* 4.4.3. *Les conseqüències derivades de l'exercici de l'opció.* 4.4.3.1. L'adquisició immediata de la propietat derivada de l'exercici de l'opció real. 4.4.3.2. La formalització de la transmissió. 4.4.3.3. Les conseqüències de l'exercici del dret real d'opció en relació als titulars de drets posteriors: A) L'extinció dels drets posteriors incompatibles. B) La destinació de la contraprestació satisfeta per exercir l'opció. 4.5. OPCIÓ I RESCISSIÓ PER LESIÓ: 4.5.1. *Opció real i rescissió per lesió.* 4.5.2. *La rescissió per lesió quan s'exercita un dret personal d'opció.* 4.6. L'EXTINCIÓ DEL DRET D'OPCIÓ. LA CONSTÀNCIA REGISTRAL DE LA CADUCITAT: 4.6.1. *La caducitat com a causa d'extinció del dret d'opció.* 4.6.2. *La constància registral de la caducitat.*—5. CONSIDERACIONS FINALS.

«Una relectura de la propiedad y su tuición en el Código Civil catalán», por María Elena LAUROBA LACASA, pág. 1025.

SUMARIO: I. LA PRESENTACIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL CCCAT.—II. LA PROPIEDAD DEL ARTÍCULO 541-1 CCCAT ENTRE OTRAS DEFINICIONES POSIBLES Y PRÓXIMAS: 1. EL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL PROYECTO DEL 2003. 2. ALGUNOS REFERENTES DE DERECHO COMPARADO.—III. CONCEPTO E ÍNDICES DEL DERECHO DE PROPIEDAD: 1. EL CONTENIDO DEL PODER. SU CARACTERIZACIÓN: 1.1. *Un poder pleno.* 1.2. *Un poder perpetuo y elástico.* 2. LA EXCLUSIVIDAD O LA EXCLUSIÓN. 3. LA PLASMACIÓN CIVIL DE LA «FUNCIÓN SOCIAL». 4. LA ADQUISICIÓN LEGAL DEL BIEN.—IV. LAS ACCIONES DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD: 1. LA RELACIÓN DE ACCIONES. 2. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA: 2.1. *Una presentación clásica.* 2.2. *Los elementos de prueba:* 2.2.1. La condición de propietario. 2.2.2. El objeto. 2.2.3. El poseedor no propietario como legitimado pasivo. 2.3. *Supuestos de irreivindicabilidad.* 3. LA ACCIÓN NEGATORIA. 4. LA ACCIÓN DE CERRAMIENTO DE FINCAS. 5. LAS ACCIONES DE DESLINDE Y AMOJONAMIENTO: 5.1. *Criterios de delimitación.* 5.2. *Las pruebas.*—V. UNAS OBSERVACIONES FINALES QUE SON UNA INVITACIÓN A FUTURAS RELECTURAS.

«Llei del dret a l'habitatge i el seu vessant arrendatari», por Ramón CONTIJOCH PRATDESABA, pág. 1061.

SUMARI: I. INTRODUCCIÓ.—II. EL TÍTOL PRELIMINAR.—III. TÍTOL I. DE LES COMPETÈNCIES EN MATÈRIA D'HABITATGE.—IV. EL VESSANT ARRENDATARI DE LA LLEI: 1. PRINCIPIS GENERALS. 2. LA CÈDULA D'HABITABILITAT: 2.1. *Segons els articles 26, 132 i 135 de la Llei*. 2.2. *Transitoriament*. 2.3. *Referència a l'art. 132.a de la pròpia Llei*. 2.4. *Referència a la delegació als ens locals*. 3. DEURE DE CONSERVACIÓ I REHABILITACIÓ DELS IMMOBLES. 4. LÍMITS DEL DEURE DE CONSERVACIÓ I REHABILITACIÓ. 5. CONTRADICCIÓ ENTRE ELS ARTS. 31.1 I 2 I EL 34.2 DE LA LLEI AMB L'ART. 114,10A I ART. 118 LAU 1964 I ART. 28 DE LA LAU 1994. 6. INTERRELACIÓ ENTRE ELS ARTICLES 32, 40, 42.6 I 7 I 43.3 EN TANT EN QUANT ES PREVEU L'EXPROPIACIÓ DE DRETS REALS: 6.1. *En immobles de PH (art. 32)*. 6.2. *Expropiació per incompliment del deure de conservació i rehabilitació (art. 40)*. 6.3. *Expropiació dret d'usdefruit per desocupació permanent o sobreocupació dels habitatges (arts. 42.6 i 7; 43.3)*. 6.4. *Consideració final sobre possible inconstitucionalitat*. 7. EL DRET DE TANTEIG I DE RETRACTE DE L'ADMINISTRACIÓ EN DETERMINADES ÀREES D'ACTUACIÓ URBANA. 8. UTILITZACIÓ ANÒMALA DELS HABITATGES: 8.1. *Actuacions per evitar la desocupació*. 8.2. *Actuacions per evitar la sobreocupació*. 8.3. *Actuacions per a evitar les situacions d'infrahabitatge*. 9. PROTECCIÓ DELS CONSUMIDORS I DELS USUARIS D'HABITATGES: 9.1. *Els administradors de finques*. 9.2. *Publicitat vinculant*. 9.3. *Oferta i principis contractuals en l'arrendament d'habitatges*. 9.4. *Requisits per l'arrendament d'habitatges*. 10. MEDIACIÓ SOCIAL EN EL LLOGUER D'HABITATGES: 10.1. *Referència als articles 69,72 i 73 de la Llei*. 10.2. *Decret 54/2008 d'11 de març*.

«Primera aproximación a la Ley 15/2007 de defensa de la competencia», por Antoni FONT I RIBAS y Sílvia GÓMEZ TRINIDAD, pág. 1101.

SUMARIO: 1. MISIÓN Y SENTIDO DE LA REFORMA.—2. LA PROHIBICIÓN DE LAS CONDUCTAS COLUSORIAS Y SU ALCANCE.—3. LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.—4. FALSEAMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA POR ACTOS DESLEALES.—5. EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.—6. LAS AYUDAS PÚBLICAS.—7. LAS SOLICITUDES DE EXENCIÓN O REDUCCIÓN DE MULTAS.—8. APLICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES.

«El concepto de subvención en los delitos contra la hacienda pública», por Miriam CUGAT MAURI, pág. 1131.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN LA CALIFICACIÓN PENAL DEL FRAUDE EN LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO: 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA ECLOSIÓN DEL FRAUDE DE PEONADAS Y SU CALIFICACIÓN COMO FRAUDE DE SUBVENCIONES. 2. EVOLUCIÓN EN LA CALIFICACIÓN PENAL DE LOS FRAUDES EN LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO: A) *La calificación de la conducta a la luz de la modalidad originaria del artículo 350 CPA, relativa al fraude en las «subvenciones o desgravaciones»*. B) *Las nove-*

*dades introducidas por la LPE 31/1990 y la difuminación de las fronteras entre «subvenciones» y «ayudas». C) La introducción de la modalidad de fraude en las «ayudas» públicas por LO 6/1995. D) La calificación del fraude en la percepción de prestaciones por desempleo como conducta típica del artículo 308 CP por Acuerdo de la Sala Segunda de 15 de febrero de 2002. E) Situación actual tras la aprobación de la Ley General de Subvenciones.—*III. VALORACIÓN DEL CRITERIO DE LA GRATUIDAD DE LAS PRESTACIONES PÚBLICAS: 1. EL CRITERIO DE LA GRATUIDAD DE LAS PRESTACIONES EN LA JURISPRUDENCIA. 2. REFLEXIONES EN TORNO AL REQUISITO DE LA GRATUIDAD Y LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL.—IV. LA INOPERANCIA PRÁCTICA DEL LÍMITE CUANTITATIVO MÍNIMO.—V. CONCLUSIONES.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN

Número 16 (Monográfico)

«La administración electrónica y la protección de datos personales», por Antonio TRONCOSO REIGADA, pág. 31.

SUMARIO: 1. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO INSTRUMENTO DE MODERNIZACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA.—2. DE LA TEORÍA DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA A LA REALIDAD: INICIATIVAS Y OBSTÁCULOS. LA LEY 11/2007, DE 22 DE JUNIO, DE ACCESO ELECTRÓNICO DE LOS CIUDADANOS A LOS SERVICIOS PÚBLICOS.—3. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA: 3.1. EL INCREMENTO DE LOS TRATAMIENTOS DE DATOS PERSONALES EN LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA. LAS TECNOLOGÍAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD. 3.2. EL PRINCIPIO DE CALIDAD. LA FINALIDAD DEL DNI ELECTRÓNICO Y LOS DATOS OBJETO DE TRATAMIENTO. 3.3. LA INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO. SERVICIOS DE NOTICIAS Y ALERTAS Y USO DE COOKIES. 3.4. LOS ACCESOS ELECTRÓNICOS, LAS INTERCONEXIONES Y EL RESPETO AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 3.5. LA SEGURIDAD COMO GARANTÍA DE LA INTEGRIDAD, AUTENTICIDAD Y CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. 3.6. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LA ACTIVIDAD DE LAS AUTORIDADES DE CONTROL.

«La protección de datos personales en los países de la Unión Europea», por Mónica ARENAS RAMIRO, pág. 113.

SUMARIO: 1. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA UNIÓN EUROPEA: 1.1. LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA. 1.2. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.—2. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES POR PARTE DE LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA: 2.1. EL PROCESO DE RECONOCIMIENTO POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS. 2.2. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO. 2.3. TITULARES Y OBLIGADOS. 2.4. CONTENIDO Y LÍMITES. 2.5. GARANTÍAS.—3. LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL TRATAMIENTO DE DATOS

PERSONALES EN LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA.—REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

«Las competencias sancionadoras de la Agencia Española de Protección de Datos y el procedimiento sancionador de nuevo sobre los principios de información y consentimiento», por Álvaro CANALES GIL, pág. 169.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. COMPETENCIAS SANCIONADORAS DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: 1.1. COMPETENCIA EN RELACIÓN AL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS: 1.1.1. *Su consideración como derecho fundamental*. 1.1.2. *Principio de consentimiento*: 1.1.2.1. Antecedentes. 1.1.2.2. Deber de Información. 1.1.2.3. Prestación del consentimiento. 1.1.2.4. Tratamiento de datos procedentes de fuentes accesibles al público. 1.2. COMPETENCIAS EN RELACIÓN A LOS DERECHOS DE LOS DESTINATARIOS DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y A LOS DERECHOS DE LOS ABONADOS A LOS SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS: 1.2.1. *Introducción*. 1.2.2. *Competencias en relación a los derechos de los destinatarios de servicios de la Sociedad de la Información*. 1.2.3. *Competencias en relación al derecho de los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas a no recibir mensajes vía fax con fines de venta directa*.—2. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR: 2.1. RÉGIMEN JURÍDICO: 2.1.1. *Antes del Reglamento de desarrollo de la LOPD*. 2.1.2. *Después de la entrada en vigor del Reglamento de desarrollo de la LOPD*. 2.2. CADUCIDAD DE LAS ACTUACIONES PREVIAS: 2.2.1. *Su regulación en el Reglamento de desarrollo de la LOPD*. 2.2.2. *Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de octubre de 2007*.—BIBLIOGRAFÍA.

«La protección de datos y los medios de comunicación», por Víctor CAZURRO BARAHONA, pág. 227.

SUMARIO: 1. LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS.—2. MARCO JURÍDICO: 2.1. LA UNIÓN EUROPEA: 2.1.1. *La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*. 2.1.2. *La protección de datos en la sociedad de la información de la Unión Europea*. 2.2. ESPAÑA.—3. INTERNET EN CUANTO MEDIO DE COMUNICACIÓN.—4. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.—5. EL PRINCIPIO DE CALIDAD Y LA IMPLANTACIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL TRATAMIENTO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL POR PARTE DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN: 5.1. CALIDAD EN EL TRATAMIENTO. 5.2. MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL TRATAMIENTO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. 5.3. FORMACIÓN ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.—6. INFRACCIONES Y SANCIONES.—7. CONCLUSIÓN.

«El Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Aspectos clave», por Ricard MARTÍNEZ MARTÍNEZ, pág. 257.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.—2. DIFICULTADES PREVIAS: UNA REALIDAD MATERIAL Y NORMATIVA COMPLEJA.—3. ELEMENTOS CLAVE DE LA REGULACIÓN: 3.1. LA EXCLUSIÓN DE EMPRESARIOS INDIVIDUALES Y PERSONAS DE CONTACTO. 3.2. EL PRINCIPIO DE CALIDAD DE LOS DATOS. 3.3. EL CONSENTIMIENTO: 3.3.1. *Los datos de los menores*. 3.3.2. *El consentimiento tácito*. 3.3.3. *El consentimiento para finalidad diferente*. 3.3.4. *La revocación del consentimiento*. 3.4. EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA RECOGIDA DE DATOS. 3.5. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS. 3.6. EL ESTATUTO DEL ENCARGADO DEL TRATAMIENTO. 3.7. FICHEROS ESPECÍFICOS: 3.7.1. *Solvencia*. 3.7.2. *Publicidad*. 3.8. MEDIDAS DE SEGURIDAD.—4. BREVE CONCLUSIÓN.

«Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 2007, relativa al fichero Sistema de Información sobre Nuevas Infecciones (SINIVIH): una obligada reflexión en torno al principio de seguridad», por Noelia de MIGUEL SÁNCHEZ, pág. 295.

SUMARIO: 1. EL SISTEMA DE VIGILANCIA EPIDEMIOLÓGICA.—2. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO.—3. UNA APARENTE CONSOLIDACIÓN DOCTRINAL.—4. REFLEXIÓN FINAL.

«La protección de los datos personales en el Código Penal español», por Justa GÓMEZ NAVAJAS, pág. 325.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ARTÍCULO 197.2 DEL CP: 2.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. 2.2. LOS SUJETOS DE LAS CONDUCTAS CASTIGADAS EN EL ARTÍCULO 197.2 DEL CP. 2.3. LAS CONDUCTAS TÍPICAS DEL ARTÍCULO 197.2 DEL CP: 2.3.1. *Apoderamiento, utilización o modificación de datos registrados (art. 197.2 del CP, inciso 1.º)*. 2.3.2. *Acceso, utilización o alteración por cualquier medio de datos reservados de carácter personal (art. 197.2 del CP, inciso 2.º)*. 2.4. OBJETO DEL DELITO: LOS DATOS RESERVADOS DE CARÁCTER PERSONAL O FAMILIAR.—3. LOS TIPOS AGRAVADOS DEL ARTÍCULO 197 DEL CP: 3.1. DIFUSIÓN, REVELACIÓN O CESIÓN DE SECRETO (ART. 197.3 DEL CP). 3.2. EL TIPO AGRAVADO EN FUNCIÓN DEL SUJETO ACTIVO: ARTÍCULO 197.4 DEL CP. 3.3. EL TIPO AGRAVADO EN FUNCIÓN DEL CARÁCTER SENSIBLE DE LOS DATOS Y DEL SUJETO PASIVO: ARTÍCULO 197.5 DEL CP. 3.4. EL TIPO AGRAVADO EN FUNCIÓN DE LA FINALIDAD LUCRATIVA: ARTÍCULO 197.6 DEL CP. 3.5. EL TIPO AGRAVADO EN FUNCIÓN DE LA CUALIDAD DE FUNCIONARIO DEL SUJETO ACTIVO: ARTÍCULO 198 DEL CP.—4. LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS DATOS DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.—5. JUSTIFICACIÓN, CULPABILIDAD Y CIRCUNSTANCIAS.—6. ¿DELITO DE TENDENCIA O DE RESULTADO?—7. PENA CORRESPONDIENTE A LOS DELITOS QUE AFECTAN A DATOS PERSONALES.—8. CUESTIONES PROCESALES: 8.1. PERSEGUIBILIDAD. 8.2. EFICACIA DEL PERDÓN DEL OFENDIDO. 8.3. COMPETENCIA JUDICIAL. 8.4. UTILIZACIÓN PROCESAL DE PRUEBAS OBTENIDAS VULNERANDO LA INTIMIDAD.—9. REFLEXIÓN FINAL: LOGROS Y DÉFICITS.

«La protección de datos personales y la seguridad de la información», por Arturo RIBAGORDA GARNACHO, pág. 373.

SUMARIO: 1. LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN.—2. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.—3. LA CLASIFICACIÓN DE LAS

MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA LOPD.—4. MEDIDAS DE SEGURIDAD DE NATURALEZA TÉCNICA: 4.1. LA AUTENTICACIÓN DE USUARIOS. 4.2. EL CONTROL DE ACCESOS. 4.3. EL REGISTRO DE AUDITORÍA. 4.4. EL CIFRADO DE DATOS: 4.4.1. *Tipos de cifrado*. 4.5. BORRADO SEGURO.—5. MEDIDAS DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA Y ORGANIZATIVA: 5.1. EL DOCUMENTO DE SEGURIDAD.—6. MEDIDAS DE NATURALEZA FÍSICA.—7. CONCLUSIONES.—CITAS.

«La protección de datos personales de los trabajadores», por Rodrigo TASCÓN LÓPEZ, pág. 449.

SUMARIO: 1. LOS AVANCES TECNOLÓGICOS EN LA GESTIÓN DEL PERSONAL Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES: SÍNTESIS DE UNA PROBLEMÁTICA.—2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS Y SU MANIFESTACIÓN INESPECÍFICA EN EL ÁMBITO LABORAL.—3. EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES POR LA EMPRESA. ENTRE LA NECESIDAD RAZONABLE Y EL ABUSO INTOLERABLE.—4. CRITERIOS DE LEGITIMIDAD DE LOS TRATAMIENTOS EMPRESARIALES DE LOS DATOS DE LOS TRABAJADORES: 4.1. EL PRINCIPIO DE PERTINENCIA COMO REFERENTE EN EL TRATAMIENTO DE DATOS DE LOS TRABAJADORES. 4.2. EL CONSENTIMIENTO COMO REGLA MATIZADA; DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO HACIA LA TOLERANCIA INFORMADA.—5. EL TRATAMIENTO DE DATOS DE LOS TRABAJADORES POR OTRAS ENTIDADES DISTINTAS A LA EMPRESA.—6. A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN.

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Número 26 (Enero-Junio 2008)

«Notas sobre la protección constitucional de la vida humana», por José Luis REQUERO IBÁÑEZ, pág. 11.

SUMARIO: 1. EL ARTÍCULO 15 DE LA CONSTITUCIÓN.—2. PROTECCIÓN AL INICIO DE LA VIDA HUMANA: 2.1. BASES DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL. 2.2. EN ESPECIAL, LA CLONACIÓN TERAPÉUTICA.—3. PROTECCIÓN AL FINAL DE LA VIDA.—4. CONCLUSIONES.

«La cesión del Impuesto sobre el Patrimonio a la Comunidad Autónoma de Madrid», por M.^a del Mar DE LA PEÑA AMORÓS.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. COMPETENCIAS NORMATIVAS CEDI-
DAS A LAS COMUNIDADES EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO: ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD DE MADRID: 2.1. ANÁLISIS GENERAL SOBRE LAS COMPETENCIAS NORMATIVAS QUE SE CEDEN. 2.2. EJERCICIO DE LAS CITADAS COMPETENCIAS POR LA COMUNIDAD DE MADRID.—3. LA CESIÓN DE COMPETENCIA DE GESTIÓN: 3.1. LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS DE GES-

TIÓN, FRENTE A LA CESIÓN DEL RESTO DE COMPETENCIAS. 3.2. ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS DE GESTIÓN. 3.3. LA GESTIÓN DEL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO: ESPECIALIDADES.—4. LA RESIDENCIA HABITUAL COMO PUNTO DE CONEXIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO: 4.1. RESIDENCIA HABITUAL EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA: 4.1.1. *Generalidades*. 4.1.2. *Criterios utilizados*: 4.1.2.1. Criterio de permanencia. 4.1.2.2. Criterio del centro de intereses. 4.1.2.3. La cláusula de cierre. 4.1.2.4. Otros criterios. 4.2. LA RESIDENCIA HABITUAL COMO PUNTO DE CONEXIÓN DEL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO.

«Diversas consideraciones en torno a los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la militar», por Adolfo LUQUE REGUEIRO, pág. 65.

SUMARIO: 1. REGULACIÓN POSITIVA.—2. CONFUSIONISMO TERMINOLÓGICO.—3. LA SALA DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.—4. ÓRGANOS ENTRE LOS QUE PUEDE PLANTEARSE ESTE TIPO DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES: ESPECIAL REFERENCIA A LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—5. INICIO Y FORMACIÓN DE ESTOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.—6. CONFLICTOS NEGATIVOS: ¿VACÍO NORMATIVO?—7. LOS «CONFLICTOS MAL FORMADOS»: ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES.—8. TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ESTOS CONFLICTOS POR LA SALA DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.

«La protección civil frente al ruido», por Pablo SURROCA CASAS, pág. 103.

SUMARIO: 1. EL RUIDO: CONCEPTO, CAUSAS Y CONSECUENCIAS.—2. EL MARCO GENERAL DE PROTECCIÓN FRENTE AL RUIDO DESDE EL PUNTO DE VISTA CIVIL: 2.1. NORMATIVA INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL. 2.2. NORMAS DE DERECHO CIVIL COMÚN. 2.3. NORMAS DE DERECHO CIVIL FORAL O ESPECIAL. 2.4. NORMAS ADMINISTRATIVAS CON INCIDENCIA O ALCANCE CIVIL. 2.5. NORMAS PROCESALES.—3. PANORAMA DE LAS ACCIONES CIVILES FRENTE AL RUIDO: 3.1. TUTELA PREVENTIVA. 3.2. TUTELA REACTIVA. 3.3. TUTELA SUMARIA DE LA POSESIÓN. 3.4. TUTELA JURISDICCIONAL CIVIL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—4. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES: 4.1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 4.2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 4.3. TRIBUNAL SUPREMO. 4.4. AUDIENCIAS PROVINCIALES.—5. CONCLUSIONES.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL Número 2 (2007)

«Crisis y reforma del Fondo Monetario Internacional», por Manuel LÓPEZ ESCUDERO, pág. 527.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DECLIVE DEL FMI EN EL SIGLO XXI: 1. CRISIS DE EFECTIVIDAD: A) *El alejamiento de los países con economías emergentes*. B) *El desarrollo de mecanismos de cooperación monetaria de*

ámbito regional. C) *El déficit financiero del FMI*. D) *Las críticas de los países desarrollados*. E) *La neutralización del FMI por los mercados financieros internacionales*. 2. CRISIS DE LEGITIMIDAD: A) *El desajuste entre el poder de los diferentes grupos de Estados*. B) *Las deficiencias institucionales del FMI*.—III. REFORMA EN CURSO: LA ESTRATEGIA A MEDIANO PLAZO DE 2005: 1. LA MEJORA DE LA SUPERVISIÓN. 2. LA NEGOCIACIÓN DE UN NUEVO SISTEMA DE FINANCIACIÓN. 3. LAS MODIFICACIONES INSTITUCIONALES: A) *El aumento ad hoc de cuotas de 2006*. B) *Cuestiones en proceso de negociación*. C) *El acuerdo de abril de 2008*.—IV. LAS DEFICIENCIAS INSTITUCIONALES PENDIENTES: 1. LA INDISPENSABLE REFORMA DEL DIRECTORIO EJECUTIVO. 2. LA MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DEL DIRECTOR GERENTE. 3. EL LIDERAZGO POLÍTICO SOBRE EL FMI.—V. CONSIDERACIONES FINALES.

«En torno a la unidad sistémica del Derecho Internacional», por Mariano J. AZNAR GÓMEZ, pág. 527.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: 1.1 EL SÍNTOMA: LA DIVERGENCIA DE PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES. 1.2. LA CAUSA: LA SECTORIALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL: 1.2.1. *Cuestiones conceptuales*. 1.2.2. *Cuestiones epistemológicas*.—2. LA ESPECIALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL: 2.1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2.2. LAS SOLUCIONES A LOS DISTINTOS PROBLEMAS: 2.2.1. *La unidad interpretativa*. 2.2.2. *La unidad en la norma de conflicto*. 2.2.3. *El principio de armonización*.—3. LA UNIDAD SISTÉMICA DEL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL: 3.1. LA POROSIDAD DEL SISTEMA. 3.2. LA AUSENCIA DE «REGÍMENES AUTOSUFICIENTES». 3.3. LA NECESIDAD DE LA UNIDAD SISTÉMICA.—CONCLUSIÓN.

«La calificación jurídica del “matrimonio de conveniencia”: del fraude al uso indebido de la institución matrimonial», por Isabel GARCÍA RODRÍGUEZ, pág. 595.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL MATRIMONIO DENTRO DE SU DIMENSIÓN SOCIAL: DERECHO PRIVADO *VERSUS* DERECHO PÚBLICO: 1. LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR: A) *La calificación con base en la CE y normas de DDHH*. B) *La calificación desde la práctica judicial española*. 2. LA INTERCONEXIÓN EXISTENTE ENTRE LA CALIFICACIÓN DE LA «FAMILIA» Y DEL «MATRIMONIO»: A) *Evolución del contenido regulatorio del matrimonio con la misma base constitucional*. B) *La independencia entre el matrimonio y la familia a raíz de la nueva calificación ex lege fori*. 3. LA CALIFICACIÓN FLEXIBLE DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN LAS NORMAS DE NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA. 4. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL MATRIMONIO EN LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR.—III. LA DETERMINACIÓN DE LA «CONVENIENCIA» EN LOS MATRIMONIOS BLANCOS: 1. EL FRAUDE A LA LEY, LA SIMULACIÓN EN EL MATRIMONIO: A) *El fraude a la ley, los actos contra legem*. B) *De la simulación del consentimiento matrimonial*.—IV. REFLEXIONES FINALES.

«Régimen jurídico de los espacios marítimos de Spitzberg (Svalbard). Posición de Noruega, España y otros Estados», por José Luis MESEGUER, pág. 631.

SUMARIO: I. EL ARCHIPIÉLAGO DE SPITZBERG: SITUACIÓN GEOGRÁFICA Y REIVINDICACIONES HISTÓRICAS. LAS CONFERENCIAS DE CRISTIANÍA: 1. SITUACIÓN GEOGRÁFICA. 2. REIVINDICACIONES HISTÓRICAS. 3. CONFERENCIAS DE CRISTIANÍA.—II. EL TRATADO DE PARÍS DE 9 DE FEBRERO DE 1920 SOBRE LA SOBERANÍA DE NORUEGA SOBRE SPITZBERG: A) GÉNESIS DEL TRATADO. CONFERENCIA DE LA PAZ. B) ESTRUCTURA Y CARACTERÍSTICAS DEL TRATADO: 1. *Principios fundamentales*. 2. *Caracterización del Tratado*. 3. *Titularidad de los derechos y libertades*. C) LIMITACIONES DE LA SOBERANÍA NORUEGA SOBRE SPITZBERG: DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS NACIONALES DE LAS PARTES CONTRATANTES: 1. *Derechos de pesca y caza*. 2. *Libertades de acceso, fondeo y asentamiento*. 3. *Explotaciones mineras*. 4. *Otros derechos y libertades*. D) EL CONCEPTO DE «AGUAS TERRITORIALES» EN EL CONTEXTO DE 1920.—III. COMPATIBILIDAD DEL TRATADO DE PARÍS DE 1920 CON LA EVOLUCIÓN POSTERIOR DEL DERECHO DEL MAR: 1. PLATAFORMA CONTINENTAL. 2. ZONAS DE PROTECCIÓN PESQUERA Y ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA. 3. CRÍTICA DOCTRINAL.—IV. POSICIÓN DE OTRAS PARTES CONTRATANTES RESPECTO AL TRATADO DE PARÍS Y LOS NUEVOS ESPACIOS MARÍTIMOS DE SVALBARD: 1. UNIÓN SOVIÉTICA, AHORA FEDERACIÓN DE RUSIA. 2. POSICIÓN DE ESPAÑA. 3. POSICIÓN DE PAÍSES BAJOS. 4. POSICIÓN DE REINO UNIDO. 5. POSICIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA.—V. CONCLUSIONES.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA Número 116 (Mayo-Agosto 2008)

- «Justicia restaurativa y sistema de sanciones alternativas en el Derecho Penal Juvenil», por Olga Marta MENA PACHECO, pág. 13.
- «Apuntes sobre el servicio público en tiempos de globalización», por Ronald HIDALGO CUADRA, pág. 37.
- «La actividad cautelar en los procesos constitucionales de protección a los derechos fundamentales, control de constitucionalidad y conflictos de competencia», por Rodrigo ARIAS GRILLO, pág. 77.
- «Estado: estructura y funciones», por Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ, pág. 111.
- «Algunas consideraciones sobre la armonización del Derecho Internacional Privado», por Joselyn BERMÚDEZ ABREU, pág. 139.

REVUE DE DROIT UNIFORME Número 1/2 (2008)

- «La problématique actuelle de l'harmonisation du droit des affaires par l'OHADA», por Jean YADO TOE, pág. 23.

- «Harmoniser le droit dans un espace multilingue et pluri-juridique: un point de vue canadien», por Robert LECKEY, pág. 39.
- «Harmoniser le droit des affaires dans un espace multilingue et plurijuridique: l'expérience du Groupe de la Banque africaine de développement (BAD)», por Aboubacar FAU, pág. 59.
- «Nouvelles tendances en droit des obligations - Quel droit s'applique», por Eleanor CASHIN RITAINE, pág. 69.
- «Assurer l'harmonisation du droit des contrats aux niveaux régional et mondial: la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et le rôle de la CNUDCI», por Luca G. CASTELLANI, pág. 101.
- «L'harmonisation du droit OHADA des contrats: l'influence des Principes d'UNIDROIT en matière de pratique contractuelle et d'arbitrage», por Emmanuel JOUVET, pág. 127.
- «L'influence des Principes d'UNIDROIT sur la réforme du droit chinois des obligations», por Zhang SHAOHUI, pág. 153.
- «Le droit français des contrats et les Principes d'UNIDROIT», por Jean-Michel JACQUET, pág. 179.
- «L'OHADA et l'harmonisation du droit des contrats: propos et questions préliminaires», por Idrissa KERE, pág. 197.
- «L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats vue d'ensemble», por Marcel FONTAINE, pág. 203.
- «The Preliminary Draft OHADA Uniform Act on Contract Law as Seen by a Common Law Lawyer» por S. K. DATE-BAH, pág. 217.
- «La confirmation des principes de bonne foi et de loyauté dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats», por Kalongo MBICAYI, pág. 223.
- «La protection du contrat dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats: conclusion, exécution et remèdes en cas d'inexécution», por Emmanuel S. DARANKOUM, pág. 229.
- «Le renoncement à la cause et à la considération dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats», por Christine CHAPPUIS, pág. 253.
- «L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats: l'adéquation aux contrats électroniques», por Etienne MONTERO, pág. 293.
- «L'autonomie des parties: le caractère supplétif des dispositions e l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats», por Jacqueline LOHOUES-OBLE, pág. 319.

- «Le champ d'application de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats: contrats en général / contrats commerciaux / contrats de consommation», por Dorothé C. Sossa, pág. 339.
- «Formalisme et preuve des obligations contractuelles dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats», por Félix ONANA ETOUNDI, pág. 355.
- «La coordination de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats avec les autres Actes uniformes de l'OHADA», por Gastón KENFACK DOUAJINI, pág. 367.
- «L'harmonisation du droit OHADA des contrats: Rapport général», pág. 379.

A) NORMAS A TENER EN CUENTA COMO *MODELO ÚNICO* EN LOS ESTUDIOS Y DICTÁMENES A PUBLICAR

Hemos considerado pertinente la disposición de unas normas generales que deberán ser seguidas por los colaboradores para la publicación de sus trabajos de forma uniforme.

- Los trabajos tendrán una EXTENSIÓN MÁXIMA de 25 a 40 folios, para ser considerados ESTUDIOS, de 10 a 25 folios, para DICTÁMENES, y de 2 a 4 folios para RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS. En ESTUDIOS y DICTÁMENES habrá que incluir, al final del artículo, un breve RESUMEN de no más de medio folio (*en cursiva*) del problema que se ha abordado y dos voces o palabras clave, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC). El resumen nos lo pueden mandar en castellano e inglés o sólo en castellano y nosotros lo traducimos.
- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p. Interlineado: sencillo (sin negritas ni subrayados).
- Todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:
 - I.
 - II. 1.
 - III. 1. A.
 - IV. 1. A. a)
 - V. 1. A. a) a')
- El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano:
 - I. ...
 - II. ...
 - III. ...
- Índice de las sentencias del Tribunal Supremo (citadas en el trabajo o no, siempre en conexión con el tema), que deberán citarse siempre con el número del Repertorio de Aranzadi. El esquema es el siguiente:
Por ejemplo, S.T.S. de 22 de octubre de 2002 (R.A. n.º 2987).
- En último término, se contendrá la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, la cual seguirá necesariamente el siguiente orden:

Si se tratara de un *libro*:

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*. Madrid, 1996.

O, si se aborda un *punto concreto* del libro:

BENABENT, Alain: *Droit Civil. La famille*, 7.^a ed., Litec, París, 1995, págs. 555 y sigs.

Si se tratara de un *artículo*:

ALONSO PÉREZ, Mariano: «Los alimentos debidos a la viuda encinta», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1969/2, págs. 373 y sigs.

- Esta última norma no impide que si durante el texto es conveniente apoyarse en la doctrina de algún autor, sea citado en el mismo texto, pero no a pie de página, sino a continuación de la argumentación que se esgrime, de la siguiente manera:

«La ampliación de este párrafo a los hijos mayores de edad, operada por la reforma de 13 de junio de 1981, no se circunscribe a las relaciones ... (ver DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, II, Tecnos, 1984, págs. 1030-1032)».

B) NORMAS Y ESTRUCTURA DE LOS COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS Y A LAS RESOLUCIONES

- Normas generales:

Fuente: Times New Román.

Estilo de fuente: Normal (Sin negrita, ni subrayados...).

Tamaño: 12 p.

Interlineado: sencillo.

Extensión: mínima de 3 folios por materia.

En cada número de la Revista, cada Sección debe contar con dos grupos de materias o temas tratados.

Resumen: en cursiva.

- IMPORTANTE

El comentario debe ser único. Se pretende que los comentarios de jurisprudencia sean, realmente, breves artículos que recojan un problema concreto y su desarrollo jurisprudencial, por ello hemos decidido cambiar radicalmente el formato de los «antiguos comentarios». Este cambio repercutirá favorablemente también a los autores de los mismos, ya que podrán acreditarlos como artículos de investigación.

Las modificaciones más relevantes son, en cuanto a los criterios de redacción y publicación:

- a) No hay que comentar una sentencia determinada, sino un problema jurisprudencial, aunque se parta de una determinada sentencia.
- b) El título, entonces, debe ser el de un artículo. No telegráfico, como hasta ahora, que recogía simplemente la materia y problema sobre el que versaba la sentencia comentada.
Por ejemplo: «Modificación del título constitutivo de una propiedad horizontal cuando fue otorgado por el constructor-promotor propietario único».
- c) Sí se incluirá en el borrador (aunque no se publicará así), el antiguo encabezado correspondiente a:

DERECHO CIVIL.

DERECHOS REALES.

MATERIA: PROPIEDAD HORIZONTAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

RESUMEN: TITULO CONSTITUTIVO DE PROPIEDAD HORIZONTAL.

Pero, únicamente, se hará para facilitar la clasificación en la base de datos de la Revista.

- d) Se eliminan: *Fecha de sentencia, Ponente, Sala, Antecedentes, Doctrina y Comentario.*
- e) Habrá que incluir, después del comentario, un breve RESUMEN del artículo (*en cursiva*) del problema que se ha abordado, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC), de una extensión aproximada de 4 líneas.
- f) El desarrollo del «comentario» será similar al de un artículo, un todo homogéneo dividido en sus correspondientes epígrafes, siguiendo las normas de publicación adjuntas (Anexo I), y sin distinción de los apartados señalados en el punto d).
- g) En el Anexo I encontrarán un modelo de cómo debe quedar los nuevos análisis de jurisprudencia.

ANEXO I

DERECHO CIVIL.

DERECHOS REALES.

MATERIA: *NUMERUS CLAUSUS O APERTUS* DE LOS DERECHOS REALES.

RESUMEN: INSCRIPCIÓN ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA DE DUDOSO CARÁCTER REAL.

«Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales, y su estrecha relación con el principio de especialidad».

Se pretende repasar la evolución doctrinal y jurisprudencial de la vieja polémica en torno a un numerus clausus o apertus de los derechos reales. Dicha controversia, hoy, se ha superado en sentido de admitir sin problemas el numerus apertus de dichos derechos, si bien, con ciertos límites o limitaciones en su admisión. Hay que analizar los requisitos y límites establecidos por la jurisprudencia a dicha categoría, así como las consecuencias que la inscripción de las «nuevas figuras» puede tener.

I. INTRODUCCIÓN

.....
.....

II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES

1. Los derechos reales son *numerus clausus*

.....
.....
.....
.....

2. Los derechos reales son *numerus apertus*

.....
.....
.....

III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

.....
.....
.....

IV. CONCLUSIONES

.....
.....