LaNotaria

Número 3 | 2011 | *Revista del Colegio Notarial de Cataluña* | Fundada en 1858

Seguridad Jurídica Preventiva, eficaz e imprescindible

«Necesitamos menos leyes, más claras y más breves»

Entrevista a NÚRIA DE GISPERT, Presidenta del Parlament de Catalunya

«Hay que afrontar cambios estructurales para ganar en eficiencia»

Entrevista a JUAN M.ª NIN, Vicepresidente y Consejero Delegado de CaixaBank

TRIBUNA

Santiago Ballester i Muñoz
César Belda Casanova
Antonio Giner Gargallo
José Javier Cuevas Castaño

DOCTRINA

La unificación europea de la competencia judicial internacional en materia contractual

El foro de los contratos internacionales: Comentario al artículo 5(1) del Reglamento Bruselas I

PRÁCTICA

La renuncia implícita a la exención del IVA en transmisiones inmobiliarias

El plazo para impugnar ante los tribunales la desestimación por silencio del recurso gubernativo

LÍDERES

AUTORES

TECNOLOGÍA

INNOVACIÓN

SERVICIOS

LA LEY
grupo Wolters Kluwer

Un paso por delante

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:
C/ Collado Mediano, 9
28230 Las Rozas (MADRID)

902 250 500 tel
902 420 012 fax
clientes@laley.es

www.laley.es

COLEGIO NOTARIAL
DE CATALUÑA

Director:
Ángel Serrano de Nicolás
Subdirector:
Guzmán Clavel Jordà
Consejo de redacción:
José Javier Cuevas Castaño *(Vida corporativa)*, Víctor Esquirol Jiménez *(Jurisprudencia/Resoluciones)*, Elisabeth García Cueto *(Internacional)*, Antonio Ángel Longo Martínez *(Práctica)*, Patricia Olivencia Cerezo *(Jurisprudencia)*
Consejo editorial:
Esther Arroyo Amayuelas *(U. de Barcelona)*, Luis Humberto Clavería Gosálbez *(U. de Sevilla)*, Andrés Domínguez Luelmo *(U. de Valladolid)*, Joan Egea Fernández *(U. Pompeu Fabra)*, Ignacio Farrando Miguel *(U. Pompeu Fabra)*, Jacinto Gil Rodríguez *(U. del País Vasco)*, José Luis Linares Pineda *(U. de Girona)*, Sergio Llebaría Samper *(Esade-URL)*, Juan José Marín López *(U. Castilla-La Mancha)*, José María Miquel González *(U. Autónoma de Madrid)*, Susana Navas Navarro *(U. Autónoma de Barcelona)*, Pablo Salvador Coderch *(U. Pompeu Fabra)*, Antoni Vaquer Aloy *(U. de Lleida)*, Rafael Verdera Server *(U. de Valencia)*, Francisco Vicent Chuliá *(U. de Valencia)*, Roberto Follía Camps *(Notario - RALJC)*, José Antonio García Vila *(Notario)*, Ildefonso Sánchez Prat *(Notario)*, Josep M.ª Valls Xufré *(Notario)*, M.ª Angels Vallvé Ribera *(Notario)*
Coordinación:
Sandra Purroy Corbella
Diseño y Producción: LA LEY
ISSN: 0210-427X
D.L.: B. 3.461-1995

Todos los derechos reservados.
Las opiniones vertidas por nuestros colaboradores en estas páginas son de su exclusiva responsabilidad y no coinciden necesariamente con la línea editorial de ***LA NOTARIA***
© *2010 Ilustre Colegio de Notarios de Catalunya*
Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en
www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

El Notariado, garante de la seguridad jurídica

La seguridad jurídica no solo es un principio rector en cualquier Estado de Derecho, y singularmente en una sociedad democráticamente avanzada, como proclama el Preámbulo de nuestra Constitución de 1978, sino que, además, en esta forma parte de su Título Preliminar, art. 9.3 CE/78. Pero no es ahora a las principales emanaciones constitucionales a las que procede referirse, sino que, estando ya en vísperas de cumplirse el ciento cincuenta aniversario de la Ley del Notariado, lo que procede, o se pretende, es reclamar la relevante posición que para garantizar la seguridad jurídica en una economía de mercado, que no de mercaderes y espabilados, corresponde al Notariado.

Pocos, muy pocos, son los que dudan de las bondades de la economía del mercado; más son los que ya dudan de su *deregulation*, y muchos, así lo creo, somos los que dudamos de que el mercado sin una clara regulación, con pocas pero tajantes normas imperativas, pero, sobre todo, con una clara aplicación judicial de las mismas, pueda no ya funcionar, sino legitimar un (presunto, pues eso sería si no se aplican) Estado de Derecho.

La función del Notariado es esencial no únicamente por su función equilibradora en el momento trascendental de celebración del negocio, sino por tantas otras misiones a las que está llamado legislativamente, unidas a las que reiteradamente (por la confianza que en la institución notarial depositan el Estado y, sobre todo, los ciudadanos) le exigen, en el ámbito de la responsabilidad, los tribunales.

En efecto, por ser el Notario el funcionario público y profesional del Derecho ante el cual se perfecciona el negocio, tanto si es consensual como real (con la entrega de la cosa o del dinero en el préstamo), como cuando es formal, a él es a quien cumple controlar la legalidad, ciertamente de forma preventiva, pues en un Estado de Derecho democrático el control de legalidad, que causa estado, únicamente puede corresponder a la Autoridad Judicial.

Ahora bien, lo relevante, con serlo, no es solo el control de legalidad; lo trascendente es la seguridad jurídica, y lo es no únicamente en el clásico ámbito del Derecho Civil, o incluso, si se quiere ser más omnicomprensivo, en el ámbito del Derecho Privado, sino que, si del mercado estamos hablando, la función notarial es trascendental en lo que desde hace ya un siglo se conoce como Derecho Económico, con incidencia relevante del Derecho Administrativo o Público. No se oculta que puede ser compartido en algunos asuntos, pero lo decisivo y trascendental (si de controlar la legalidad se trata) es la posición de independencia del Notariado, esa inescindibilidad entre funcionario y profesional del Derecho. A lo que tampoco es

ajena la libertad de elección, frente a la pretendida acusación de que dicha elección puede menguar su imparcialidad, lo cierto, y dado que no es él el último garante del control de legalidad, sino los tribunales, es que es la competencia (en igualdad de condiciones y oportunidades) la que más contribuye a una esmerada autorización conforme a la legalidad, que no tiene que confundirse con el legalismo estéril, sino innovando de acuerdo con la realidad social (y económica, cabría añadir) del tiempo y de las circunstancias en que tiene que aplicarse la norma.

Por ello, y cuando han caído con estrépito creaciones (si no fraudulentas en sí, sí en sus consecuencias últimas o en la forma en que se han celebrado) de dicho mercado, emerge nuevamente la relevante función del Notariado no ya en los negocios formales, y menos en los pretendidos constitutivos, si es que en pureza los hay, sino en la intervención notarial como garante de que llega a las partes, singularmente al contratante o parte débil, la información adecuada, es decir, la cada vez más relevante forma informativa.

Por ello, y dado que, como se ha escrito recientemente, la función de la seguridad jurídica no es legitimar el Derecho, sino que su función es dotar de eficacia al sistema jurídico, actúa no como un valor moral, sino meramente instrumental, y en esta actuación de la seguridad jurídica es donde en este siglo XXI alcanza, por la mayor complejidad de las relaciones jurídicas, de la economía e incluso en las relaciones familiares o sucesorias, mayor relevancia la presencia del Notario, seguramente sabiendo aquilatar su función, pero, sin duda, conservando su esencia equilibradora.

Obvio es que será necesario legislar, y junto a refaccionar la Ley del Notariado (no digamos ya el maltrecho Reglamento notarial), habrá que promulgar la Ley de Jurisdicción Voluntaria y una Ley de Seguridad Jurídica Preventiva o, cuando menos, que sus principios informantes se reconozcan en la actuación y atribuciones del Notariado. Y si de proteger al consumidor y al ciudadano en general se trata, no cabe olvidar tampoco el trascendental contenido que a la buena fe le otorga nuestro artículo 1258 CC, frente a otros ordenamientos, como el francés o incluso el alemán, así (y, singularmente, allí donde no ha intervenido el Notario en su función informadora y equilibradora) como a la capacidad de reconocer el error, singularmente cuando una de las partes contratantes es la oferente, e incluso la informante, y el cliente, en la lógica del mercado (e incluso en sus limitados saberes), debe reputar que no solo se le está informando con lealtad, sino que incluso se le está ofreciendo lo más adecuado a sus necesidades o pretensiones.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona

Sumario

Editorial

- El Notariado, garante de la seguridad jurídica
  Ángel Serrano de Nicolás 3

Tribuna

- La Comisión de Codificación de Catalunya, una referencia autonómica y europea en materia de Derecho Privado
  Santiago Ballester i Muñoz 6
- Una reflexión sobre la Agencia Notarial de Certificación
  César Belda Casanova 8
- La seguridad jurídica preventiva en la contratación inmobiliaria y mercantil: sombras y retos
  Antonio Giner Gargallo 14
- Adecuación a la legalidad (de nuevo sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008)
  José Javier Cuevas Castaño 17
- Cambios y reformas en España. El sistema de seguridad jurídica preventiva y su futuro
  Joan Carles Ollé Favaró 20

Entrevista

- «Necesitamos menos leyes, más claras y más breves»
  Núria de Gispert, Presidenta del Parlament de Catalunya 23
- «Hay que afrontar cambios estructurales para ganar en eficiencia»
  Juan M.ª Nin, Vicepresidente y Consejero Delegado de CaixaBank 29

Doctrina

- La unificación europea de la competencia judicial internacional en materia contractual. Introducción a Franco Ferrari y Francesca Ragno
  Joaquim J. Forner Delaygua 32
- El foro de los contratos internacionales
  Franco Ferrari y Francesca Ragno 37

Práctica

- La renuncia implícita a la exención del IVA en transmisiones inmobiliarias
  Jorge de Juan Casadevall y Laia Colomés Barbarà 68
- El plazo para impugnar ante los tribunales la desestimación por silencio del recurso gubernativo
  Benjamín Górriz Gómez 80

Internacional

- Recomendaciones sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera
  Elisabeth García Cueto 86
- Reseñas de Normativa y Jurisprudencia 88

Sentencias

- Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo
  Redacción LA LEY 89
- Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
  Víctor Esquirol Jiménez 94

Resoluciones

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles
  Fernando Agustín Bonaga 97
- Reseña de las principales resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat
  Víctor Esquirol Jiménez 108

Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho 113

La Comisión de Codificación de Catalunya, una referencia autonómica y europea en materia de Derecho Privado

Santiago Ballester i Muñoz
Director General de Derecho y de Entidades Jurídicas de la Generalitat de Catalunya

En primer lugar, debe remarcarse la importante tarea en el ámbito del Derecho Civil que ha desarrollado el Parlament de Catalunya desde que la Generalitat recuperó la competencia legislativa en materia de Derecho Privado. Este logro tuvo su punto más álgido en 2002, con la aprobación de la Ley 29/2002, primera ley del Código civil de Catalunya, con la que se inició la etapa de culminación del Código civil de Catalunya, del que ya se ha llevado a cabo la mayor parte, con la aprobación del libro II («De la persona y la familia»), del libro III («De las personas jurídicas»), del libro IV («De las sucesiones») y del libro V («De los derechos reales»). En esta coyuntura, solo queda pendiente la aprobación del libro VI, relativo a las obligaciones y los contratos.

El objetivo principal del Decreto 395/2011, de 27 de septiembre, de regulación de la Comisión de Codificación y del Observatorio de Derecho Privado de Catalunya, es sistematizar la composición, la organización y el funcionamiento de la Comisión de Codificación y del Observatorio de Derecho Privado de Catalunya. La perspectiva temporal desde que el Observatorio inició sus tareas, así como la reflexión sobre la necesidad de introducir cambios que doten de mayor operatividad a este organismo, aconsejaba introducir una serie de modificaciones. Estas afectan mayoritariamente a la regulación de sus órganos y modifican su forma de organización y su composición, con el objetivo de hacerlo más ágil y eficiente en su funcionamiento y, en consecuencia, dotan a la Comisión de Codificación de entidad propia e independiente del Observatorio, que pasa a ser su órgano consultivo.

Catalunya, modelo en materia de Derecho Civil

En este contexto y para encarar esta nueva etapa legislativa pendiente en materia de Derecho Civil, se considera primordial una modificación de la organización, hasta ahora vigente, respecto a los órganos que deben llevar a cabo las actuaciones preparatorias de los nuevos proyectos legislativos, para unificar todas las actuaciones hechas y para armonizar la materia legislativa vigente con la que aún queda pendiente. En consecuencia, con la creación de la Comisión de Codificación, se pretende que Catalunya se erija como un referente en el ámbito del Derecho Privado, tanto en el ámbito de las otras comunidades como en el ámbito europeo. Asimismo, la creación de la Comisión de Codificación ayudará a consolidar el respeto hacia nuestras insti-

tuciones de Derecho Civil, un respeto que, desde la primera ley, en 1984, hasta la última, en 2011, han provocado en la comunidad jurídica de todo el Estado, así como también en el ámbito académico. De este modo, a través de la implantación de este órgano, se pretende mantener y enriquecer el Derecho Civil catalán para que continúe siendo un referente para todos los ámbitos del mundo jurídico, judicial, administrativo y de la sociedad civil.

Dicha norma regula la organización de la **Comisión de Codificación, que será la encargada de la elaboración de la normativa de desarrollo del ordenamiento catalán en materia de Derecho Civil**, y, para llevar a cabo esta importante tarea, contará con el Observatorio de Derecho Privado, que pasa a tener un carácter asesor. Ambos órganos incluyen, en su estructura y composición, a los juristas de los diferentes ámbitos jurídicos y judiciales que sean adecuados y que se consideren necesarios según la materia objeto de estudio en cada momento. El impacto normativo tendrá un importante reflejo en los diferentes proyectos que surjan en el seno de la Comisión de Codificación, en la medida que sean asumidos por el Departamento de Justicia y este los presente al Govern de la Generalitat y, posteriormente, al Parlament de Catalunya.

Para dar una mejor estructura y coherencia al funcionamiento de la Comisión de Codificación y al Observatorio de Derecho Privado, se ha dotado la organización de una **Secretaría Técnica, encargada de asistir y emitir certificaciones de las reuniones celebradas por todos los órganos**, unas certificaciones que tienen efectos hacia todas las partes implicadas, teniendo en cuenta la peculiaridad de dichos órganos, formados por juristas de reconocido prestigio y ajenos a las instituciones de la Generalitat de Catalunya.

La estructura de la Comisión de Codificación supone un paso adelante como modelo organizativo y de eficiencia

En este mismo sentido, resulta importante el hecho de remarcar que la anterior organización contaba con una Dirección y un puesto de responsable de apoyo, dedicados en exclusiva a tareas específicas: las propias del Observatorio de Derecho Privado. Con la nueva organización, estos dos órganos se funden en uno solo, que se configura como una Secretaría Técnica que tiene una dedicación especial y exclusiva para con los diferentes órganos y miembros que conforman la Comisión de Codificación y el Observatorio de Derecho Privado. Ello tiene consecuencias respecto al impacto presupuestario de la reforma, ya que la nueva estructura no incrementa los gastos de personal, bien al contrario, los disminuye, porque se suprimen dos plazas y se crea la correspondiente a la de titular de la Secretaría Técnica y, además, los dos órganos (la Comisión de Codificación y el Observatorio de Derecho Privado) se gestionan con los mismos recursos personales, que están previstos en las partidas presupuestarias actualmente existentes en el Departamento de Justicia de la Generalitat.

La Comisión de Codificación se organiza, para su funcionamiento, en torno al Pleno, la Comisión Permanente y las secciones, bajo el gobierno y la coordinación de la persona titular de la Dirección. El Pleno tiene, entre sus funciones más relevantes, las de informar sobre la necesidad de reformas legislativas encaminadas a adecuar la legislación catalana a la realidad del momento, informar sobre la conveniencia de regular nuevas instituciones y aprobar el plan de actuaciones y actividades anuales propuestas por la Comisión Permanente.

Por su parte, la Comisión Permanente se encarga de asegurar la actividad de la Comisión de Codificación entre cada pleno, revisar y debatir los trabajos realizados por las secciones y proponer la incorporación a las reuniones de las secciones de personas expertas en una determinada materia, cuando el objeto de estudio así lo requiera. Estas secciones son: Armonización; Obligaciones y Contratos; Derechos Reales; Persona y Familia; Derecho de Sucesiones, y Personas Jurídicas, aunque, mediante una resolución de la persona titular del Departamento de Justicia, se pueden constituir otras secciones especiales para la preparación de leyes especiales o cometidos concretos.

Actualmente está en funcionamiento la Sección de Obligaciones y Contratos, que tiene el encargo de preparar todos los textos prelegislativos que conduzcan a la elaboración del contenido del libro VI del Código civil de Catalunya, relativo a las obligaciones y contratos; también está en funcionamiento la Sección de Derechos Reales, que tiene el encargo de revisar la institución de la propiedad horizontal regulada en el libro V relativo a los derechos reales, en cumplimiento de la Resolución del Parlament que insta al Departamento de Justicia a revisar expresamente dicha figura jurídica, y, finalmente, está en funcionamiento la Sección de Armonización, que tiene el encargo de hacer una revisión conjunta de todos los textos legislativos en vigor para armonizarlos.

El Observatorio de Derecho Privado de Catalunya tiene, entre sus funciones más relevantes, las de fomentar e impulsar los proyectos destinados a actualizar, modificar y desarrollar el Derecho Civil, promover estudios e iniciativas de divulgación y difusión del Derecho Civil catalán e informar y deliberar acerca de las líneas generales del plan de actividades y ratificar los planes de actuación anuales de la Comisión de Codificación.

Una reflexión sobre la Agencia Notarial de Certificación

César Belda Casanova
Decano del Colegio Notarial de Valencia y Consejero Delegado de la Agencia Notarial de Certificación

El día 26 de julio del **año 2002**, el entonces presidente del Consejo General del Notariado, don Juan Bolás Alfonso, constituía, ante el también Notario de Madrid Isidoro Lora-Tamayo, la **Agencia Notarial de Certificación** (en adelante, ANCERT), cuyo miembro único era (y sigue siendo) el órgano que presidía.

Fue una decisión que había costado tomar y a la que se llegó por la concurrencia de distintos hechos que acabaron haciéndola inexcusable. No fue el menor de ellos el empeño de los entonces Presidente y Vicepresidente, don José Felix Belloch, de asimilar para el Notariado español los avances que ya habíamos empezado a percibir en otros notariados próximos, especialmente el francés, en materia informática. Pero, sin duda alguna, **el hecho determinante lo constituyó la publicación de la Ley 24/2001, que nos otorgaba a los notarios el hasta ese momento desconocido privilegio de poder remitir con valor de documento público las escrituras o actas, si el envío se realizaba entre autoridades notariales, administrativas o judiciales, y el uso de la firma electrónica reconocida notarial**[(1)]. La Entidad de Certificación que nos arrendó la tecnología para arrancar en enero de 2002 con las primeras firmas digitales fue la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre. Y casi desde el primer momento se puso de manifiesto la necesidad de **disponer de medios propios que nos permitieran emitir nuestras propias firmas electrónicas y definir nuestras políticas de certificación en función de nuestras necesidades.**

Así pues, a finales del año 2002, en el local que constituía la sede de la antigua fundación FESTE[(2)], en la calle Tuset de Barcelona, empezó su actividad la mercantil que tanto habría de ocuparnos y de preocuparnos.

Será difícil encontrar en la historia del Notariado español una institución que, casi desde el primer momento, haya generado tal nivel de **crítica, rechazo y desconfianza** por parte de sus usuarios como el que ANCERT ha concitado entre gran parte de los notarios de nuestro territorio patrio.

Visto con la perspectiva que dan los años y los errores, quizá sea el momento de detenernos para reflexionar sobre las causas de que en cualquier comida de distrito o charla de café entre notarios, casi invariablemente, se haya acabado (o empezado) por poner «a caldo» a la mercantil objeto de esta tribuna.

Citaría entre esas causas, en primer lugar, el **carácter imperativo del nacimiento de la institución**. Los notarios no estudiamos para ser técnicos en firma electrónica. Ni siquiera nos gusta, en la mayoría de los casos, tener que trastear con los ordenadores. No digo ya cuando ese entendimiento deriva en la obligatoriedad de conservar el secreto del pin y, por tanto, la autoría directa para la remisión de las copias electrónicas. Mal puede ser entendida una relación cuando una de las partes está, sencillamente, obligada a entablarla.

La cuestión empeora cuando, además, es esa misma parte la que debe costearla. Coste del que, además, quien lo aporta solo recibe progresivamente más y más obligaciones para atender requerimientos de una diáspora de administraciones públicas cuya imaginación, en lo que a políticas económicas se refiere, se limita a la demagogia de bajar más y más un arancel con el que (paradójicamente) tenemos que financiar las herramientas informáticas que nos permitan obtener más y más información. Administración, no importa que sea estatal o autonómica, en cuyo repertorio terminológico la palabra *gracias* solo brilla por su ausencia.

Pero si pretendemos que la reflexión sea seria, necesario será también examinar si el propio ANCERT no ha cometido errores que hayan justificado, en mayor o menor medida, esas críticas. No podemos pensar que las causas de ese rechazo deban encontrarse únicamente en el código genético de los fedatarios.

Y quizá el principal error cometido haya girado en torno a una defectuosa comunicación.

En primer lugar, una **defectuosa información puntual**. ANCERT es una empresa de servicios para el Notariado y, por tanto, el elemento por el que más debió velarse, desde un primer momento, fue la calidad de la atención a los notarios que llamaran reclamando asistencia para las aplicaciones. Eso no siempre se ha cuidado como debía.

Y en segundo lugar, una **insuficiente información institucional**. La necesidad de ejecutar los proyectos en los plazos marcados, las demandas de los notarios o los requerimientos de las administraciones han hecho que quizá no se haya prestado atención a recibir en asambleas, y de viva voz, las percepciones directas de quienes, en definitiva, somos los únicos interesados en nuestra mercantil. No es menos cierto que en los casos en que se han convocado jornadas informativas la asistencia de los notarios ha sido mínima, pero quizá esa no deba ser la excusa para seguir buscando los cauces de un conocimiento directo de los notarios y de sus inquietudes.

> Será difícil encontrar en la historia del Notariado español una institución que, casi desde el primer momento, haya generado tal nivel de crítica, rechazo y desconfianza por parte de sus usuarios como el que ANCERT ha concitado entre gran parte de los notarios de nuestro territorio patrio

Pero, antes de examinar cuál es la situación actual de ANCERT y cuáles tendrían que ser las claves de lo que debe ser el futuro inmediato de nuestra mercantil informática, deberíamos empezar por una reflexión previa.

El mayor error que puede cometer cualquier corporación es no ser consciente de lo que la sociedad espera de ella.

En ese sentido, sí disponemos de suficientes elementos de juicio sobre el devenir de los últimos años del siglo anterior y los primeros de este para partir de determinados apriorismos suficientemente contrastados:

a) **Una corporación es tanto más fuerte cuanto reduce los tiempos de comunicación entre sus componentes**. Uno de los valores añadidos de las grandes entidades financieras frente a las pequeñas es que sus datos pueden ser inmediatamente comunicados entre todas sus oficinas. Las pequeñas, cuando tienen que relacionarse con otras, requieren procesos añadidos. En este sentido, la posibilidad de comunicación de los documentos públicos entre todas las notarías marcó un antes y un después para la imagen de modernidad del Notariado español.

b) **Para cualquier corporación cuya función dependa de un trato directo con los ciudadanos, se requerirá que todos sus procesos de información sean homogéneos**, pues, de lo contrario, se generarán discriminaciones locales y, por tanto, una pérdida local del prestigio de la corporación en cuestión. La capilaridad del Notariado (nuestras tres mil notarías) requiere que los servicios informáticos estén implementados en la misma forma en la primera notaría de Valencia que en la última notaría de Cantabria.

c) **En la actual situación de globalización, la necesidad para los estados de recibir y administrar la información** (todo tipo de información) **condiciona la existencia del propio Estado**. Durante la primera mitad del siglo pasado, la exigencia de información derivaba esencialmente de imperativos tributarios. Hoy en día, el ánimo recaudatorio sigue siendo una de las razones importantes, pero ya se han abierto paso otras necesidades tan o más prioritarias: los movimientos migratorios, las estadísticas necesarias para los diseños de las políticas económicas, la prevención del terrorismo, la lucha contra el blanqueo de capitales y todo el etcétera que cualquier alto funcionario de cualquier administración podría explicarnos.

Esa voracidad/necesidad no es inocua para los organismos dependientes de la Administración. Al contrario, en la capacidad para tratar los datos se cifra gran parte de la fiabilidad y utilidad que tales organismos representan para el propio Estado.

d) **El crecimiento de cualquier corporación de servicios debe realizarse prioritariamente con desarrollos propios, si bien con un porcentaje representativo, aunque minoritario, de servicios externalizados**. Con ello se consigue el doble fin de cualquier empresa:

— Dotarse de valor/conocimiento en los desarrollos que le son propios y que, en cualquier caso, deben constituir y consumir la mayoría de los recursos de la propia empresa.

— Por otro lado, en cuanto a la externalización de una parte del negocio/servicio, permite dotar de mayor flexibilidad al negocio principal, al poder desprenderse de parte de las obligaciones contratadas ante una

situación de crisis o, simplemente, ante una nueva línea de negocio para la que la empresa primeramente contratada no esté preparada.

e) **Reforzamiento internacional**. Qué duda cabe de que si una solución cualquiera adoptada por una corporación para un país es posteriormente replicada en otro país se consiguen dos objetivos: en el país que la crea, se gana confianza en la corporación creadora por cuanto la bondad de la creación viene corroborada por su aceptación en otros ámbitos; en el país que la recibe, se refuerza una situación de dependencia de la que al final resultan fortalecidas las dos corporaciones. La posición de la corporación será tanto más fuerte cuanto mayor sea el número de países en que la misma solución se adopte. Pero, para que lo anterior pueda tener lugar, es necesario que se dé una actitud proactiva. Es necesario, por un lado, dar a conocer las soluciones y los desarrollos por los que la corporación ha optado y que en mayor o menor medida han tenido ya éxito en el ámbito nacional, y, por otro lado (y esto es más difícil), se exige un acto que podríamos llamar «de generosidad egoísta»: los desarrollos propios, que, por lo general, se encuentran financiados, deben poder ser participados por otras corporaciones de otros países con el mínimo coste posible. El rendimiento político, en cuanto suponga el fortalecimiento de corporaciones semejantes a la propia, debe primar sobre el económico.

f) Hasta aquí consideraciones que entiendo extrapolables tanto a nuestra función como a la de cualquier otra corporación semejante a la nuestra. Quiero terminar, sin embargo, con una específicamente notarial.

Pensemos que nuestra función resulta especialmente sensible a lo que Sun Tzu denomina «la estrategia del agua»[3]. **La pérdida de la calidad parece ser la constante en el actual escenario mundial**. Y la escritura pública constituye, por el contrario, el epítome jurídico de esa calidad. Existen vectores por todos conocidos que pretenden suplir la calidad no solo con el menor precio, sino con otras compensaciones (menor rigor formal, mayor comodidad, etc.). Tensiones a las que no son ajenos, en absoluto, los grandes despachos de abogados de *common law*. Lo que al final pretende representar un cambio de modelo en el sistema de la seguridad jurídica, sustituyendo la preventiva por la paliativa.

La crisis ha provocado serias dudas sobre la conveniencia de permitir ese cambio de modelo, pero no será suficiente. **La única forma de evitar que la moneda mala desplace a la buena es añadiendo valor a la buena.**

> Hasta el momento, la función notarial había girado casi con exclusividad en torno al concepto de nuestro principal producto: el documento público. Para este siglo, creo necesario revisar el eje central de la función colocando al productor (el Notario) como centro de todo el escenario. O lo que es lo mismo: a la oficina notarial

Hasta el momento, la función notarial había girado casi con exclusividad en torno al concepto de nuestro principal produc-

to: el documento público. **Para este siglo, creo necesario revisar el eje central de la función**. No podemos ya centrarnos en el producto, sino que debemos colocar al productor (el Notario) como centro de todo el escenario. O lo que es lo mismo: a la oficina notarial. **El Notario debe aparecer, necesariamente, como la ventanilla única extrajudicial**.

No va a ser suficiente con redactar el documento en la forma jurídicamente correcta para que surta efectos. Deberemos prevenir la depuración fiscal y jurídica de lo que se transmite, poder coordinar distintas voluntades permitiendo con los desarrollos informáticos la contratación entre no presentes, verificar la regularidad de los medios de pago, asegurar los derechos transmitidos (incluso su identidad física), extraer de los documentos públicos los datos económicos generales cuyo contenido colabore en el diseño de las políticas económicas del país y, por último, y no menos importante, informatizar el contenido del documento público, respetando el secreto de protocolo, de forma que solo quien tenga derecho a ello, dentro de los límites constitucionales, pueda servirse de esa información fidedigna.

Si somos capaces de cumplir con lo anterior, difícilmente seremos sustituibles. Pero, como es fácilmente comprensible, **para todo ello necesitamos desarrollos informáticos.**

Pero, además, será necesario ajustar los procesos a una serie de requisitos:

1) Debe tratarse de **procesos informáticos baratos**. Si el coste es excesivo, la carga económica, que debe ser costeada exclusivamente por los notarios, provocará el abandono de los desarrollos.

2) **Las aplicaciones de comunicación deben encontrarse centralizadas.** No es pensable un sistema de mensajería informática que deba hacer compatibles aplicaciones diversas.

3) **El organismo de gestión informática debe definir sus desarrollos única y exclusivamente para satisfacer las necesidades de la función notarial y en función de las directrices de esta**. Servicio que el Notariado definirá, según los casos, para atender necesidades de sus relaciones con otras administraciones o corporaciones o para simples necesidades de la propia oficina.

Pues bien, a todo esto es a lo que ANCERT lleva atendiendo desde su nacimiento y a lo que pretende seguir atendiendo en un futuro.

No constituye el propósito de este artículo una aburrida enumeración de los distintos servicios que ANCERT se encuentra prestando ya. Ni tampoco de los proyectos que esperamos poner en marcha. Sin embargo, sí creo que es necesario que percibamos cuáles van a ser **las líneas que pretendemos desde el Consejo de Administración de ANCERT que determinen la actividad de la mercantil en el próximo año**. Líneas que podríamos concretar en los siguientes puntos:

a) **Desde la primera versión del Índice Único Informatizado hasta hoy han transcurrido siete años.** Mirando hacia atrás, debemos resaltar tres momentos críticos: la puesta en marcha inicial, el doctor Índice y la puesta en funcionamiento del Nuevo Índice Único. Los tres momentos, muy especialmente el último, han sido auténticamente traumáticos para el funcionamiento diario de nuestros despachos. Intentar descomponer un producto literario como lo es la escritura pública en un archivo informático causalizado ha exigido un esfuerzo como creo que pocas veces se le habrá exigido a una corporación. El Notariado asumió el reto que le impuso la Administración, especialmente en lo que al esfuerzo personal se refería, y cumplió con poner en marcha un proyecto sin precedente, aun con todos los defectos que tanto para la planificación, el tiempo de implantación y el diseño se pusieron de manifiesto en un primer momento y que, poco a poco, se han intentado paliar en las sucesivas versiones.

Ello no obstante, el principal defecto que creo que se le puede achacar al Índice es que **el esfuerzo que supone día a día para todos los notarios no se ve reflejado en un resultado, en una respuesta por parte de la Administración, que se corresponda, ni de lejos, con la carga de trabajo que nos impone.** O al menos eso es lo que parece.

Si acaso algún tímido remedo de reconocimiento podemos encontrarlo en la Oficina Virtual del Catastro, al permitirnos obtener las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas en correspondencia a los envíos por cambios de titularidad. O una parca gratitud en el tratamiento de la Agencia Tributaria, al no exigirnos enviar el 198, pues ya esos datos están en su poder con los envíos mensuales. Algunos notarios especialmente bien pensantes pueden llegar a encontrar una relación causa-efecto entre la remisión informatizada de los actos sujetos a ITP y la apertura de las oficinas liquidadoras a la firma electrónica notarial. Pero esto es más dudoso y no habría que darle mucho crédito.

Y, sin embargo, aunque los notarios no lleguemos a percibir su importancia, **ha sido precisamente el Índice lo que ha transformado la percepción de la actividad notarial ante la Administración, ante los clientes y, sobre todo, ante nuestro futuro.**

> Es necesario que percibamos cuáles van a ser las líneas que pretendemos desde el Consejo de Administración de ANCERT que determinen la actividad de la mercantil en el próximo año

El Índice constituye, en este momento, la segunda base de datos del Estado español, después de la de Hacienda, y posiblemente llegue a ser la primera en un par de años. No debo ni puedo explicar aquí el conjunto de utilidades y requerimientos que todos los días tienen que atenderse tanto desde ANCERT cuanto desde OCP: la dependencia de la mayor parte de las entidades locales, de los órganos judiciales, fiscales y hasta estadísticos. Pero sí creo necesario poner de manifiesto que **el principal mérito del Índice ha sido el permitir que el Notariado sea visto por todos, sobre todo por nosotros mismos, como una corporación no solo constituida, sino cohesionada por tres mil puntos no solo de generación de escrituras, sino de información y de servicios.** No existe institución alguna como esa en nuestro país y, en lo que conozco de los demás notariados, tampoco en otros países.

Por eso, **la apuesta esencial de ANCERT es (y va a seguir siendo al menos durante el próximo año) por la cohesión y la calidad de los datos que recogemos**. De eso, a estas alturas, ni nosotros, ni la Administración, ni nuestros clientes, ni la sociedad en general, podemos ya prescindir.

Hay una idea que todos debemos recibir: ANCERT es nuestro. Somos nosotros. Diseñará y actuará en función de lo que constituyan las necesidades del Notariado

b) **Especial atención al Centro de Atención al Usuario (CAU) y a la comunicación directa con los notarios.** Según todas las comprobaciones de calidad que habitualmente se llevan a cabo, **el CAU ha sido a lo largo del último año el servicio que presta ANCERT que más ha mejorado en la consideración de los notarios**. Entendemos que, no obstante, todavía existe recorrido para la mejora.

Sin embargo, creemos que la verdadera mejora no se consigue con una consulta puntual. Esto no viene a reflejar más que la patología de un problema concreto. Por el contrario, **debemos aspirar, precisamente, a minimizar el servicio de consultas con una mayor frecuencia de los cursos de formación para empleados**. Cursos que, por lo general, repercuten, además, en un mejor entendimiento por parte de los oficiales de las propias instituciones jurídicas con las que se trabaja.

Asimismo, pretendemos **establecer un sistema de formación itinerante de profesores especializados que acudan personalmente a los colegios** a fin de incidir, presencialmente, en aquellos aspectos para los que hayamos detectado una mayor dificultad o una defectuosa comprensión.

c) **Rebaja presupuestaria**. Todos conocemos la situación en la que se encuentran las notarías. Parecía necesario también por parte de ANCERT realizar un esfuerzo de moderación de los ingresos que conllevara una correspondencia en la moderación del gasto.

El primero de los aspectos se ha conseguido **suprimiendo, a partir del primero de enero del próximo año, el cobro del euro por la presentación de las copias telemáticas**, lo que va a suponer un ahorro muy considerable precisamente para aquellas notarías que más y mejor vienen cumpliendo con su obligación de presentación telemática. Esa reducción de los ingresos ha conllevado necesariamente una reducción de los gastos. La consecuencia inevitable supone necesariamente el **aplazamiento de proyectos cuya ejecución no se estima prioritaria**. Pero también es necesario poner en valor el esfuerzo que por parte del personal de ANCERT se está dispuesto a realizar, autoimponiéndose un esfuerzo laboral mayor, permitiendo, de esa forma, atender más proyectos con menos personas.

La conclusión de todo ello se ha plasmado en que en el último Consejo General del Notariado **se aprobó el presupuesto de ANCERT para el año siguiente con una rebaja del 10 % del presupuesto global.**

Creo, sin embargo, que es de justicia poner de manifiesto en este momento dos datos de necesario conocimiento para juzgar lo que está siendo la marcha de la empresa. El primero es que **el presupuesto**, aun sin la rebaja aprobada (con la rebaja, la diferencia, lógicamente, es todavía mayor), **es inferior en este momento al presupuesto del año 2005**, con aproximadamente el mismo número de empleados. Baste pensar el número de aplicaciones y de servicios que existían en 2005 y los que existen ahora para entender el esfuerzo que ya se ha realizado en estos años para optimizar resultados y servicios.

El segundo es que, de ese presupuesto, **en el año 2005 los notarios aportábamos el 91%, en tanto que en este momento la aportación puramente notarial no llega al 68%.**

Omito igualmente cualquier referencia a las utilidades que cada Notario obtiene con los servicios de ANCERT y que colocarían las cantidades realmente aportadas en una cifra próxima a los números negativos.

d) **Replanteamiento estratégico de proyectos**. En los principios de cualquier actividad, máxime una tan compleja como la que supone el entendimiento (en mayor o menor medida) de tres mil usuarios con gran parte de la diáspora administrativa nacional, se intentó atender a todas las demandas posibles. Era necesario acudir a todas las demandas de cualquier administración, no importaba su tamaño ni su incidencia práctica. Teníamos que hacernos presentes porque teníamos que hacernos creíbles.

Pero, pasados nueve años desde su creación, el proyecto ha ganado madurez. Tanto la perspectiva notarial cuanto la experiencia de la mercantil nos permiten **discriminar aquellos proyectos de verdadera utilidad para la Corporación notarial de aquellos que no la tienen.** Por poner un ejemplo, si una administración de una comunidad autónoma determinada nos solicita una aplicación para la inscripción telemática de las fundaciones que se constituyan en la misma y ese desarrollo exige un presupuesto anual de 10.000 euros, para cien fundaciones anuales, el proyecto, aunque sea viable, no debemos considerarlo.

e) **Incremento de servicios.** Hasta el año pasado, los servicios de ANCERT habían estado casi exclusivamente encaminados a atender a la función notarial. Los pocos servicios enfocados propiamente a los notarios (la Central de Compras, básicamente) no han acabado de cuajar, fundamentalmente porque los elementos que se podían comprar a precios mucho más baratos que en las tiendas convencionales suelen requerir posteriormente un proceso de instalación que viene a depender de técnicos locales.

Pero **la tarifa plana de Movistar está constituyendo un auténtico éxito, con un ahorro importante** no solo para el propio Notario y su familia, sino también para el personal de los despachos. En esa misma línea, **estamos trabajando en un sistema de copia de seguridad remota** que fue aprobado ya por el Consejo General del Notariado y que va a suponer un importante abaratamiento en este tipo de garantías a las que nos obliga la Ley de Protección de Datos. **Se está explorando también**

reducir los costes en telefonía fija y en sistemas de vigilancia y seguridad para las notarías. Esperamos, a lo largo del 2012, poder llegar a todos esos desarrollos.

f) **Desarrollos informáticos.** Hace veinticinco años empezaban los desarrollos informáticos. En aquel momento, el Notario veía la informática como un mal menor, algo por lo que había que pasar que estaba claro que constituía el futuro. Pero sería un futuro que nos escribirían otros. Y fueron otros los que colaboraron en ayudarnos en nuestra función. La competencia entre los distintos agentes que empezaron a prestarnos servicios hizo que la calidad fuera mejorando y que su asistencia y profesionalidad acabara siendo esencial para nuestro ejercicio.

Seguimos pensando que la competencia debe seguir existiendo, pues nada malo puede venirnos de ella. **Pero también pensamos que la Corporación notarial, y especialmente ANCERT, ya está preparada para poder desarrollar programas que para aquellos notarios que lo necesiten puedan aprovecharse de nuestro desarrollo tecnológico**. También de esto tendremos que ocuparnos.

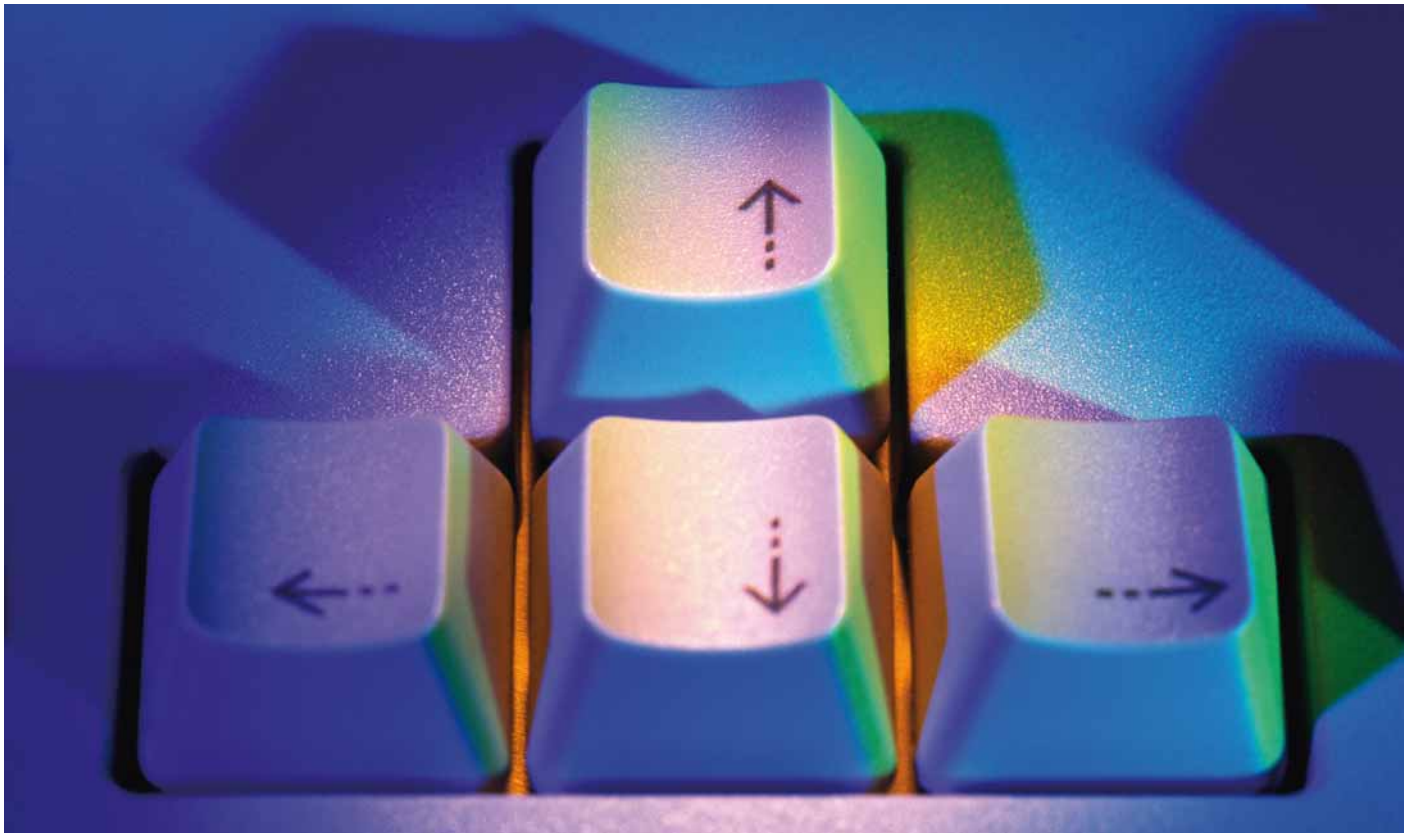
Y nada más. Como veis, he querido aprovechar esta tribuna para intentar dar una visión de hacia dónde vamos, que es siempre más impreciso y vago que intentar explicar con qué se va (aplicaciones concretas), mucho más descriptivo y preciso.

Pero, sobre todo, hay una idea que todos debemos recibir: **ANCERT es nuestro. Somos nosotros. Diseñará y actuará en función de lo que constituyan las necesidades del Notariado**. La responsabilidad de los decanos será la de ser capaces de recibir las sugerencias y canalizar las críticas. Es la única forma de que no nos resulte extraño y de que lleguemos a percibir el servicio que nos presta y las necesidades que nos satisface.

(1) La mención de la «firma electrónica reconocida» fue introducida por la Ley de Firma Electrónica en 2005. Hasta entonces, la Ley 24 hablaba de «firma avanzada».

(2) Fundación para el Estudio de la Seguridad en las Telecomunicaciones. Formaban parte de ella el Consejo General del Notariado, el antiguo Colegio Nacional de Corredores de Comercio, el Consejo General de la Abogacía Español y la Universidad de Zaragoza.

(3) Sun Tzu, *El arte de la guerra*: «Ahora, un ejército puede ser semejante al agua, pues, al igual que el agua que fluye evita las alturas y se dirige al llano, un ejército debe evitar la fuerza y atacar sobre la debilidad. Y al igual que el agua fluye y toma forma de acuerdo con el terreno, así un ejército se dirige a la victoria de acuerdo con la situación del enemigo. Igual que el agua no tiene una forma constante, no hay condiciones constantes en la guerra. Al que es capaz de conseguir la victoria modificando sus tácticas de acuerdo con la situación del enemigo, bien puede llamársele divino».



La seguridad jurídica preventiva en la contratación inmobiliaria y mercantil: sombras y retos

Antonio Giner Gargallo
Decano del Colegio de Registradores de Catalunya

Uno de los principios rectores básicos de nuestro ordenamiento constitucional es el de la seguridad jurídica (artículo 9 de la Constitución española). En virtud de este principio, el Estado está obligado a proporcionar una respuesta cierta a los comportamientos de los ciudadanos. **En el concreto ámbito de la contratación inmobiliaria y del tráfico mercantil, la exigencia de seguridad jurídica se traduce en la necesidad de establecer mecanismos que resuelvan las incertidumbres propias de dichos mercados**, permitiendo una determinación clara y rápida de los derechos de propiedad.

Nuestro ordenamiento logra este objetivo mediante un **doble mecanismo**:

a) Por un lado, establece un **sistema de prueba privilegiado, la fe pública**, que permite dar certeza de la existencia y fecha de los contratos, su contenido y la identidad y la capacidad de los otorgantes. Esta función está encomendada a los **notarios**.

b) Por otro lado, se establece un **sistema público de información jurídica, a través de unos registros públicos**, y se protege jurídicamente a quien ha contratado confiando en dicha información. Se encomienda la llevanza de estos registros a los **registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles**.

Las funciones que tenemos encomendadas notarios y registradores van dirigidas a establecer y esclarecer los derechos de propiedad, lo cual, según reconoce el Banco Mundial en su informe *Doing business 2012*[1], «implica una reducción en el coste de resolución de disputas, hace que las interacciones económicas sean más predecibles y proporciona a las partes contratantes transparencia y protección contra los abusos». **Por tanto, la fe pública y los registros públicos jurídicos son instituciones fundamentales para el desarrollo de la actividad económica.** Por ello, cuando instituciones internacionales como el Banco Mundial valoran las buenas prácticas de los países para lograr el crecimiento económico, incluyen la necesidad de una correcta regulación de dichas instituciones.

Además de formar parte de la misma estructura de seguridad jurídica preventiva, notarios y registradores **tenemos en común nuestra forma de organizarnos**. Ambos somos funcionarios públicos encuadrados en el Ministerio de Justicia,

que hemos sido nombrados por el Estado a través de una oposición, que debemos ajustarnos a los procedimientos legales en nuestro ejercicio y que estamos sometidos a un control disciplinario público. **Sin embargo, gozamos de cierta libertad en la organización de nuestra función pública**, ya que también concurre en nosotros la condición de pequeños empresarios que hemos de dotarnos, a nuestra costa, de los medios personales y materiales necesarios para ejercer nuestra función; que no recibimos retribución a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, sino de los usuarios del sistema de seguridad, a través de unos precios o aranceles fijados por el Estado, y que asumimos personalmente la responsabilidad civil propia de nuestra función. **Este carácter empresarial nos ha permitido adaptarnos a las situaciones cambiantes del mercado,** desde la burbuja inmobiliaria al actual estancamiento producido por la crisis. La situación ha sido muy diferente cuando se trata de materias de competencia de la Administración. Así, el Ministerio de Justicia diseñó unas demarcaciones notariales y registrales en la época de crecimiento y ha acabado ejecutándolas en la época de crisis. Algo parecido sucedió con la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, con la cual se introdujeron medidas de liberalización del mercado hipotecario que nunca llegaron a utilizarse.

Este sistema, que ha permitido dotar a España de un excelente sistema de seguridad jurídica, **ha sido objeto de discusión en la última década** desde diferentes posiciones. Así, desde **una posición que podríamos denominar *ultraliberal*,** se ha considerado a notarios y registradores como trabas burocráticas a suprimir. Otros, **desde el otro extremo, han discutido la introducción de mecanismos de eficiencia privada en la organización de la fe pública y de los registros públicos.** Sin embargo, ni unos ni otros se han atrevido a una formulación abierta de sus posiciones. Si fueran consecuentes, quienes defienden que somos trabas burocráticas a suprimir deberían proponer la sustitución del sistema de seguridad jurídica por uno de seguridad económica o seguro de título, no solo menos eficiente y más costoso[(2)], sino contrario al mandato constitucional de seguridad jurídica y a los criterios fijados por los organismos internacionales para lograr un crecimiento económico. Por otro lado, tampoco ha existido una formulación clara de modificación del estatus de notarios y registradores para convertirlos, junto con el personal auxiliar, en funcionarios retribuidos a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, lo cual, en el actual contexto de crisis y de adelgazamiento (cuando no desmantelamiento) de las administraciones públicas, parece cada vez menos posible. **Sin embargo, unos y otros se han aliado para proponer y obtener modificaciones arancelarias que, fijando honorarios por debajo del coste del servicio, van deteriorándolo e imposibilitando su correcta prestación**. Todo ello bajo la falsa premisa de estar reduciendo los costes de transacción, cuando, **en la actualidad, los costes notariales y registrales solo suponen el 1,41 % de los costes de transacción inmobiliaria, ocupando el 98,59 % restante los costes fiscales, según el informe *Doing business 2012*** antes citado.

Ante estos ataques, no podemos decir que la reacción de nuestros colectivos haya sido inteligente. Los ridículos debates de la última década sobre quién califica los poderes, quién controla la legalidad, la duplicidad de funciones, la libre elección, la inscripción de documentos no auténticos, etc., no solo han llenado de satisfacción a quienes propugnan la supresión del actual modelo, sino que no han aportado ninguna mejora a nuestro servicio público.

De todo ello, entiendo, cabe extraer una doble consecuencia:

a) En primer lugar, que **la seguridad jurídica es fruto de un trabajo conjunto de notarios y registradores: es nuestro producto**. La sociedad nos valora conjuntamente y nuestra preocupación debe ser una mejora constante de la calidad del producto.

b) En segundo lugar, que **es necesario que, como operadores principales del sistema de seguridad jurídica, asumamos el liderazgo en la formulación de las reformas a efectuar, que mejoren el resultado final de nuestra actuación**. Si nuestro cometido principal consiste en esclarecer y determinar los derechos de propiedad, debemos estudiar aquellos aspectos de nuestro trabajo que sean mejorables, aplicando en todo momento los medios de trabajo más eficaces con la normativa vigente y, si es necesario, proponiendo a los poderes públicos las reformas normativas que procedan.

Llegados a estas conclusiones, restaría hacer una breve enumeración de qué aspectos de nuestra función pueden ser mejorados. Para ello debemos tener en cuenta las nuevas oportunidades que ofrecen los adelantos tecnológicos, que nos dan instrumentos para mejorar el servicio público que desempeñamos. El informe *Doing business* 2012 que hemos citado señala que «las tecnologías brindan nuevas oportunidades para mejorar la transparencia, facilitar el acceso a la información y cumplir las regulaciones». Por ello, dentro de las buenas prácticas que tiene en cuenta, dentro del área de facilitar el registro de propiedades se incluye la existencia de bases de datos electrónicas, información en línea, procedimientos acelerados, plazos eficientes, etc. **Notarios y registradores somos quienes debemos llevar la iniciativa de las reformas del sistema, porque somos quienes mejor lo conocemos.** Ya tenemos la experiencia de reformas surgidas de otros ámbitos donde no suele primar el interés del servicio público, sino intereses particulares de algunas entidades importantes. Muchas de estas reformas podemos llevarlas a cabo por simple acuerdo de nuestros colegios profesionales, como corporaciones de Derecho Público que son. En esta línea, algunas de las reformas a propugnar son:

> En el ámbito de la contratación inmobiliaria y del tráfico mercantil, la exigencia de seguridad jurídica se traduce en la necesidad de establecer mecanismos que resuelvan las incertidumbres propias de dichos mercados

— Establecer un **mecanismo que permita a los notarios acceder a la información registral en tiempo real** en el momento de la firma del documento **y obtener su presentación en el Registro inmediatamente** a la firma del contrato.

— **Desligar la calificación e inscripción de la necesidad de pagar los impuestos**, reduciendo enormemente el plazo entre la autorización e inscripción, si bien fijando mecanismos de afecciones o garantías que permitan asegurarse de su pago.

— Avanzar hacia **un registro y un protocolo notarial electrónicos y perfectamente interoperables**.

— **Dar forma gráfica a la descripción del inmueble** y establecer un proceso de convergencia con la descripción catastral.

— **Asociar a la finca información urbanística y ambiental, evitando la existencia de cargas ocultas que afecten a la valoración** de los inmuebles.

— **Adaptar las actuales demarcaciones notariales y registrales a la actual situación económica.**

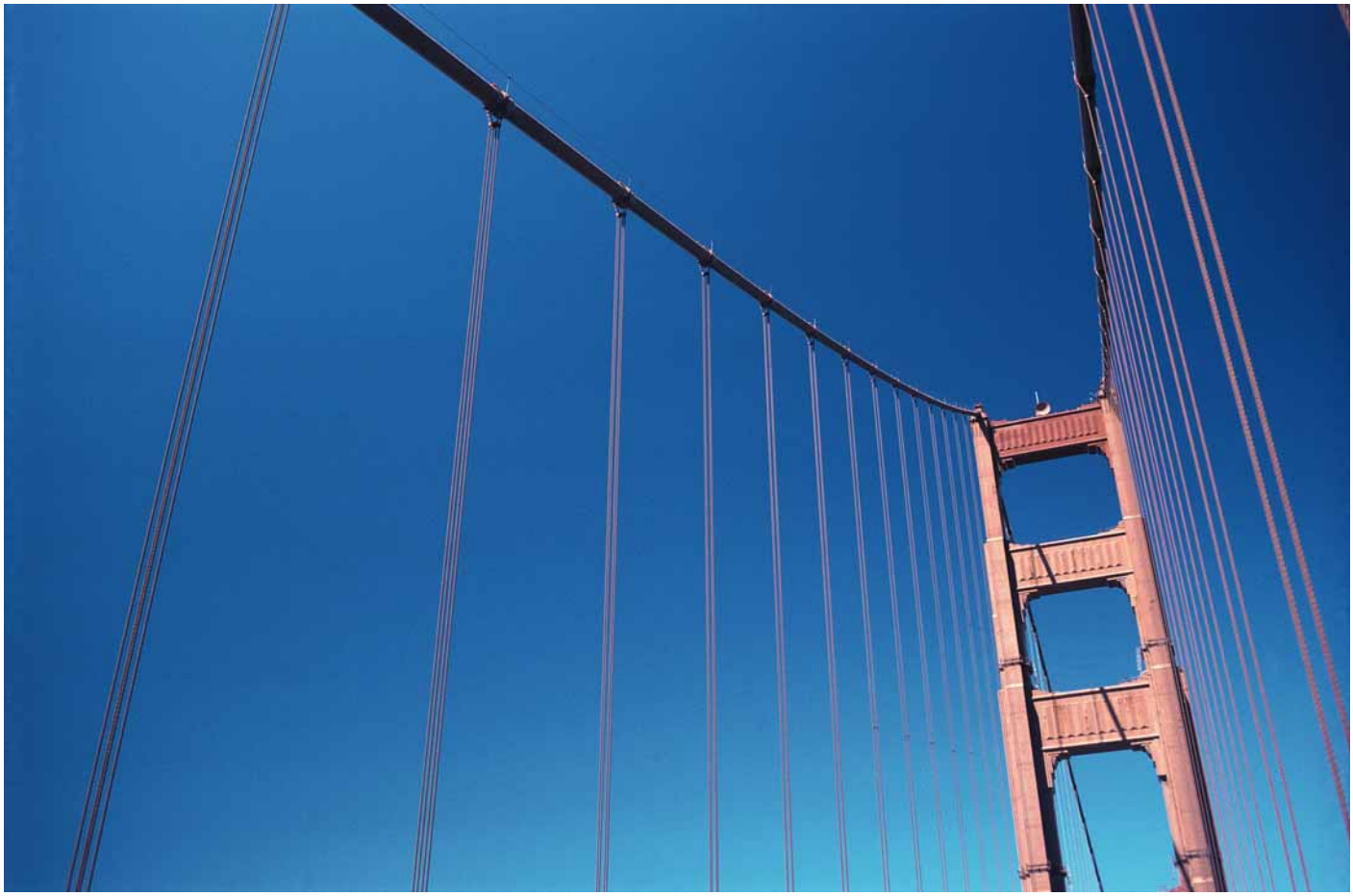
— **Dotar al Notariado de amplias funciones en materia de jurisdicción voluntaria**, utilizando este procedimiento incluso como el medio ordinario de cancelar las hipotecas.

— Establecer **mecanismos internos de resolución de conflictos**.

Estas y otras reformas han de ir dirigidas siempre a conseguir que nuestra función se cumpla mejor y más rápidamente, para cumplir cada vez de manera más eficiente el servicio público que el Estado nos ha encomendado.

(1) El informe *Doing business 2012* puede descargarse de *http://doingbusiness.org*.

(2) Se puede obtener un presupuesto de seguro de título en *http://ratecalculator.fnf.com* e información general sobre seguros de título en: *http://homebuying.about.com/od/homesshopping/qt/Title_insurance.htm* o en *http://mtgprofessor.com/title_insurance.htm*.



Adecuación a la legalidad (de nuevo sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008)

José Javier Cuevas Castaño
Notario de Barcelona y Exvicedecano del Colegio de Notarios de Catalunya

Hablar o escribir a estas alturas sobre el **control notarial de legalidad**, después de cuanto se ha escrito y hablado a propósito de la **Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008**, puede resultar un ejercicio inútil o una manera de perder el tiempo y de aburrir al personal con lamentos y argumentos que *unos* tenemos sobradamente asumidos y *otros* jamás asumirán.

Sin embargo, es necesario este recordatorio, aunque solo sirva como desahogo y como prueba de que **los notarios no hemos pasado página** y no olvidamos el despropósito que supuso la Sentencia (dicho sea con tanto respeto como discrepancia) al situarse de espaldas a la realidad social, utilizando endebles argumentos meramente formalistas, para dar la razón a quienes, como una batalla más en esta guerra suicida que venimos manteniendo, pretendieron alterar el **equilibrio del sistema español de seguridad jurídica preventiva** y arrebatarnos algo consustancial a nuestro oficio. Pese a que la suya haya sido una **victoria pírrica**, que en nada ha alterado ni el papel que veníamos desempeñando ni la percepción social del Notario como controlador de legalidad (*guardabarreras* o *gatekeepers*, en la moderna terminología), no debemos renunciar a exigir que nuestra función, en todas sus dimensiones, tenga expreso reconocimiento al más alto e incuestionable nivel normativo, ni debemos conformarnos, aunque los valoremos tanto como merecen, con reconocimientos claros pero incidentales de nuestro ***deber genérico de control de legalidad,*** en disposiciones como la Ley 2/2009 (artículo 18) o la mas reciente Orden Ministerial EHA/2899/2011 (artículo 30), cuya impugnación se apresuró a anunciar la Asociación de Registradores Bienvenido Oliver (ARBO), dando con ello una prueba más de su reconocido «apego» (de *pegar*) al Notariado.

El argumento fundamental del Colegio Nacional de Registradores, en su legítima, exitosa e infructuosa pretensión de dar al traste con el **artículo 145 del Reglamento Notarial** (no solo en lo redactado de nuevo por el RD 45/2007, sino también en parte del texto que se arrastraba desde el Reglamento de 1935), fue la **falta de cobertura normativa** para regular por vía reglamentaria materias respecto a las que existe **reserva de ley.** Frente a tal argumento (que, sorprendentemente, había pasado *inadvertido* en su obligado periplo por el Consejo de Estado, la Comisión Delegada de Asuntos Económicos, la Comisión de Secretarios de Estado y de Subsecretarios, el Ministerio de Administraciones Públicas, el Ministerio

de Justicia y el Consejo de Ministros), no valieron invocaciones de normas dotadas del requerido rango de ley, puesto que el Tribunal Supremo **infravaloró o minimizó** preceptos de la Ley del Notariado tales como su **artículo 1** (concretamente, su expresión «conforme a las leyes», de claro y elocuente plural) o el **artículo 17 bis** (del que enseguida nos ocuparemos) o el **24.2** (que impone la obligación de *velar por la regularidad no solo formal, sino también* ***material*** *de los actos o negocios jurídicos*). Tampoco dio validez a la **habilitación legal** del **artículo 47,** que, sin el límite temporal y el carácter transitorio con que la Sentencia le cortó las alas, facultaba al Gobierno para *dictar las instrucciones y reglamentos* necesarios para el cumplimiento de la propia Ley. Ni tan siquiera se avino el Tribunal a extraer las consecuencias que podrían y deberían haberse extraído de la **Ley 14/2000,** en la que se tipifica como infracción muy grave **la autorización o intervención de documentos *contrarios a lo dispuesto en las leyes o sus reglamentos,*** y como falta grave, las **conductas que impidan prestar con imparcialidad, dedicación y objetividad... *el control de legalidad.***

> Es necesario este recordatorio, aunque solo sirva como desahogo y como prueba de que los notarios no hemos pasado página y no olvidamos el despropósito que supuso la Sentencia (dicho sea con tanto respeto como discrepancia) al situarse de espaldas a la realidad social

En ningún caso los ilustres magistrados tomaron en consideración, ni siquiera como elemento interpretativo útil a la hora de adoptar una decisión de *importancia histórica*, la ubicación del Notariado español dentro del sistema del **Notariado latino**, que lleva en su propio ADN el control de la legalidad de actos y negocios jurídicos, según es de ver, por ejemplo, en la emblemática Ley italiana de 1913, cuyo artículo 28.1 disponía que «Il Notaro non può ricevere atti: 1) se essi sono expresamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico».

Pasaron ya los tiempos en que **la visión judicial de la función notarial era altamente positiva** no solo en tantas y tan valiosas sentencias que respaldaron, reforzaron y potenciaron el papel desempeñado por el Notario, sino incluso en páginas tan memorables como el conocido discurso que don José Castan nos dedicó en una solemne apertura del Año Judicial. Las cosas y las actitudes han cambiado y, hoy por hoy, **es perceptible en sedes judiciales una cierta devaluación de nuestro oficio**, basada casi siempre en interpretaciones normativas rigurosísimas y, las más de las veces, formalistas, como si el nuestro fuera un cuerpo de reciente diseño e implantación, con soportes normativos rabiosamente actualizados, indubitados, minuciosos y modernísimos, en lugar de tratarse del resultado de una decantación histórica secular, apoyada tanto en normas como en hábitos, percepciones y consensos acumulados en siglos de buen hacer, durante los cuales tuvieron su importancia consideraciones éticas más exigentes que las estrictamente jurídicas. A día de hoy, las cosas han cambiado, y ello es evidente en algunos de los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la reciente reforma de nuestro Reglamento, como el que hoy nos está ocupando, o en sentencias de la propia Sala Tercera tan dolorosas como las de 21 de enero de 2009 y 14 de octubre de 2011, en las que **quedan impunes (por florituras jurídicas, técnicamente perfectas y sustancialmente mortales de necesidad) comportamientos tan detestables como la captación irregular de clientela por parte de notarios dadivosos.**

Volviendo a la cuestión capital del control de legalidad por parte del Notario, digamos, para nuestro consuelo y para poder continuar con el ejercicio diario de nuestro oficio, que, aun habiendo prosperado la impugnación del Colegio Nacional de Registradores, **en nada ha cambiado la manera de prestarse la función notarial ni la percepción social existente respecto al Notario**. Por más que el artículo 145 del Reglamento Notarial se nos haya venido abajo, nada ha impedido que los notarios (además de hacer uso de las reservas y advertencias legales, a lo que ha pretendido reducirnos el Tribunal Supremo, salvo cuando existiese norma específica y de rango suficiente que impusiera la denegación de funciones) sigamos teniendo en la Ley del Notariado el respaldo necesario para continuar controlando la legalidad de los actos y negocios que autorizamos o intervenimos. Me estoy refiriendo al **artículo 17 bis,** según el cual, **como requisito para poder autorizar el documento, el Notario debe dar fe de que *«el otorgamiento se adecúa a la legalidad»,*** exigencia que se reitera en lo poco que se ha salvado de la quema del maltrecho artículo 145 del Reglamento.

Dejando aparte la imprecisión técnica que representa exigir **dación de fe,** cuando lo ajustado hubiera sido exigir simplemente el **juicio positivo del Notario** (como se exige respecto a capacidad y legitimación), discrepo de la postura del Tribunal Supremo cuando afirma que la adecuación está referida únicamente «a la **legalidad del otorgamiento**, es decir, la dación de fe por el Notario de que el otorgamiento ha tenido lugar en las circunstancias que expresa el art. 193, hechas las reservas y advertencias legales a que se refiere el art. 194 y firmada la escritura en la forma dispuesta en el art. 195, tras lo cual el Notario autoriza el documento». Frente a esta visión reduccionista (que, por no estar residenciada en el *fallo*, no pasa de ser una simple opinión o un discutible argumento), entiendo que la exigencia de adecuación viene referida a la ***legalidad en toda su extensión, al ordenamiento jurídico en su globalidad.*** Para justificar esta opinión, baste decir que el **artículo 147** del Reglamento Notarial (en la parte que ha superado la criba inmisericorde del Tribunal Supremo) impone al Notario la obligación de indagar la **voluntad común de los otorgantes y adecuarla al ordenamiento jurídico.** Queda así claro que la **adecuación exigible es la de la voluntad de los otorgantes con el ordenamiento jurídico** y no solo, como ha sostenido el Tribunal Supremo, con las ***formalidades y requisitos del acto de otorgamiento***.

La interpretación que preconizo no es extensiva ni restrictiva, sino simplemente ajustada a las reglas hermenéuticas del artículo 3 y de los artículos 1281 y siguientes del Código civil (susceptibles estos de transposición desde el ámbito de la interpretación de los contratos al de la interpretación de las normas). Se trata solamente del viejo aforismo de que «donde la Ley no distingue, no debemos distinguir nosotros». En base a esta visión del término ***legalidad,*** parece evidente que el Notario, cuando aprecie que **no existe adecuación de la voluntad de los otorgantes con la total legalidad vigente** (no solo con la estricta ***legalidad constituida por el conjunto de requisitos legales del acto del otorgamiento),* tendrá necesariamente que denegar la autorización al no poder cumplir con la obli-**

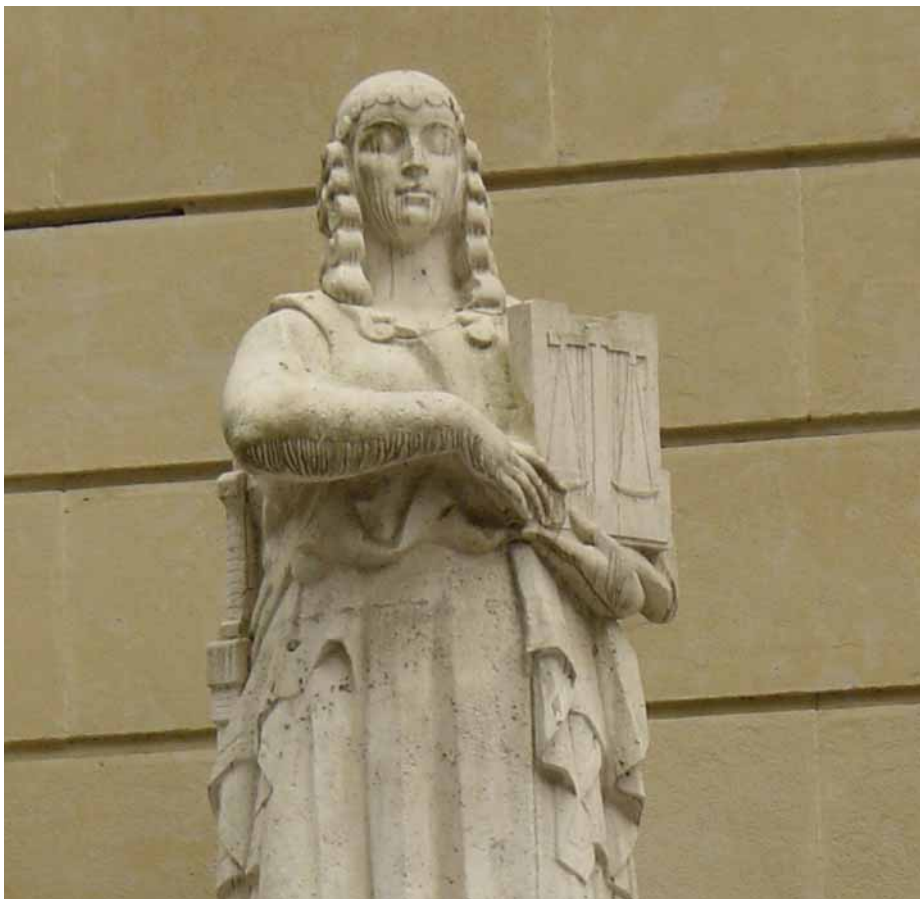
gación que el artículo 17 bis le impone o, si se quiere, podrá ofrecer la posibilidad de autorizar, pero dando fe (o consignando su juicio) de que el contenido del documento no se adecúa a la legalidad vigente, lo que sería como una bomba lapa adherida al documento o una fórmula segura para que se abortase el otorgamiento por el desistimiento de los pretendidos otorgantes.

> Aun habiendo prosperado la impugnación del Colegio Nacional de Registradores, en nada ha cambiado la manera de prestarse la función notarial ni la percepción social existente respecto al Notario

La postura que estoy esbozando, al situar en primerísimo plano la **adecuación de voluntades (y, por tanto, de su plasmación documental) al ordenamiento jurídico,** engarza perfectamente con una de las concepciones más fecundas de la función notarial, sostenida por D'Orazi Flavoni e importada por Rodríguez Adrados, para quien precisamente es «la ***función de adecuación*** la que marca la diferencia específica entre el Notario y los otros documentadores».

Ciertamente, debemos seguir reivindicando que de forma **clara y explícita**, en norma **congruente** y del **rango necesario**, se reconozca la realidad de lo que somos y hacemos, pero, entretanto, podemos seguir ejerciendo el debido control de legalidad por la vía de exigir ***la adecuación de la voluntad de los otorgantes al ordenamiento jurídico***, sin escudarnos en la socorrida proliferación de reservas y advertencias legales o en haber redactado «según minuta». Estas coartadas, excusas o justificaciones, en cuanto transciendan de ser información exigible o mecanismos destinados a evitar perjuicios a terceros causados por apariencias de validez y eficacia, pueden convertirse, como decía el inefable y siempre contundente González Palomino, en ***protestas de irresponsabilidad*** que ***representan casi siempre una deslealtad y una cobardía.*** A situaciones tan poco dignas nos abocaría el estricto cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Supremo, por cuanto, frente al *control-rechazo*, nos insta a guarecernos en ese burladero inmunizante de las reservas y advertencias como manera de poder engordar impunemente el protocolo, aun a riesgo de convertir la vida jurídica en campo minado de actos o negocios claudicantes por inválidos, anulables, viciados o incompletos. Obrar así sería aplicar, con flagrante irresponsabilidad, la cínica receta que hace años apuntaba Febrero, cuando escribía que, «aunque el contrato se anule por algún pacto ilegal de los contrayentes, [...] no será cargo contra él —*contra el escribano*—, pues en dando fe de que **así lo otorgan,** cumple».

No se me ocurre mejor ni más rápida manera de acabar con el Notariado.



Cambios y reformas en España. El sistema de seguridad jurídica preventiva y su futuro

Joan Carles Ollé Favaró
Notario de Barcelona, Decano del Colegio Notarial de Catalunya y Vicepresidente del Consejo General del Notariado

Uno de los grandes **retos** del Estado moderno en el siglo XXI es hacer compatible, por una parte, el **impulso a las reformas y la modernización legislativa y económica** que exige una sociedad cambiante en prolongado estado de crisis sistémica, en el contexto de un mercado que ya es mundial, y, por otra, el **mantenimiento de la inexcusable seguridad jurídica**. Reto muy parecido a la clásica disyuntiva entre *libertad y seguridad*, conceptos antagónicos cuyo equilibrio ideal, en una conocida definición de Sigmund Freud, es el equivalente de *civilización,* como estadio avanzado y superior de organización de la humanidad.

Los gobiernos tienen hoy la necesidad de **promover aquellos cambios que permitan modernizar, simplificar y agilizar la legislación y los procedimientos para los ciudadanos y las empresas,** con la finalidad de fomentar y facilitar la contratación y atraer a los emprendedores y las inversiones en general, de manera que nuestra sociedad pueda alcanzar las mayores cotas de competitividad y excelencia legislativa y jurídica en las transacciones y los negocios, nacionales e internacionales, en un escenario plenamente interdependiente y global. Como ha dicho Zygmunt Bauman: «Nos encontramos con la paradoja de un poder que ya es global y de una política que todavía continua siendo local o nacional».

El proceso de cambos legislativos tiene, sin embargo, un límite muy claro: el **Estado de Derecho social y democrático no puede asumir la pérdida de seguridad jurídica,** pues ello supondría un retroceso enorme, de siglos. La seguridad jurídica es a la economía de mercado lo que la libertad es a la democracia, es decir, su presupuesto imprescindible. Juan José López Burniol ha podido afirmar con fundamento que «hay progreso económico porque hay mercado y hay mercado porque hay seguridad jurídica». No podemos olvidar que la actual crisis económica y financiera internacional tiene su origen y desencadenante en el problema de las hipotecas *subprime* en EEUU (fenómeno impensable en nuestro país), es decir, en una quiebra enorme del sistema de seguridad jurídica anglosajón, provocada por unas carencias muy graves de regulación y de control y que ahora está en proceso de profunda revisión.

Las reformas, si se hacen adecuadamente, pueden incluso comportar más seguridad jurídica, en la medida que acierten a introducir una mayor racionalidad, certeza y rigor en la norma. Pero han de hacerse correctamente y con toda prudencia. Como

principio general, se puede afirmar que **se pueden y deben reducir o relajar los controles que sean redundantes o superfluos,** pero de ninguna manera resulta acertado alterar las características esenciales de los controles del Estado que conforman **la columna vertebral** de nuestro sistema, que son, indiscutiblemente, **el poder judicial y el llamado sistema de seguridad jurídica preventiva,** integrado en nuestro país por el Notario y, además, en los campos inmobiliario y mercantil, por el Registrador.

La intervención del Notario, con el valor añadido del asesoramiento reequilibrador, el consentimiento informado y el control de legalidad que realiza, entre otros aspectos de su función pública, **confiere a la escritura pública,** por decisión del Estado, unas enérgicas presunciones de capacidad y representativas y unos decisivos efectos probatorios y ejecutivos que la dotan de **una posición jurídica privilegiada y central en todo el iter negocial.** Al mismo tiempo, en los modernos derechos occidentales (y el nuestro es uno de los más depurados), **los adquirentes de derechos encuentran su plena protección** en los drásticos efectos frente a terceros que el ordenamiento jurídico deriva de la inscripción en el Registro.

La Justicia preventiva tiene creciente importancia en el seno de sociedades democráticas como la nuestra, en que el recurso constante a la tutela judicial efectiva exige la activación de todos los resortes jurídicos que permitan moderar el imparable fenómeno de la sobresaturación de los tribunales. La Justicia preventiva **garantiza la normalidad de las relaciones jurídicas, generando confianza y seguridad en el tráfico jurídico,** pues aquellas solo muy excepcionalmente son discutidas, razón por la cual carece de la visibilidad que sí tienen las patologías del Derecho y el alarmismo social que provoca la inseguridad jurídica. Por ello, se ha podido afirmar que la mejor Justicia es la preventiva, en la medida que **evita el conflicto, reduciendo a mínimos la litigiosidad.**

El sistema de seguridad jurídica preventiva español, como ha afirmado José Félix Belloch Julve, «es técnicamente depurado, jurídicamente eficaz, socialmente útil y económicamente eficiente». En parecidos términos, en las Jornadas Notariales de Zaragoza de abril de 2008, se proclamó que «no es cierto que sea un sistema caro y, sobre todo, es fiable, eficaz y celosamente garante de los derechos del ciudadano». No es casualidad, por tanto, que **nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva, que se asienta en el hipergarantista binomio Notaría-Registro, sea calificado por la mayoría de los especialistas más acreditados como uno de los mejores y más avanzados del mundo occidental.**

La excelencia general del sistema no es obstáculo a la conveniencia de **impulsar desde el seno de las propias corporaciones los cambios y las reformas que se juzguen convenientes** para la mejora de la prestación de los servicios públicos notarial y registral y para profundizar en la seguridad y agilidad de ambas funciones, en beneficio del superior interés general de los ciudadanos. La adaptación a los constantes y vertiginosos cambios sociales, económicos y jurídicos exige a todas las profesiones, con el plus añadido, en este caso, de tratarse de funciones públicas, un esfuerzo permanente de modernización, revisión y optimización. **Lo que no tendría ningún sentido es adoptar otro modelo,** cambiar un sistema que tan útil y beneficioso ha sido para la paz social y la confianza de los mercados.

En el futuro será necesario superar algunos planteamientos del pasado que generaron controversia porque, probablemente, partían de enfoques poco certeros y realistas y que, por tal motivo, no generaron consensos suficientes para prosperar. La clave está en entender que se trata de un sistema único con dos funciones y, por tanto, que no hay duplicidad, solapamiento ni exclusión entre ellas, sino complementariedad y cooperación entre la fe pública notarial y registral. Tal fue la idea motriz de las Bases de Barcelona, suscritas en diciembre de 2008, texto en el que expresamente se decía que «se trata de un recorrido único compartido por dos operadores jurídicos diferentes, con ámbitos competenciales distintos, sucesivos y complementarios». La Plataforma Concordia, integrada por notarios y registradores de toda España, defiende en la actualidad de manera loable postulados similares.

Una Ley de Seguridad Jurídica Preventiva sin duda es el marco idóneo para sentar las bases de nuestro sistema para las próximas décadas. Es una clásica reivindicación del sector y una propuesta de diversos ministros de Justicia que reiteradamente ha quedado aplazada. En todo caso, sea en el marco óptimo de una ley de esta naturaleza, sea en otro formato legislativo, único o diverso, sí hay una serie de cuestiones que deben abordarse con cierta premura por el Gobierno para dotar al sistema de la máxima potencialidad. En cualquier caso, apostar por la vía de la complementariedad, la cooperación y la colaboración exige un cambio de perspectiva: las disfunciones de una de las dos funciones afectan negativamente al conjunto del sistema de seguridad jurídica preventiva y, por tanto, el interés común de las dos corporaciones demandará impulsar las propuestas razonables que pretendan corregir aquellas en beneficio del propio sistema y del interés general.

No hay duplicidad sino complementariedad y cooperación en la fe pública notarial y registral

Una de las cuestiones que exige ser resuelta es la plasmación legal del control de legalidad notarial en la propia Ley del Notariado. La Sentencia del TS de 20 de mayo de 2008, si bien se limitó a anular en este punto el artículo 145 del Reglamento Notarial por el principio de reserva de ley, lo cierto es que sembró dudas sobre algo que debería ser incuestionable: que el Notario controla la legalidad del negocio que autoriza y que, si este no se ajusta a la legalidad, tiene el deber de denegar la autorización, con posibilidad de recurso del particular ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. **Han supuesto un avance la aprobación del artículo 18.2 de la Ley 2/2009 y el artículo 30 de la Orden Ministerial EHA 2899/2011, pero no es suficiente**. Autorizar una escritura pública que contenga un negocio nulo e ilegal afecta a la credibilidad y la solvencia de todo el sistema y a la del propio Estado. Además, el control de legalidad notarial es perfectamente compatible con la calificación del Registrador en toda su extensión, a la que en nada limita.

Un pronunciamiento claro y terminante de la exclusividad de acceso de la escritura pública al Registro de la Propiedad (aparte otros documentos públicos idóneos), suprimiendo incluso excepciones actuales, **favorecería la plena solidez del conjunto**, pues la superioridad de aquella sobre el documento privado no puede dis-

cutirse so pena de perjudicar la seguridad en las transacciones y los negocios. En los últimos tiempos, han proliferado algunas propuestas legislativas, finalmente desestimadas, que pretendían el acceso del documento privado al Registro en determinados ámbitos. Desde sectores economicistas y neoliberales, se ha argüido que el Notario no puede tener el monopolio del acceso al Registro. Pero, como ha explicado José María Gómez Oliveros, el Notario ejerce una función pública y, «por lo tanto, su función es un monopolio como cualquier otro bien del Estado, como el jurisdiccional o el Ejército». Sorprenden este tipo de iniciativas en este momento, que tratan de importar por la puerta de atrás un sistema, el anglosajón, que ha fallado estrepitosamente y que está en proceso de profunda reforma. Hay que evitar a toda costa la existencia de grietas que pongan en peligro la seguridad del sistema.

La Justicia preventiva garantiza la normalidad de las relaciones jurídicas, generando confianza y seguridad en el tráfico jurídico

Son muchas las propuestas que pueden formularse para la modernización y la mejora del sistema de seguridad jurídica preventiva, en beneficio del interés general de la sociedad. No son estas reflexiones generales el lugar adecuado para entrar en su análisis detallado, pero pueden apuntarse, sin embargo, algunas **líneas de actuación que parecen prioritarias: la reforma del recurso gubernativo**, para dotarlo de mayor agilidad y operatividad, es un instrumento indispensable para evitar las disfunciones del sistema; **la profundización en la comunicación telemática, o incluso la interconexión entre la Notaría y el Registro,** es otro elemento clave en la mejora del sistema. Esto último, sin duda, permitiría seguir avanzando en la reducción de plazos, ganando agilidad. Es inaplazable **ya facilitar el acceso directo del Notario a la información registral en tiempo real**, a los efectos de incrementar al máximo las garantías del circuito negocial, cerrando definitivamente cualquier «agujero» de seguridad que eventualmente pudiere existir. **La mejor coordinación de la información del Catastro y de los libros registrales** es primordial para evitar las perturbaciones en el tráfico que provocan las disparidades actuales.

En el campo del urbanismo, es preciso dar cuanto antes una solución a las llamadas «cargas ocultas» que provocan gran inseguridad en el tráfico jurídico y que pasan por incrementar las funciones de ambos operadores en este ámbito, sobre todo de fiscalización, para el momento de la intervención, de la información urbanística que posee la Administración; **la jurisdicción voluntaria se revela una institución esencial** en el futuro próximo para coadyuvar en el objetivo de descongestionar los tribunales, y aquí los notarios deberíamos tener un rol relevante, pues nuestra independencia e imparcialidad, unidas al carácter de funcionarios públicos, parecen aconsejar que podamos **asumir nuevas funciones con plena garantía y seguridad.**

Un tema perentorio es una **revisión del arancel que permita garantizar la óptima prestación del servicio y la adecuada sostenibilidad económica de las notarías y los registros,** que en estos momentos no está garantizada, con sesenta y cinco rebajas y ninguna subida o actualización desde 1989, año de su aprobación; también debe **acometerse la revisión de la demarcación,** prevista legalmente para 2012, a los efectos de ajustarla a las realidades económica y de actividad actuales, que nada tienen que ver con la situación de 2007, año de su aprobación. Sería de gran utilidad **regular rápidos sistemas arbitrales de solución interna de conflictos,** que podrían evitar la mayoría de los recursos, lo que permitiría ganar una cantidad enorme de tiempo y evitar perjuicios a los ciudadanos. **La cooperación a nivel internacional**, en especial en la Unión Europea, facilitaría la defensa conjunta de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva, lo que multiplicaría su fuerza, prestigio e influencia. **En materia hipotecaria**, en sede de ejecuciones hipotecarias, de cláusulas abusivas, **la opinión autorizada de notarios y registradores podría y debería ofrecer soluciones** ponderadas para este grave problema social.

En definitiva el Gobierno deberá abordar en los próximos tiempos reformas y cambios legislativos muy importantes, a los efectos de hacer más competitiva nuestra economía a nivel internacional. **El sistema de seguridad jurídica preventiva, integrado por notarios y registradores, se ha revelado plenamente eficaz tanto en la etapa de bonanza económica como en la actual de crisis aguda. Existe recorrido, sin embargo, para seguir mejorando** en excelencia por la vía de la modernización y la plena interconexión funcional entre ambas corporaciones. **Una legislación innovadora** (incluso audaz en las reformas) en los campos laboral, administrativo, civil y mercantil, **unida a un sistema judicial y a un sistema de seguridad jurídica preventiva como los nuestros,** con todas sus potencialidades activadas, que garanticen la máxima seguridad jurídica**, son el mejor polo de atracción para los inversores y los negocios**, nacionales e internacionales, y la mejor base para la reactivación económica.

«Necesitamos menos leyes, más claras y más breves»

Núria de Gispert

Presidenta del Parlament de Catalunya

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Monserrat Fontich

Nacida en Barcelona en 1949, licenciada en Derecho por la Universidad de Barcelona y procedente de una saga de juristas, ejerció de abogada (1971-1973), fue funcionaria de la Diputación de Barcelona (1974-1980) y Secretaria General de Justicia y también de Gobernación (1984-1993), antes de ser nombrada Consellera de Justicia en 1992, y, en una segunda etapa, de 1995-2003. Desde el 16 de diciembre de 2010, es Presidenta del Parlament de Catalunya, siendo la primera mujer que ostenta el cargo.

Como abogada, ha recibido la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort (1998), entre otras, y es miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya desde 2006.

Entrevista

P: Ahora hace un año que usted se inició en esta nueva responsabilidad. ¿Qué balance hace?

R: El balance es positivo. Para mí es un honor presidir la Cámara catalana y me siento muy honrada de ser la primera mujer en hacerlo. Es cierto que 2011 ha sido un año muy difícil y complejo desde todos los puntos de vista. La crisis económica que nos afecta lo hace localmente, territorialmente y globalmente, y también en muchos otros ámbitos, como el social, el nacional, el de los valores... Existe una crisis de valores importante que ahora se nota aún más, porque, cuando te encuentras en una situación en que la mayoría de las familias catalanas está sufriendo una difícil situación económica, ello va subiendo a todos los estamentos y llega al Govern y al Parlament. No hay plenario en que no se hable de la situación en salud, en educación, de las empresas y del paro, que está casi en el 19% y que ha subido de un modo exagerado, si tenemos en cuenta que en 2006 estábamos en un 6%. Por tanto, algún problema estructural tenemos... Y es lógico que el Govern actual intente buscarle remedio, pero no es fácil y, por tanto, se vive cierta tensión.

Yo, que he sido diputada en las dos anteriores legislaturas, veo grandes diferencias en el ambiente. Una de ellas es esta crisis y la otra, más coyuntural, es que hemos tenido en un año tres procesos electorales (elecciones al Parlament, municipales y generales), y eso se nota, y más en el ámbito político. Ello también crea tensiones entre los partidos y en los grupos parlamentarios. Y si, además, dichos procesos electorales han provocado cambios importantes en la interioridad de los partidos, la tensión se nota aún más.

> Me gustaría que esta legislatura pudiera acabar con una Ley Electoral catalana

En esta legislatura se ha producido un cambio: hemos gobernado durante dos legislaturas con un gobierno formado por tres partidos; antes, había gobernado una coalición, Convergència i Unió, durante veintitrés años, y ahora vuelve dicha coalición con nombres, personas y proyectos actualizados y diferentes. Ello ha creado cierta incomodidad y todo el mundo se ha tenido que resituar en su lugar. Confío que, a partir del año próximo (por 2012), con estos procesos electorales acabados, las circunstancias cambiarán. No lo veo tan claro en el tema de la crisis económica, porque creo que realmente se está haciendo todo lo que se puede hacer, pero hemos tomado medidas tarde, en el ámbito del Estado. Otros países de la Unión Europea comenzaron antes a establecer medidas anticrisis, mientras que nosotros estuvimos dos años haciendo ver que no pasaba nada, que era una pequeña desaceleración... y ahora lo estamos pagando. En Catalunya quizá hemos comenzado antes que en otros lugares, pero, una vez pasadas las elecciones generales, todas las comunidades autónomas y el nuevo Gobierno del Estado tienen que tomar medidas que dolerán, pero que deberán tomarse. Porque, si queremos salir de esta, y yo creo que saldremos, tendremos que hacerlo tomando medidas duras.

P: ¿Cuál es el valor añadido que tiene el hecho de ser la primera Presidenta del Parlament de Catalunya?

R: Es muy importante para la normalización democrática y para las mujeres el hecho de que el Parlament de Catalunya (según Pau Casals, el más antiguo del mundo, que él vinculaba al siglo XIII) esté presidido por una mujer. Pero también es muy importante el hecho de que esta legislatura sea la más paritaria de nuestra historia: en 1980 hubo siete diputadas, el 4 % sobre ciento treinta y cinco, y ahora son el 41 %: cincuenta y seis diputadas. Se ha producido un cambio radical, en que seguro que ha ayudado la Ley de Paridad. En todo el mundo hay treinta y ocho países, en los últimos diez años, que, aunque sea criticable (porque lo es), aunque parezca una imposición (que también lo es), han visto que quizá es la única manera de dar un paso adelante que, a la larga, se verá como positivo.

Yo critiqué la Ley, creía que se debería haber ganado paso a paso, pero me equivoqué, porque ha sido el modo más claro para que la mujer se atreva a dar el paso. Y no porque no esté formada, que ya lo estaba, sino para decirse: «Cojo algo más de responsabilidad; no dejaré el trabajo, no dejaré a la familia, pero me quiero dedicar un tiempo a la política, y lo puedo hacer porque estoy formada y le quiero dedicar unos años». Y la Ley ha servido para esto. Y es más importante, porque ayuda a visualizar que la igualdad es mucho más clara en el ámbito político que en el ámbito privado. Por tanto, seguramente ello ayudará a que, en el ámbito del sector privado y en otros sectores empresariales y económicos, la presencia de la mujer, que aún es minoritaria en los puestos de decisión, pueda ser más clara.

P: Y ¿cuáles cree que deben ser las cualidades más importantes que debe tener quien ostenta tal cargo?

R: Debe ser, por un lado, bastante flexible. Debe tener en cuenta que el Parlament de Catalunya es muy plural, no tiene nada que ver con cualquiera de los parlamentos de las otras comunidades autónomas, donde, normalmente, hay dos partidos y, como mucho, uno minoritario, muy pequeño, que aglutina dos o tres diputados. Aquí es absolutamente al revés: el Parlament es muy plural, en él siempre ha habido cinco grupos y ahora tenemos seis y, en el sexto, el grupo mixto, tenemos tres pequeños (dos subgrupos y uno suelto). Por tanto, hay que tener mano izquierda y mano derecha, ser muy diligente, estar muy atento a la situación. Y la situación política, este año, ha sido mucho más complicada.

Por tanto, el papel de la Presidenta y de la Mesa, que es el órgano de gobierno, ha sido intentar ser flexible pero estar atento al hecho de que dicha flexibilidad no comportase problemas internos de funcionamiento entre los partidos. Lo hemos ido superando, ha ido bien, pero ello nos obliga a ir haciendo replanteamientos, a vigilar que las cosas vayan funcionando.

El debate parlamentario de las propuestas, que realmente es el punto principal del Parlament, debe poderse hacer con cierta tranquilidad. Y también es importante que el funcionamiento de la casa vaya bien. Y creo que ha ido bien.

P: ¿Cuáles son sus objetivos como Presidenta a corto, medio y largo plazo?

R: A corto plazo, el plan de austeridad, iniciado a los veinte días de entrar en esta casa, aprobado por la Mesa y asumido por todos los parlamentarios, en el cual dábamos un toque de atención, como institución y dada la situación en que se encontraba y se encuentra el pueblo de Catalunya. Dimos un paso adelante no solo diciendo que tenemos que ser austeros, sino también restringiendo mucho el presupuesto de este Parlament, y hemos dado mensajes de que estamos al lado de las personas. Se hizo un plan de austeridad muy duro pero que se ha cumplido, y en este momento ya estamos con el segundo plan, con el que seguimos el mismo criterio de tomar medidas duras, porque se tocan los sueldos de los diputados, retribuciones de los grupos parlamentarios, funcionamiento interno de la casa... En 2008 teníamos un presupuesto de 72 millones de euros y ahora, para 2012, lo tenemos de 52 millones de euros. Era un paso que debía darse y, en este sentido, me siento satisfecha de haber conseguido que todo el mundo, mayoritariamente, esté de acuerdo con él, y de que se abone al hecho de que es el momento de darlo y que se haya dado.

A medio plazo, me gustaría que esta legislatura pudiera acabar con una Ley Electoral catalana. Es importante no porque la Ley pueda modificar mucho lo que ya está en vigor, sino para dar, de entrada, la sensación de normalidad. No debemos tener, después de treinta años, la Ley Electoral que ahora tenemos. Creo que se pueden introducir aspectos que hoy en día son criticables, que tenemos una democracia que es mejorable y que la Ley Electoral puede mejorar algunos aspectos de transparencia, de libertad de actuación por parte de los ciudadanos, de buscar una manera para que el ciudadano se sienta más protagonista directo de la elección de su candidato... En este momento se dan las premisas para que esto se pueda hacer. Lo digo porque, cuando nadie habla de ello, es que existen conversaciones que no es necesario que se oigan, pero que van por buen camino. Y es un proyecto a medio plazo porque una Ley Electoral o se aprueba dos años antes de acabar la legislatura o ya no la puedes hacer, ya no tienes tiempo. Por tanto, creo que ahora es el momento.

Y a largo plazo, hablando de la legislatura completa, un proyecto de esta casa, del cual ya se ha hecho una parte importante del trabajo, es la ponencia para el estudio del pacto fiscal basado en el concierto económico. Es un proyecto muy importante y es muy importante que se haya gestionado desde el Parlament de Catalunya, porque se ha querido que fuese lo más unitario posible. En el momento en que nos encontramos, sería muy importante que todas las fuerzas políticas estuvieran a su lado.

De momento, el trabajo se está haciendo bien: las conclusiones son buenas, correctas y están bien elaboradas desde el punto de vista jurídico y político. Es un tema más político que jurídico, pero, sin embargo, es bueno que el Parlament de Catalunya haya tenido la posibilidad y haya buscado la opinión de expertos para que nadie pueda decir que esto es anticonstitucional o antiestatutario. Por tanto, está bien trabado y es un proyecto que realmente ayudaría muchísimo a regenerar la situación económica de Catalunya y a continuar muchos proyectos que hoy están parados porque no hay recursos económicos.

Si consiguiéramos que el nuevo sistema definitivo de Catalunya fuese un pacto fiscal al estilo del concierto vasco; o cuando vemos las cifras de déficit fiscal, que significan 16.000 millones de euros que se van y no vuelven; o cuando en Alemania existe un límite del 4% y aquí se va al 8% o al 9%; o cuando en los Estados Unidos de América es de un 2,5%, piensas: «¿Cuántas cosas podríamos hacer en este momento? ¿Cuál sería la cifra de paro en Catalunya si la comparamos, por ejemplo, con el País Vasco, donde no llega al 10%?».

Hay quien dice que un momento de crisis no es el mejor momento para hacerlo. Yo creo que sí, que quizá es el momento en que hemos conseguido que la gente, la ciudadanía, esté más de acuerdo con ello. Sucede una cosa extraña: haces una encuesta y más del 75% te dice: «Adelante con el pacto fiscal». Pero, después, este 75 % no se encuentra en el ámbito parlamentario. Y, por tanto, es muy importante trasladar al ámbito parlamentario la posibilidad que en un tema como este, un tema de país, pueda haber la máxima unidad.

El pacto fiscal ayudaría muchísimo a regenerar la situación económica de Catalunya

Y hablo a largo plazo porque una cosa es el trabajo que hacemos aquí; otra, el del Govern; otra, el que se deberá hacer con el Gobierno del Estado... Hay una serie de pasos y en ningún caso puedes decir que todo ello en 2012 estará hecho. Si en treinta años no se ha hecho, no estará hecho en 2012, pero debemos ir dando los pasos que sean necesarios para llegar al final del camino y decir: «Lo hemos logrado».

P: ¿Por qué cree que los ciudadanos se sienten tan alejados de la política?

R: Creo que hay desafección política. Precisamente hace unos días se pre-

sentó una encuesta de los catalanes sobre los valores, que se hace cada diez años. En el tema de la desafección, coincidiendo con otros sondeos que se han hecho, dice que los catalanes son desafectos desde el punto de vista de la política, pero, sobre todo, de los políticos. Y dicha desafección ha surgido en los últimos diez años, si comparamos el año 2001 (en que a los políticos los valoraban con un 6,4) y el año 2011 (en que no llegamos al 4,5 de promedio). Existe una gran responsabilidad de los que han llevado la política en los últimos diez años, tanto para bien como para mal.

Los notarios han sido unos grandes defensores del hecho que Catalunya tuviera un Código civil

La encuesta también habla de los valores, de recuperar la autoridad en la escuela, en la familia, el respeto, la cultura del esfuerzo, del trabajo... Y creo que hay muchas maneras de darle la vuelta. Podemos generar confianza, que supone «decir las cosas por su nombre», bien dichas, no solo lo políticamente correcto o incorrecto. Si nos encontramos en el momento en el que nos encontramos (en que no hay familia en España ni en Catalunya que no lo esté pasando mal), entenderán tu lenguaje cuando les digas que también el Govern o el Parlament tienen que recortar, porque, si no, no saldremos de esta. Debemos decir que es una gran ventaja el hecho de estar en Europa, pero que también es una desventaja, porque no puedes hacer de tu casa tu territorio, sino que tienes una gran dependencia y, por tanto, debes cumplir con todos los requisitos y los compromisos que tienes. Y si durante unos años no has hecho los deberes, ara los tienes que hacer. Y eso hoy duele, pero mañana será una solución. Por tanto, debemos generar confianza, hacer un discurso bien claro, explicar las cosas por su nombre y hacer gestos.

Y por eso creo que la Ley Electoral que antes comentaba es un gesto. Las listas cerradas no gustan a nadie. Cuando hablas con la gente, te dice que le gustaría coger la lista y tachar nombres. Quizá no llegaremos a eso, pero debemos tenerlo en cuenta, y los partidos políticos están ahí para poder captar lo que la ciudadanía quiere, para escuchar. Después, evidentemente, tú eres el responsable y debes decidir, pero debes decidir sabiendo lo que hay y qué es lo que piensa la gente. Por tanto, creo que un gesto importante que puede modificar un poco dicha desafección es que se pueda presentar una primera Ley Electoral catalana que seguro que puede tocar algunos aspectos como la transparencia, mejoras, menos gasto, proporcionalidad, participación de la ciudadanía, etcétera. Este sería un ejemplo, pero seguro que hay muchos otros.

P: Usted también ha propuesto mejorar la técnica legislativa. ¿Cuáles serían los objetivos de dicha mejora y en qué punto se halla?

R: Necesitamos leyes claras, más breves y no tantas. Ahora estamos algo parados, porque este año hemos hecho mucho trabajo interno y mucho trabajo que ha surgido sin tenerlo demasiado previsto. Hemos trabajado internamente en la confección y la elaboración de una especie de consejo abierto que permita escuchar la voz de las entidades, de las instituciones, de los colegios profesionales, de los ciudadanos... de cara a la mejora de las leyes.

Mi voluntad sería poder crear un Consejo Asesor que permitiese trabajar en diferentes ámbitos. Y en la línea de lo que son los tres proyectos de la Ley Ómnibus, cuya voluntad es simplificar y agilizar la Administración, buscar ámbitos que puedan ser complementarios y, por tanto, dar herramientas tanto a los grupos parlamentarios como al Govern para que en un ámbito del sector público (en el sector medioambiental, por ejemplo) se estudien las diferentes leyes que han sido aprobadas durante treinta años en esta casa, que continúan vigentes y que, probablemente, están desfasadas o eran demasiado intervencionistas. O quizá no se ha tocado un tema que ahora está vigente y no lo estaba hace diez años. Escuchando y teniendo una tribuna abierta, tanto el Govern como los grupos parlamentarios no solo podemos hacer una propuesta de futuro para mejorar la técnica legislativa, sino que también podemos hacer entender que cuanto menos leyes, mejor. El coste normativo que tiene el Parlament es lo suficientemente importante y no se requieren tantas; deberíamos intentar tener menos.

Los parlamentarios y el Govern deben saber que, en este sentido, se debe hacer un trabajo no de gabinete o de estudio, sino basado en propuestas externas. Espero que, a partir de enero de 2012, una vez tengamos el nuevo presupuesto aprobado y algunas de las leyes que ahora se están haciendo también estén aprobadas o a punto de serlo, ya se pueda poner en marcha este Consejo Asesor. El trabajo interno lo tenemos muy hecho, pero ahora es cuestión de ponernos a trabajar, escuchar y hacer propuestas que puedan llegar (unas cuantas) a finales de 2012.

P: En este contexto de creación de foros de expertos, ¿qué puede aportar la visión notarial?

R: El Notario puede ayudar tanto en el ámbito privado como en el ámbito público. La función notarial es importante, en primer lugar, por su función no solo pública, sino también asesora. En mis anteriores responsabilidades, siempre he contado con los notarios de Catalunya en ambos ámbitos: pueden ayudar con su visión, ya que tienen clientes en las notarías, y escuchan y captan lo que sucede en el país en el ámbito económico, empresarial, en circulación de capitales... en todo. Son muy importantes tanto por su función como por su asesoramiento. Ya nos hemos reunido y cuento con ellos para este proyecto.

P: En cuanto a legislación, ¿cómo estamos, comparativamente con el resto de Europa?

R: Por poner un ejemplo, hace poco estuvo aquí el Primer Ministro de Quebec y no hay color, en muchos aspectos. Y lo mismo sucede con muchos otros ministros. Es cierto que todas las administraciones llega un momento en que tienden, sin quererlo, a intervenir más de la cuenta. Lo que debes tener entonces es un reloj que te avise cuando superes los cinco trámites y llegues al sexto, para que te des cuenta de si realmente es importante o no.

Nos encontramos a años luz de algunos países (como los países nórdicos, Holanda, Suecia...) que, por sus dimensiones, se podrían asimilar a Catalunya. En muchas cosas, nos hemos comparado con ellos, pero en este tema no ha sido así. En este momento se están haciendo los deberes en dicho sentido; me consta que la mayoría de los grupos parlamentarios está trabajando a fondo en estos proyectos de ley.

Espero que, si no tenemos suficientes recursos económicos para que salga ade-

lante el país o para ayudar a generar puestos de trabajo, sí que podamos ayudar a generar más confianza en los emprendedores, que se pueda trabajar con mucha más facilidad que ahora y que realmente se simplifiquen mucho los trámites administrativos y se agilice la Administración.

P: Uno de los principales proyectos en el ámbito de Justicia en Cataluña es la finalización del libro VI del Código civil catalán y la armonización del resto de libros. ¿Cuál cree que ha sido y es la aportación del Notariado en el ámbito del Derecho Civil en Catalunya?

R: El Notario hace su aportación desde hace muchos años, desde mucho antes de la democracia. Yo siempre digo lo que dijo el Notario Figa Faura en una intervención hace más de veinte años: que los notarios han sido los grandes depositarios del Derecho Civil de Catalunya y los que lo habían mantenido. Y hablaba de ello cuando teníamos una Compilación que no se podía reformar ni modificar, porque no existían las instituciones parlamentarias ni políticas para poderlo hacer. En cambio, ha existido una voluntad muy clara por parte de la comunidad jurídica catalana y, en ella, de los notarios, por su función y sus protocolos, de defensa, práctica y aplicación del Derecho Civil catalán.

Desde las primeras elecciones democráticas, en que se creó la Conselleria de Justicia, hasta las actuales, todo el mundo ha tenido en cuenta el asesoramiento notarial. Y siempre con personalidades muy conocidas e importantes, como Puig Salellas, el factótum de gran parte de la reforma que el Derecho Civil catalán ha experimentado en los últimos treinta años. Recuerdo que, recién constituida la Conselleria de Justicia, yo estaba de realquilada en el Colegio de Abogados durante seis meses y Puig Salellas ya se movía por aquellos pasillos y ya trabajaba en Derecho Civil. Y como él, muchos notarios que ahora también están en el Observatorio de Derecho Privado y en la nueva y recién estrenada Comisión de Codificación. Su papel ha sido muy importante y seguirá siéndolo. Han sido unos grandes defensores de que Catalunya tuviera definitivamente un Código civil.

Los primeros gobiernos de la Generalitat, los primeros consellers y los primeros parlamentarios del año 1980 eran muy optimistas y decían que el Código civil se podía hacer en cuatro años. Han pasado treinta y uno y se ha trabajado muchísimo, porque se ha hecho un gran trabajo, ingente, con una gran colaboración de la comunidad jurídica. Pero darle la vuelta y adaptarlo a la realidad catalana que tenemos hoy, respetando la tradición jurídica y los principios informadores... eso no se hace en cuatro días. Ahora ya se han hecho algunas leyes vinculadas al libro VI, que es muy importante, pero falta el sentido general que debe tener su contenido. Y, después, se deben seguir armonizando los otros libros y debe mantenerse una coherencia con todo lo que ha de ser el Código civil. Y aquí la función del Colegio de Notarios siempre ha sido importante y es básico el asesoramiento de los notarios.

P: Y ¿qué aportación pueden hacer los notarios al marco jurídico catalán?

R: Es importante lograr abrir la puerta de esta tribuna abierta que comentaba, entre otras cosas, porque en el Parlament no solo debemos dar la imagen de ser abiertos, sino que realmente debemos abrir las puertas a la sociedad.

Como decía, el marco normativo del Parlament de Catalunya, con seiscientas leyes vigentes, es extremamente exagerado y requiere una revisión. Y esta deben hacerla expertos en leyes y en las materias (entre los cuales se encuentran los notarios, cuya opinión, por la experiencia de su día a día, puede servir de mucho) y también expertos en diferentes ámbitos. He invitado también a participar a las catorce cámaras de comercio de Catalunya, porque ellas tienen relación con el mundo de la gran y la pequeña empresa, una visión que resulta muy importante.

El ámbito notarial, en esta doble función (la asesora, que siempre ha tenido, y la de escuchar a la sociedad en los despachos), es muy importante. Si queremos hacer crecer la situación económica en Catalunya, quizá debemos dar un toque de atención en el tema de la fiscalidad, por ejemplo. No todo debe acabar en leyes; lo que quiero es que acaben en propuestas que permitan al Govern y a los grupos parlamentarios hacer proyectos de ley que modifiquen, deroguen y actualicen lo que debería ser un marco normativo del siglo XXI.

P: ¿Qué medidas cree que pueden ayudar a hacer una Justicia más eficaz y ágil?

R: La lentitud de la Justicia es un mal endémico. Primero, se creyó que faltaban medios humanos y materiales, pero ahora nadie puede decir que no se tengan, porque el gasto que han hecho las comunidades autónomas en los últimos treinta años ha sido espectacular.

Ahora bien, no hay una cabeza, sino que hay tres, y eso es algo que no funciona. No puede ser que en Catalunya, por ejemplo, cada dos años haya oposiciones y, durante seis meses, en las oficinas judiciales de diez o doce funcionarios, cambien el 30 % o el 40 % y vengan nuevos. Aquella oficina es imposible que funcione. Pero ello no lo decide la Generalitat de Catalunya (que tiene competencias plenas y que paga a los funcionarios), sino que lo decide el Ministerio de Justicia, que ya no tiene competencias, pero que no ha querido acabar de transferir dicha función. O lo decide el Consejo General del Poder Judicial, de quien dependen los jueces. O lo decide el Secretario Judicial, que tiene una dependencia que, de momento, tampoco es de la Generalitat de Catalunya.

Por tanto, ahora ya no es solo un problema de recursos económicos. Se requieren una actuación informática y un programa general para que todos los jueces de Catalunya y de España se puedan conectar para cualquier cosa. Y ello hoy es posible, aunque no se ha querido hacer. El Ministerio podría tener una función de coordinación, pero nada más.

Debemos poner sobre la mesa la Ley de Jurisdicción Voluntaria

Por otra parte, debe cumplirse con el Estatuto de Autonomía. Cuando interesa, la Generalitat no cumple; cuando no interesa, quien no cumple es el Estado, y en este caso, no está cumpliendo. Si realmente hubiese competencias plenas en esta materia, estoy convencida de que mejoraríamos mucho la agilidad de la Justicia. Conozco muy bien el tema, lo he vivido mucho y sé que falta realmente una composición diferente de la organización judicial que, además, es posible. Y todo ello sin entrar de ningún modo

en la independencia del Juez. En cambio, la oficina del Juez es como cualquier oficina administrativa, y eso se puede cambiar, si existe la voluntad de hacerlo.

P: En cuanto a las ejecuciones hipotecarias, un problema que en los últimos años se ha visto gravemente incrementado por la crisis, ¿qué posibles soluciones legales plantearía?

R: El Parlament se ha hecho eco de este problema social tan grande y ha creado una comisión para trabajar la posibilidad de modificaciones legislativas en el ámbito del Estado, por una parte, y de la Generalitat, por otra, para buscar soluciones de futuro. Y digo «de futuro» porque con según qué cosas no puede haber efectos retroactivos (eso es algo que los juristas saben muy bien), pero sí que se pueden plantear soluciones para que no puedan volver a repetirse situaciones como esta.

En cuanto al presente, creo mucho en la línea de la mediación y, por tanto, de la desjudicialización, en algunos casos, de determinados aspectos. Si al Juez le planteas una ejecución, no tiene más remedio que llegar a la ejecución, pero le puedes plantear lo siguiente: «Estamos de acuerdo en intentar una mediación entre la caja o el banco y la persona afectada para buscar soluciones». Me consta que también la Generalitat lo está trabajando, desde el Departamento de Vivienda y desde el Departamento de Justicia. En el Parlament también lo trabajamos tras haber escuchado las experiencias de otros países que se han encontrado con problemas como este, para buscar el modo de proponer soluciones de desjudicialización de este tema o de freno o paro del proceso de ejecuciones hipotecarias, para encontrar soluciones a los casos reales que ahora estamos viviendo.

Debemos poner sobre la mesa más cosas como la Ley de Jurisdicción Voluntaria y otras que realmente quiten trabajo a los juzgados, un trabajo que puedan hacer los notarios, los abogados u otros operadores jurídicos y que no necesariamente sea obligatorio que pase por el Juzgado. Con ello seguro que modificaríamos el número de litigios.

En Catalunya, en 2011, ha habido un millón cuatrocientos mil litigios abiertos, y así no funcionaremos. Cuando hoy, en un proceso de divorcio, se piden medidas cautelares y antes las tenías en quince días y ahora tardas cuatro meses en tenerlas, quiere decir que no vamos por buen camino. Y no es por falta de juzgados (porque se han creado muchos juzgados de familia: en quince años, hemos doblado la planta judicial), sino porque algo falla en el sistema.

Es cierto que todo el mundo tiene derecho a litigar, pero quizá porque la Justicia es gratuita (este es otro tema que quizá debería hablarse) todo el mundo se atreve a ir al Juzgado. Ahora todo llega al Juzgado y quizá no sea necesario. En los divorcios amistosos, por ejemplo, si las personas se ponen de acuerdo, ¿por qué tienen que ir al Juzgado? Existen determinados asuntos y litigios que podrían escapar del ámbito judicial y podrían ir al ámbito notarial, al jurídico o a cualquier otro.

P: Usted fue Consellera de Justicia desde 1995 hasta 2003. ¿Cómo recuerda aquella etapa?

R: Hago un balance muy positivo de ella. Disfruté mucho, porque el ámbito jurídico siempre ha sido mi mundo, el familiar, y lo conocía mucho. Hicimos proyectos importantes, tuve un equipo buenísimo y pude hacer mucho trabajo.

Siempre me quedé con las ganas de acabar con el problema en el ámbito judicial; tengo el convencimiento de que, si tienes todas las competencias, puedes trabajar mucho mejor. Me consta que la actual Consellera de Justicia está trabajando en ello.

> Ciertos temas deberían salir del ámbito judicial e ir al notarial o al jurídico

También trabajé en el ámbito del Derecho Privado, del Código de Familia o en la primera Ley de Parejas de Hecho de todo el Estado, que se hizo en Catalunya impulsada por la Conselleria de Justicia y de la cual me siento muy orgullosa, porque creo que era una asignatura pendiente y se hizo con el concurso de la mayoría de los grupos parlamentarios.

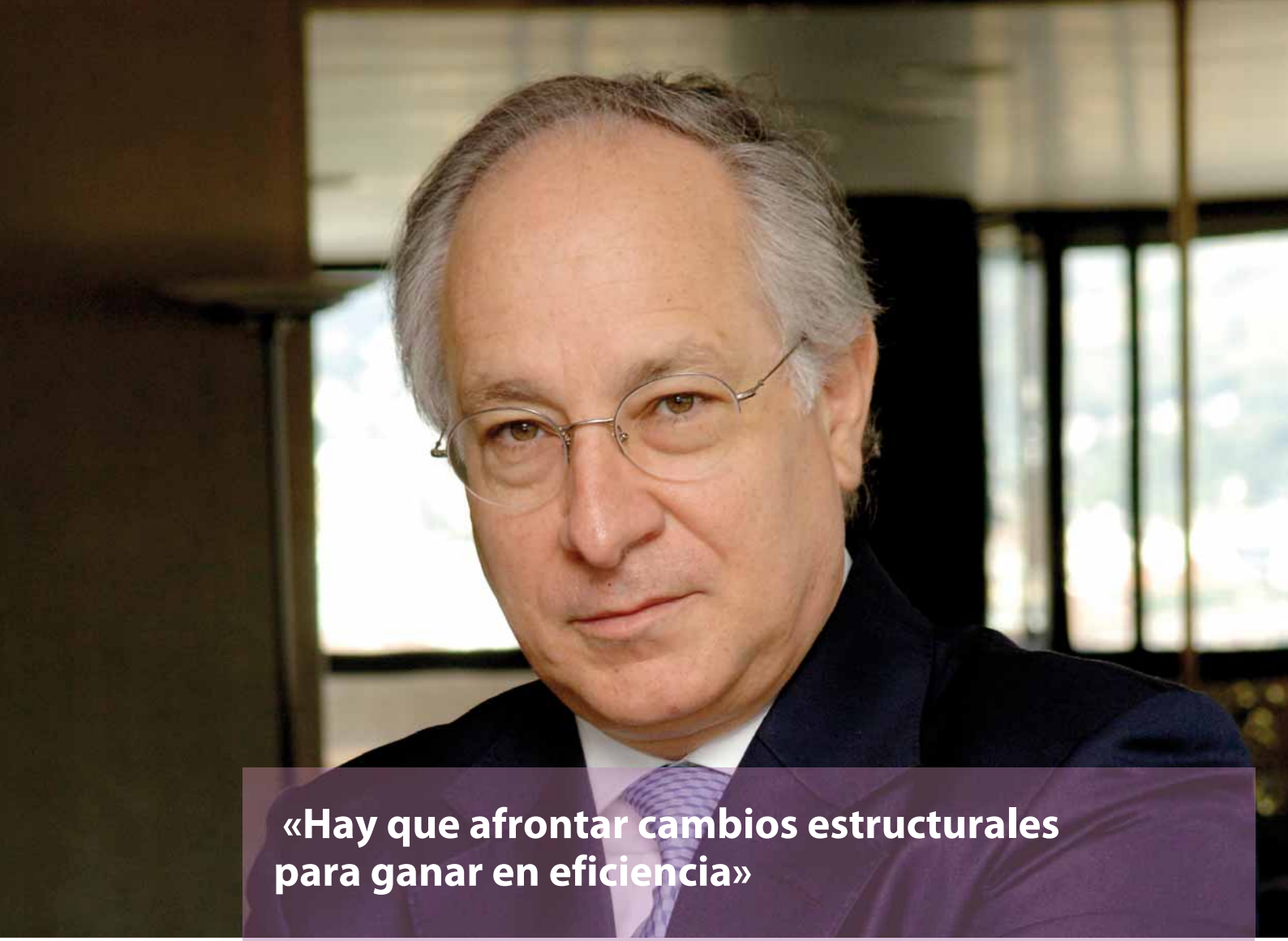
Aprendí muchísimo, fueron los años centrales de mi carrera política y es donde tuve más experiencias positivas, porque es donde más tiempo he estado.

P: Finalmente, ¿cómo y cuándo cree que saldremos de esta crisis?

R: Acabamos el año 2011 muy mal, pero creo que para 2012 la gente espera de los políticos mensajes positivos, pero, sobre todo, proyectos que, aunque no se puedan poner en marcha en 2012, permitan comenzar a ver la luz al final del túnel.

Yo confío en Catalunya y confío en los catalanes, que siempre hemos salido de todas. Hemos tenido muchas guerras, capitulaciones... de todo, y al final hemos salido adelante y hemos sido un país que se ha convertido en el motor económico del resto de comunidades autónomas, un país que siempre ha mirado hacia Europa y que la ha visto en positivo.

Creo que debemos tener confianza y debemos generarla con estos mensajes, pero, además, hablar claro. Todos sabemos que la situación es muy dura, pero creo que muchos, muchos catalanes saben que este país ha salido de cosas peores y que también saldremos de esta.



«Hay que afrontar cambios estructurales para ganar en eficiencia»

Juan M.ª Nin

Vicepresidente y Consejero Delegado de CaixaBank

AUTORA: Sandra Purroy

FOTOS: CaixaBank

Nacido en Barcelona (1953), se licenció en Economía y Derecho por la Universidad de Deusto y es Master in Laws por la London School of Economics and Political Sciences. Inició su carrera profesional en el sector financiero en el antiguo Banco Hispano Americano, dirigiendo el área Internacional (1980). En 1992, tras constituirse el Banco Central Hispano, fue ocupando distintas direcciones hasta su fusión con Banco Santander, momento en que pasó a ocupar el cargo de Director General de Banca Comercial y, posteriormente, de Empresas del Santander Central Hispano. En 2002 se incorporó a Banco Sabadell como Consejero Delegado. En junio de 2007 fue nombrado Director General de "la Caixa" y actualmente es Vicepresidente Ejecutivo y Consejero Delegado de CaixaBank.

A esta dilatada carrera profesional en el ámbito de la banca cabe añadir cargos diversos, como el de consejero en empresas industriales y de servicios como Repsol YPF o Gas Natural. Entre sus numerosas implicaciones en el mundo universitario, financiero y económico, destacar que es patrono de la Fundación ESADE Business School y de la Fundación CEDE (Confederación Española de Directivos y Ejecutivos), así como miembro del Consejo de la Universidad de Deusto, de la Deusto Business School, de la Junta Directiva del Círculo Ecuestre y del Consejo Académico de la APD (Asociación para el Progreso de la Dirección).

P: ¿Cuáles son los principales objetivos a corto, medio y largo plazo de CaixaBank?

R: CaixaBank es, actualmente, la entidad de referencia en banca minorista en España por tamaño, número de clientes, actividad, innovación y calidad del servicio. En el futuro, queremos continuar siéndolo. Para ello, continuamos esforzándonos cada día para consolidar nuestra posición de liderazgo con una gestión anticipativa y adaptada a las circunstancias del mercado local y global. La guía básica para conseguirlo es nuestro Plan Estratégico 2011-2014, con el que, a través de diversos proyectos y programas, queremos continuar siendo líderes en banca minorista y aumentar el peso de la banca de empresas y del negocio internacional.

P: En el actual contexto de reconversión financiera, marcado por la creación del FROB, la modificación del marco legal de las cajas, las fusiones y conversiones en bancos y el continuo reforzamiento de los requisitos de solvencia, cada vez mayores, ¿qué hemos ganado y qué hemos perdido respecto al sistema financiero del modelo anterior?

R: Tras la reestructuración y consolidación del sistema financiero, todavía en proceso, tendremos entidades más eficientes, mejor capitalizadas, menos endeudadas y de mayor tamaño. Y eso es bueno para el sistema financiero en su conjunto, para la economía en general y para los clientes y ciudadanos. Las crisis son tiempo de tribulación, pero también son tiempo de oportunidades. La corrección de excesos pasados, sin duda, nos conducirá a un sistema más robusto y eficiente.

P: ¿En qué se diferencia CaixaBank de "la Caixa"?

R: CaixaBank y "la Caixa" no se diferencian en nada en cuanto a servicio al cliente. Las oficinas, los empleados e incluso la marca comercial continúan siendo los mismos. CaixaBank ha heredado los mismos valores y principios de actuación y gestión que durante más de cien años han caracterizado a "la Caixa" y que la han diferenciado de sus competidores. En lo que sí son diferentes es en su forma jurídica. CaixaBank es una sociedad anónima cotizada en bolsa, por lo que el acceso a los mercados de capitales es más fácil y las posibilidades de ampliar capital, mayores.

> Tendremos entidades más eficientes, mejor capitalizadas y de mayor tamaño. Las crisis son tiempo de tribulación, pero también son tiempo de oportunidades

P: El proceso de reconversión, que desde diversos sectores se considera que se está llevando a cabo demasiado lentamente, ¿cómo está influyendo en la ralentización del crédito?

R: En mi opinión, dado el entorno actual, el proceso de consolidación que estamos viviendo se está ajustando adecuadamente a los plazos establecidos. De hecho, comparativamente, la reducción de capacidad instalada se está haciendo de manera más rápida que en crisis anteriores. Lo que diferencia el momento actual de otros vividos en el pasado es que este proceso se está produciendo en un entorno económico de estancamiento y endeudamiento. Y ¿qué implicaciones tiene esto? Pues que si las economías no crecen, si no hay recaudación, si no hay ingresos públicos, las finanzas públicas se deterioran. Y si las finanzas públicas se deterioran, si hay dudas sobre la capacidad de pago pública, la solvencia del sector público se deteriora. Y, como el sector privado (el sector financiero, en mayor medida) es quien ha financiado al sector público, si la solvencia del sector público se deteriora por razón de falta de crecimiento, la solvencia del sector privado también se ve afectada. En consecuencia, el nivel de crédito se reduce y se encarece y el potencial de crecimiento económico se ve disminuido, volviendo a retroalimentar la espiral.

P: La Unión Europea ha fijado el 30 de junio de 2012 como fecha límite para la recapitalización de la banca, estableciendo ahora que debe lograr un ratio de capital de calidad del 9 %, tras valorar a precio de mercado su exposición al riesgo soberano. ¿Cómo influirá el cumplimiento de estas nuevas exigencias?

R: En el entorno descrito, la reacción de las autoridades ha sido exigir más capital, más fondos propios, a las entidades financieras. Pero más capital en un entorno de poca fluidez de la liquidez dificulta aún más el crédito y resta potencial de crecimiento económico. Una espiral que, paradójicamente, contiene parcialmente la solución al problema. ¿Cuál es la fórmula para salir de esta crisis? Menos endeudamiento y, por tanto, más capital. En definitiva, mayor ortodoxia financiera, pero con un tránsito difícil en términos de crecimiento.

P: ¿Cree posible que esta recapitalización se haga exclusivamente con fondos privados?

R: Según los datos hechos públicos, antes de junio de 2012 se necesitarían 26.200 millones de euros en España (cifra que se habrá revisado con los balances de septiembre), un 25 % de las necesidades totales detectadas en Europa. Esta cantidad, según han anunciado las propias entidades, se cubrirá con fondos privados, mediante la generación orgánica de capital o la reducción de los riesgos en balance. En nuestro caso, los 602 millones de euros detectados se cubrirán de manera orgánica.

P: Del exceso de crédito, uno de los factores que propició el actual sobreendeudamiento, hemos pasado a una falta de crédito que hace difícil la recuperación y el crecimiento económico. ¿Dónde cree que está y cuándo se alcanzará el punto de equilibrio?

R: Mientras el proceso de desapalancamiento no concluya, será difícil que el crecimiento económico pueda volver a cobrar velocidad. Por tanto, es de esperar que, en los próximos años, el crédito continúe estancado. No es algo nuevo. Históricamente, el patrón de desapalancamiento asociado a crisis bancaria e inmobiliaria ha sido más profundo y duradero.

P: La actual situación económica ha tenido un notable efecto en el sector inmobiliario. ¿Cómo ha influido esta circunstancia en la actividad de las cajas y bancos?

R: La exposición al sector inmobiliario es un riesgo importante y latente de gran impacto en los balances de las entidades financieras españolas que ha requerido (y requerirá en el futuro) mayores dotaciones. En este sentido, la actividad del sector

inmobiliario se recuperará cuando el stock de vivienda terminada sin vender sea absorbido. Las previsiones al respecto sugieren que un nuevo nivel de equilibrio podría alcanzarse en tres años.

P: Precisamente la crisis tuvo su principal detonante en las hipotecas subprime de Estados Unidos. ¿Cree que en España podría llegar a producirse un fenómeno similar?

R: La crisis que estamos viviendo está latente desde principios de siglo, momento del estallido de la primera burbuja global: la tecnológica. En ese momento, la ingente liquidez creada se dirigió a la compra de activos financieros y bienes raíces (inmuebles), todo ello en un entorno de bajos tipos de interés y de escasa percepción del riesgo. En 2007, la crisis de las hipotecas subprime puso de manifiesto los excesos y desequilibrios del periodo anterior. Nuestro sistema financiero no se vio afectado, ya que, por el modelo de negocio de nuestras entidades (básicamente, de orientación minorista), no se participó ni en la creación ni en la distribución de los productos financieros sintéticos que propiciaron la expansión del riesgo *subprime*.

P: ¿Cuál cree que es la clave para recuperar la confianza? ¿Es este el término clave para remontar la crisis actual?

R: Efectivamente, la falta de confianza, de reputación, es el gran mal de nuestro tiempo. Ya lo sabíamos, pero ahora hemos visto sus consecuencias. Hemos de recuperarla, sí. Y ¿cómo podemos hacerlo? Tomando decisiones e impulsando estrategias que generen valor a largo plazo y no solo a corto plazo. En definitiva, actuando de forma que las empresas sean proyectos de crecimiento sostenible, que generen ocupación, con un liderazgo potente y creíble, con una buena estructura de financiación, respetando los límites prudentes del endeudamiento y manteniendo el capital como palanca de crecimiento sólido y rentable.

P: ¿Qué papel juega, en el actual contexto, la economía los países emergentes?

R: Un papel clave. Mientras las economías más avanzadas se debaten en un entorno de bajo crecimiento, desequilibrios en las finanzas públicas e inciertas perspectivas económicas, los países emergentes avanzan con firmeza en crecimiento y mejora del nivel de vida. Las estrellas refulgentes de esta situación son los grandes emergentes: China, India y Brasil, a los que se puede añadir Rusia e Indonesia. Grandes en población, extensión y potencial expansivo.

P: Desde "la Caixa" se ha ejercido también un cierto liderazgo social, concretamente desde su Obra Social. ¿Qué papel juega actualmente la Obra Social y cómo se ha visto afectada?

R: La Obra Social juega ahora un papel muy importante en un momento, además, de gran necesidad de este tipo de actuaciones. De hecho, la reorganización del Grupo "la Caixa" ha servido para garantizar la continuidad de nuestra Obra Social. El presupuesto para 2011 es de 500 millones de euros, una cantidad que se destina a programas con un alto retorno social y con un resultado (le puedo asegurar) muy estimulante y gratificante. Con el programa Incorpora, por ejemplo, ya hemos ayudado a encontrar trabajo a 47.280 personas en riesgo de exclusión social.

P: ¿Cómo valora la salida a bolsa un año y medio después?

R: El negocio financiero de "la Caixa" empezó a cotizar a través de CaixaBank el 1 de julio de 2011, aprovechando para ello a nuestra filial Criteria, que, desde 2007, ya estaba cotizando en el mercado. La situación actual, volátil, incierta y con crecientes requerimientos de capital a las entidades financieras, sin duda avala la decisión tomada. Gracias a la reorganización, el Grupo ha aumentado su solvencia y CaixaBank ha incrementado su base accionarial minorista. Y todo ello sin dejar de mirar al cliente, que continúa siendo el centro de nuestra actividad.

P: En cuanto a los operadores jurídicos, ¿qué papel cree que deben jugar en el contexto actual? ¿Qué es lo que destacaría de la función de los notarios?

R: El actual contexto de dificultades en el que nos encontramos pone de manifiesto la enorme importancia de los operadores jurídicos, tanto para la solución de los conflictos existentes como, muy especialmente, para garantizar que las operaciones de hoy no sean los conflictos de mañana. Así, en tiempos como los que vivimos, se pone de relieve la importancia de la seguridad jurídica preventiva que aportan los notarios con su intervención en el tráfico económico, lo cual, unido a la calidad jurídica de que gozan los miembros de este colectivo y a la independencia de que les dota su estatus, hace que su labor sea, hoy en día, más necesaria que nunca.

P: ¿Qué soluciones financieras plantea a día de hoy para salir de la crisis en el ámbito financiero? ¿Y en general?

R: A día de hoy, todavía persisten incertidumbres y riesgos latentes que pueden hacer peligrar el regreso a la senda de crecimiento económico, algo vital para romper el bucle al que antes hacíamos referencia. Debemos recuperar la confianza que los mercados financieros han puesto en duda con más decisiones, más reformas y más trabajo. Es fundamental que se avance en la resolución de la crisis de deuda soberana europea. Por otro lado, también sería aconsejable afrontar aquellos cambios estructurales necesarios para ganar en eficiencia respecto a la situación actual. Mejoras en la productividad de la economía permitirían incrementar la producción sin requerir un mayor nivel de crédito. Recuperemos la confianza.

La unificación europea de la competencia judicial internacional en materia contractual

Introducción a Franco Ferrari y Francesca Ragno: «El foro de los contratos internacionales — Comentario al art. 5(1) del Reglamento Bruselas I»

El trabajo que aquí se introduce (una detallada exposición de una parte importante del régimen europeo de competencia judicial internacional en materia contractual) deja muy clara la idea de excepcionalidad del foro que introduce el art. 5(1) del Reglamento Bruselas I respecto del general del domicilio del demandado y pone de relieve la complejidad que anida tras dicho foro.

Joaquim J. Forner Delaygua
Catedrático de Derecho internacional privado de la Universitat de Barcelona

1. El trabajo de Franco Ferrari y Francesca Ragno sobre «El foro de los contratos internacionales — Comentario al art. 5(1) del Reglamento Bruselas I» que aquí se introduce constituye una detallada exposición de una parte importante del régimen europeo de competencia judicial internacional en materia contractual. Contiene un análisis minucioso del citado precepto, lo que incluye no solo la obligada referencia a su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino también una muy abundante referencia a la jurisprudencia de los tribunales nacionales que lo han aplicado[1].

2. El Reglamento Bruselas I en el que se encuentra el art. 5(1) comentado es el Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en vigor desde el 1 de marzo de 2002[2]. Es de aplicación en todos los estados miembros de la Unión Europea salvo en Dinamarca, que, de todas maneras, ha asumido su aplicación en virtud y en los términos del Acuerdo entre la entonces Comunidad Europea y Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Bruselas el 19 de octubre de 2005[3]. El régimen del art. 5(1) y del Reglamento Bruselas I, en general,

se halla también reproducido «en paralelo» en el Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007[4] (Lugano bis), celebrado entre la entonces Comunidad Europea, Dinamarca, Islandia, Noruega y Suiza, que ha ido entrando en vigor entre las partes contratantes desde 1 de enero de 2010. En virtud de este Convenio de Lugano bis, se extiende el régimen del Reglamento Bruselas I a otros estados no miembros de la Unión Europea (Islandia, Noruega y Suiza)[5].

El Reglamento Bruselas I tiene como antecedente el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, al que sustituye[6]. Así, el Reglamento Bruselas I operó la «comunitarización» del Convenio de Bruselas de 1968, una vez que la propia Comunidad Europea asumió competencia legislativa en materia de competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en virtud de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam de 2 octubre 1997[7]. Por lo que se refiere al art. 5(1) objeto de comentario, la pertinencia de mencionar estos antecedentes se encuentra en que, si bien el precepto ha sufrido importantes modificaciones en la versión actual del Reglamento Bruselas I respecto del Convenio de Bruselas de 1968[8], estas modificaciones consisten en introducir una regla especial para ciertos contratos de compraventa de mercancías y ciertos contratos de prestación de servicios, conservando la antigua regla para los casos no cubiertos por la regla especial. Por lo tanto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada en interpretación del art. 5(1) del Convenio de Bruselas, en virtud del Protocolo de Luxemburgo de 3 de junio de 1971, relativo a la interpretación de dicho Convenio por el Tribunal de Justicia, mantiene su plena vigencia, salvo en lo que respecta a la nueva regla especial.

3. Así pues, en el art. 5(1) Reglamento Bruselas I convive la vieja regla del Convenio de Bruselas de 1968, según evolucionó legislativa y jurisprudencialmente, con la nueva regla para ciertas categorías de contratos. Ahora bien, el conjunto de regla general/regla especial del art. 5(1) no es aplicable a todos los contratos: así, en materia de seguros, contratos celebrados por consumidores y tratados individuales de trabajo el Reglamento Bruselas I contiene reglas específicas distintas[9]. El art. 5(1) tampoco es la única regla aplicable a las categorías que contempla: además de la posibilidad de sumisión tácita por comparecencia sin impugnar la competencia del tribunal en principio no competente[10], el foro determinado por el art. 5(1) es alternativo, a elección de la parte demandante, al foro del domicilio del demandado[11], o puede ser alternativo o incluso quedar excluido por medio de un acuerdo de elección de foro a favor de tribunales de estados miembros[12]. Esta delimitación externa del ámbito de aplicación del art. 5(1) del Reglamento Bruselas I se detalla en el apartado 1 del trabajo aquí introducido. Dentro del ámbito del art. 5(1), el trabajo se ocupa de perfilar la materia contractual en el apartado 2. Tras ello, se ocupa de la regla general heredada del Convenio de Bruselas de 1968 en el apartado 3, que obliga a referirse a la identificación de la obligación que sirve de base a la demanda y la localización de su lugar de cumplimiento; en el apartado 4 se ocupa de la regla específica nueva del Reglamento Bruselas I, a cuya crítica reserva el apartado 5. Finalmente, en el apartado 6 se aborda un aspecto específico de la delimitación entre la regla general y la regla específica nueva.

4. A pesar de que las partes pueden desactivarlo mediante un acuerdo exclusivo de elección de foro y a pesar de que es un criterio siempre alternativo del domicilio del demandado, el foro del art. 5(1) debe su importancia práctica a que constituye un foro de ataque. Es decir, es un foro que en la mayoría de las ocasiones brindará al demandante la posibilidad de demandar ante sus propios tribunales, invirtiendo así el resultado al que se llega en aplicación de la regla más general, dentro y fuera del ámbito contractual, del Reglamento Bruselas I: la que da competencia a los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado[13]. Por consiguiente, se enfrentan el interés del demandado en litigar ante los tribunales de su domicilio y el interés del demandante en evitarlo y litigar, a poder ser, ante sus propios tribunales. Esto explica que el art. 5(1) sea un foco de litigiosidad y que sea abundante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que lo interpreta, así como la jurisprudencia nacional, que lo interpreta bajo las directrices del Tribunal de Justicia y lo aplica.

El trabajo que aquí se introduce explica muy bien cuáles son las claves interpretativas que permiten anticipar si va a prevalecer el interés del demandado o el del demandante. Por consiguiente, queda muy clara la idea de excepcionalidad del foro del art. 5(1) respecto del general del domicilio del demandado. Además, se pone muy bien de relieve la complejidad que anida tras el foro del art. 5(1), que, según está demostrando la práctica, no ha quedado mitigada por la introducción de la regla especial. Esta regla para ciertos contratos de compraventa de mercancías y ciertos contratos de prestación de servicios ha venido a generar dos grupos adicionales de problemas, que se suman a los que presenta la regla general: uno es el de la delimitación entre los supuestos que caen bajo la regla general y los supuestos que caen bajo la regla específica; el otro deriva del enfoque muy factual que el Tribunal de Justicia está dando a la interpretación de la regla específica[14], lo que exige que el Tribunal de Justicia se pronuncie con frecuencia sobre cuestiones que han ido quedando abiertas en anteriores pronunciamientos[15]. Como se ha dicho, el trabajo dedica el apartado 5 a la crítica de la reforma en este punto.

> Si bien el art. 5(1) objeto de comentario ha sufrido importantes modificaciones en la versión actual del Reglamento Bruselas I respecto del Convenio de Bruselas de 1968, estas modificaciones consisten en introducir una regla especial para ciertos contratos de compraventa de mercancías y ciertos contratos de prestación de servicios, conservando la antigua regla para los casos no cubiertos por la regla especial

La interpretación del art. 5(1) del Reglamento Bruselas I ha requerido por ahora seis sentencias[16] y la última de ellas brinda un ejemplo de dicho enfoque factual, aplicado a los contratos de compraventa de mercancías, que es cuestión tratada en los apartados 5.3 y 5.4 del trabajo que se introduce: en la Sentencia de 25 de febrero de 2010, *Car Trim GMBH v. KeySafety Systems, Srl*[17], el Tribunal de Justicia interpretó que el lugar de entrega según el contrato no es el lugar de entrega al transportista por el vendedor, sino el lugar de destino final donde la mercancía quedará en poder del comprador, por ser esta respuesta la que corresponde mejor a la génesis, los objetivos y propósitos del Reglamento y a la necesidad de previsibilidad y de proximidad. Sin

embargo, el Tribunal de Justicia dejó muy abierta la cuestión acerca de si el uso de un Incoterm podía cumplir la función de designar el lugar de entrega según el contrato. La Sentencia de 9 de junio de 2011, *Electrosteel Europe SA v. Edil Centro SpA*[18], se pronuncia al respecto en un caso en el que, a diferencia del anterior, se había argumentado sobre el uso contractual de un Incoterm, en particular, «Ex Works»[19], diciendo que, «en caso de venta con expedición[20], el lugar en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías habrá de determinarse basándose en lo que disponga el propio contrato. A fin de comprobar si el lugar de entrega está determinado "según el contrato", el órgano jurisdiccional nacional que conozca del asunto debe tener en cuenta todos los términos y todas las cláusulas pertinentes de dicho contrato que designen de manera clara dicho lugar, incluidos los términos y cláusulas generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como los Incoterms (*international commercial terms*) elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, en su versión publicada en 2000. Si resulta imposible determinar sobre esta base el lugar de entrega, sin remitirse al Derecho sustantivo aplicable al contrato, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud de la cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa»[21]. Ahora bien, la Sentencia afina todavía más, indicando que «cuando el contrato controvertido contenga tales términos o cláusulas, puede resultar necesario examinar si estos constituyen estipulaciones que fijan únicamente las condiciones relativas al reparto de los riesgos vinculados al transporte de las mercancías o al reparto de los gastos entre las partes contratantes, o si designan también el lugar de entrega de las mercancías. Por lo que respecta al Incoterm "Ex Works", invocado en el marco del litigio principal, ha de señalarse que, como destacó la Abogado General en el punto 40 de sus conclusiones, dicha cláusula comprende no solo las disposiciones de los puntos A5 y B5, titulados "Transfer of risks", relativos a la transmisión del riesgo, y los puntos A6 y B6, titulados "Division of costs", que tratan el reparto de los gastos, sino también, de manera diferente, lo dispuesto en los puntos A4 y B4, titulados respectivamente "Delivery" y "Taking delivery", que se remiten al mismo lugar y permiten, por lo tanto, designar el lugar de entrega de las mercancías. Por el contrario, cuando las mercancías objeto del contrato únicamente transitan por el territorio de un Estado miembro que es un tercero respecto tanto del domicilio de las partes como del lugar de remisión o de destino de las mercancías, procede comprobar, en particular, si el lugar que figura en el contrato, situado en el territorio de tal Estado miembro, sirve únicamente para repartir los costes y los riesgos vinculados al transporte de las mercancías o bien si constituye también el lugar de entrega de éstas»[22] El litigio nacional que está en el origen de esta Sentencia de 9 de junio de 2011 se desarrollaba en Italia enfrentando a una demandante sociedad vendedora italiana y una demandada sociedad compradora francesa, que impugnaba la competencia del Tribunal italiano con arreglo al art. 5(1). Para ilustrar la inseguridad producida por el art. 5(1), baste indicar que, pocos meses antes, la Cour de Cassation francesa validó en la Sentencia de 22 de marzo de 2011 el criterio de instancias judiciales inferiores en otro caso franco-italiano, no considerando eficaz el Incoterm «Ex Works» usado por la sociedad vendedora italiana para concluir que los tribunales franceses a los que había acudido la demandante compradora francesa eran incompetentes.

La regla especial que se introduce para ciertos contratos de compraventa de mercancías y ciertos contratos de prestación de servicios ha venido a generar dos grupos adicionales de problemas, que se suman a los que presenta la regla general

5. La importancia práctica del art. 5(1) del Reglamento Bruselas I se pone de manifiesto también si se cae en la cuenta de que la posibilidad de huir de las incertidumbres y de la litigiosidad a que puede dar lugar a base de elegir el tribunal competente no existe siempre en la realidad. Aparte de supuestos en que las partes no puedan o no consideren oportuno llegar a un acuerdo, en muchas ocasiones la relación contractual no queda documentada más que con los documentos comerciales: pedido, factura, albarán de entrega[23]. Esto es tanto más probable que suceda cuanto más simple sea la relación contractual, que es precisamente el caso de los contratos de compraventa: son frecuentísimos los casos en que no se consulta ni se pide a un abogado la redacción de un contrato cuando se trata de compraventa de mercancías. Por consiguiente, como indicábamos en un trabajo sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en interpretación del art. 5(1) del Reglamento Bruselas I[24], dado el casuismo en que ha caído la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cobran gran importancia, por su relevancia a efectos de competencia judicial internacional, las cláusulas sobre el lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Por último, la importancia del art. 5(1) quedará espacialmente ampliada, indirectamente, si prospera en su formulación inicial la propuesta de reforma del Reglamento Bruselas I presentada por la Comisión[25], actualmente en proceso. Uno de los puntos más importantes de la reforma es la universalización del Reglamento Bruselas I, de manera que la aplicación de las normas unificadas de competencia judicial internacional no sea en ningún caso dependiente del domicilio del demandado en la Unión Europea[26]. Es decir, que el art. 5(1), cuya modificación no está prevista, se aplicará no solo en los casos actuales cuando el demandado tenga domicilio en la Unión Europea, sino también cuando no lo tenga, de manera que, en este caso, la regla ya no será especial respecto de la general del domicilio del demandado y desplazará cualquier otra regla de competencia del Derecho internacional privado de fuente nacional, como es en España el inciso correspondiente a las obligaciones contractuales del art. 22.3 de la LOPJ.

6. Para terminar esta introducción, destacaré finalmente que la extensión que requiere ocuparse de un único apartado de un único artículo del Reglamento Bruselas I es indicativo de la densidad del sistema europeo de competencia judicial internacional. Quede para otro lugar la discusión no nueva[27] acerca de si el sistema europeo constituye o no una buena herramienta para evitar la incertidumbre acerca del lugar donde ha de desarrollarse un litigio. Es decir, el debate acerca de si la uniformidad redunda verdaderamente en beneficio de los litigantes. Seguramente el camino no está tan allanado como sería deseable, a pesar de contar con reglas uniformes, pero, aun así, contrasta con la situación que se vive en el contexto de un sistema muy diferente del

europeo, como es el de los Estados Unidos. Mientras que en Europa parte de la dificultad radica en el uso de conceptos jurídico-materiales en las normas de competencia judicial internacional, la construcción estadounidense de las normas de competencia judicial internacional está hecha más directamente a partir de los contactos de los sujetos y de las situaciones jurídicas con el foro, que, a partir de definiciones jurídico-materiales (contratos, responsabilidad contractual, etc.), no ha podido suministrar un marco de certeza. Con fecha 27 de junio de 2011, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha dictado dos sentencias en materia de competencia judicial internacional[28] sobre las que se escribirá mucho, puesto que son las primeras en más de veinte años, desde que el Tribunal Supremo dictase, en 1990, sentencia en el asunto *Burham v. Superior Court of California*[29] validando la competencia judicial internacional (en ese caso, interfederal) del Tribunal californiano basada en la citación hecha en el territorio de la circunscripción del Tribunal al demandado meramente transeúnte y domiciliado en Nueva York[30]. En la Sentencia *Goodyear Dunlop Tires Operations SA et al. v. Brown*, el Tribunal fue unánime en considerar incompetentes a los tribunales de Carolina del Norte para juzgar a fabricantes no estadounidenses de neumáticos por razón del fallecimiento del hijo de los demandantes en un accidente de autocar en las afueras de París. En la Sentencia se descarta que los contactos de los demandados con los Estados Unidos fueran de la calidad e intensidad suficiente como para ser atraídos ante los tribunales de Carolina del Norte, en relación con hechos que no tenían ningún contacto significativo con los Estados Unidos (*general jurisdiction*), pero no se entró a considerar si la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, teniendo en cuenta la existencia de sociedades estadounidenses en el grupo Goodyear Dunlop, hubiese permitido resolver en otro sentido. La última ocasión en que se había debatido el alcance de la *general jurisdiction* ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se remonta a más de veinticinco años antes, con el caso *Helicopteros de Colombia v. Hall* (1984)[31].

En cambio, la Sentencia en el caso *McIntyre Machinery, Ltd v. Nicastro* registra una espectacular división entre los magistrados: la cuestión era si gozan de competencia judicial internacional los tribunales de Nueva Jersey para conocer de una demanda en responsabilidad por productos defectuosos interpuesta contra el fabricante británico por el lesionado por una máquina para cortar metal adquirida en Nueva Jersey. Mientras que seis de los nueve magistrados llegaron por distintas razones a la conclusión negativa, los tres restantes fueron del parecer radicalmente contrario e invocaron entre sus motivaciones el régimen vigente en la Unión Europea, donde, efectivamente, el art. 5(3) del Reglamento Bruselas I confiere competencia judicial internacional en materia delictual al tribunal del lugar donde se hubiese producido el hecho dañoso. Lo más llamativo es que, desde el precedente más inmediato de dicha Sentencia en el caso ambiguamente resuelto *Asahi Metal Industry Co. Ltd. v. Superior Court of California* (1987)[32], los tribunales estadounidenses se habían considerado competentes en supuestos análogos, basándose en el concepto *stream of commerce*, por lo que esta polémica Sentencia podría ser el punto de partida hacia una normativa que dotara a los Estados Unidos de un régimen uniforme equivalente al Reglamento Bruselas I.

(1) La jurisprudencia nacional se extrae de la base de datos de suscripción *UNALEX*, puesta en funcionamiento por la editorial IPR Verlag, accesible en *http://www.unalex.eu/*.

(2) *DO* L 12, de 16 de enero de 2001, y sucesivas correcciones de errores y modificaciones (A. Borrás [*et al.*], *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 20.ª ed., Madrid, Tecnos, 2010, pág. 133).

(3) *DO* L 299, de 16 de noviembre de 2005.

(4) *DO* L 399, de 21 de diciembre de 2007; *DO* L 147, de 10 de junio de 2009. El informe explicativo de dicho Convenio fue preparado por el profesor F. Pocar y publicado en el *DO* C 139/1, de 23 de diciembre de 2009.

(5) Las relaciones entre el Reglamento Bruselas I y el Convenio Lugano bis se regulan en el art. 64 de este último instrumento.

(6) Análogamente, el citado Convenio Lugano bis sustituye al Convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988, «paralelo» al de Bruselas de 1968 mencionado en el texto.

(7) El Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 introdujo a tal efecto el art. 65 y concordantes en el Tratado CE, actualmente, con sus modificaciones, art. 81 y concordantes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada, *DO* C 83, de 30 de marzo de 2010), tal como fue adoptado mediante el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (*BOE* de 27 de noviembre de 2009). La indicada «comunitarización» de la competencia legislativa en materia de competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales trajo consigo la competencia exclusiva de la Unión Europea (excluyente de la de los estados miembros, salvo el régimen especial de Irlanda, el Reino Unido y Dinamarca) para la celebración del Convenio Lugano bis (Dictamen del Tribunal de Justicia 1/03, de 7 de febrero de 2006; véase A. Borrás, «Competence of the Community to conclude the revised Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcementof judgments in civil and commercial matters. Opinion C–1/03 of 7 February 2006: Comments and immediate consequences», *Yearbook of Private International Law*, vol. 8, 2006, págs. 37 y ss.).

(8) Análogamente, Convenio Lugano bis respecto del Convenio de Lugano de 1988.

(9) Art. 8 a 21 del Reglamento Bruselas I.

(10) Art. 24 del Reglamento Bruselas I.

(11) Domicilio en un Estado miembro, determinado según los art. 59 y 60 del Reglamento Bruselas I. Naturalmente, el Reglamento Bruselas I solo puede conferir competencia judicial internacional a tribunales de estados miembros; además, la aplicación de la regla del art. 5(1) presupone el domicilio del demandado en un Estado miembro y lo que propicia es que el demandado pueda ser atraído ante tribunales de otro Estado miembro distinto al de su domicilio. Es decir, hoy por hoy (véase *infra* punto 5 de esta introducción), la operatividad de la regla uniforme del art. 5(1) viene limitada a los casos en que el demandado tenga domicilio en un Estado miembro. La referencia a un Estado miembro ha de adaptarse, según los casos, respecto de domiciliados en Dinamarca o estados parte de Lugano bis distintos de los estados miembros de la Unión Europea en virtud y en los términos de la extensión espacial del régimen de Bruselas por el citado acuerdo Unión Europea/Dinamarca y por el Convenio Lugano bis.

(12) Art. 23 del Reglamento Bruselas I. En tanto se elijan tribunales situados en estados miembros, el art. 23 no exige para su aplicación que el demandado esté domiciliado en un Estado miembro. Pero, si ni demandante ni demandado están domiciliados en estados miembros, el apartado 3 del art. 23 contiene un régimen específico no uniforme. Por lo tanto,

en la medida en que la aplicación del art. 5(1) requiere que el demandado tenga domicilio en un Estado miembro, el ámbito espacial de aplicación del art. 5(1) solo coincide en parte con el del art. 23.

(13) Artículos 2.1 y 3.1 del Reglamento Bruselas I. Es una regla general transversal a materias contractuales o no, pero no es una regla absoluta: hay reglas de competencia judicial internacional en el Reglamento Bruselas I que excluyen el criterio del domicilio del demandado, como, por ejemplo, las «competencias exclusivas» del art. 22, que no atienden al domicilio del demandado.

(14) Véase, en este sentido, un artículo reciente de un autor frecuentemente citado en el trabajo que se introduce: P. Franzina, «Struttura e funzionamento del foro europeo della materia contrattuale alla luce delle sentenze Car Trim e Wood Floor della corte di giustizia», *Riv. diritto internazionale privato e processuale*, 2010/3, págs. 655 y ss.

(15) Véase J. J. Forner y M. Torres, «Jurisdiction in international contracts: New article 5(1) of Brussels I and the ECJ», *International Company and Commercial Law Review*, 2011/2, págs. 42-49.

(16) La última, única que no aparece en el trabajo que se introduce, es la más abajo reseñada Sentencia de 9 de junio de 2011, *Electrosteel Europe SA v. Edil Centro SpA*.

(17) C-381/08.

(18) C-87/10.

(19) De hecho, se había usado la expresión en italiano «Resa: franco nostra sede» y el Tribunal de Justicia invita al Tribunal nacional a determinar si equivale al Incoterm «Ex Works».

(20) La traducción al castellano usa la expresión «por correspondencia», en lugar de la preferible «con expedición» usada en el texto.

(21) Parte dispositiva de la Sentencia de 9 de junio de 2011, *Electrosteel Europe SA v. Edil Centro SpA*.

(22) Parágrafos 23 y 24 de la Sentencia de 9 de junio de 2011, *Electrosteel Europe SA v. Edil Centro SpA*.

(23) En estos casos, la supuesta simplicidad de la solución consistente en elegir el foro de conformidad con el art. 23 del Reglamento Bruselas I puede tornarse en fuente de problemas adicionales. Esto puede suceder si una parte intenta prevalerse de la elección de tribunal que figure en sus condiciones generales de contratación impresas en sus documentos comerciales, ya que, en estos casos, es fácil que la discusión se traslade al terreno de si hubo consentimiento por ambas partes y si se respetaron las formalidades del apartado 1 de dicho art. 23, todo ello a favor de conferir eficacia al acuerdo, en derogación de otros foros.

(24) J. J. Forner y M. Torres, «Jurisdiction in international contracts: New article 5(1) of Brussels I and the ECJ», *International Company and Commercial Law Review*, 2011/2, págs. 48 y ss.

(25) COM(2010) 748.º final, de 14 de diciembre de 2010.

(26) Véase J. Weber, «Universal jurisdiction and Third Status in the Reform of Brussels I regulation», *Max Planck Private Law Research Paper*, n.º 11/7.

(27) C. G. J. Morse, «International Shoe v. Brussels and Lugano: Principles and pitfalls in the Law of Personal Jurisdiction», *UC Davis LR*, vol. 28, 1995, págs. 999-1025; Russell J. Weintraub, «A map out of the personal jurisdiction labyrinth», *UC Davis LR*, vol. 28, 1995, págs. 531-559.

(28) *Goodyear Dunlop Tires Operations SA et al. V. Brown* [564 US (2011)] y *McIntyre Machinery, Ltd v. Nicastro* [564 US (2011)].

(29) 495 US 604 (1990).

(30) Para destacar la diferencia, cabe señalar que en el asunto no tuvo ninguna relevancia el que el demandante lo fuera por alimentos y que reclamase en su propio foro, el californiano. En una situación de este tipo, tanto el Reglamento Bruselas I [art. 5(2)] como ahora el Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, sobre competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (*DO* L 7, de 10 de enero de 2009) [art. 3(*b*)] dan competencia a los tribunales del lugar de residencia habitual del acreedor, en atención a la naturaleza material de la obligación de alimentos.

(31) 466 US 408 (1984).

(32) 480 US 102 (1987).

El foro de los contratos internacionales

Comentario al artículo 5(1) del Reglamento Bruselas I

El artículo 5, apartado 1, es una de las disposiciones más importantes del sistema comunitario de atribución de competencia judicial, tanto por su relevancia práctica como por la intrínseca problemática que presenta. Nacido fundamentalmente para la disposición de foros jurisdiccionales alternativos y competentes, mediante el presente trabajo se analizan los supuestos de mayor interés.

Franco Ferrari
Catedrático de Derecho Internacional. Universidad de Verona y Universidad de Nueva York

Francesca Ragno
Investigadora de la Universidad de Verona

Artículo 5

Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro:

1) a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda;

b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será:

— cuando se tratare de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías;

— cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios;

c) cuando la letra b) no fuere aplicable, se aplicará la letra a).

1. Fórum *destinatae solutionis*

1.1. Ratio legis *e interpretación*

El artículo 5, apartado 1, es una de las disposiciones más importantes del sistema comunitario de atribución de la competencia judicial, tanto por su relevancia práctica como por la intrínseca problemática que presenta. Su introducción se debe a la exigencia, advertida por el Legislador comunitario, así como por los redactores del Convenio de Bruselas, de «completar» el criterio del foro del domicilio del demandado por medio de la previsión de foros alternativos, admitidos «a causa del estrecho nexo existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia»[1].

El criterio de competencia judicial especial[2] en materia de contratos, cuando sea aplicable y conduzca a un resultado[3], tiene un carácter opcional (en el sentido de que el demandante puede decidir si ejercitarlo) [4] y concurrente (en el sentido de que no excluye[5] el foro general establecido por el artículo 2[6] ni el criterio previsto por el artículo 6, apartado 2, del Reglamento y del Convenio de Bruselas)[7]. Sin embargo, ese criterio tiene que ceder ante los criterios de competencia imperativos (como, por ejemplo, el relativo a los contratos celebrados por consumidores a los que se aplica el artículo 15 del Reglamento de Bruselas)[8], así como ante los criterios de competencia judicial relativos a foros exclusivos[9], como es el caso del foro prorrogado[10].

En el sistema diseñado por el Reglamento Bruselas I, ha quedado incólume la primacía del domicilio del demandado como criterio de competencia al carácter excepcional y taxativo de los foros alternativos

Se estima que el título de competencia judicial previsto por el artículo 5, apartado 1, del Reglamento responde a un objetivo de proximidad y que es funcional a exigencias de economía y eficiencia procesal[11], y se considera justificado (de modo bastante apodíctico[12], especialmente si se tiene en cuenta el papel que se reconoce a la autonomía privada)[13] por la estrecha correlación entre la controversia y el órgano jurisdiccional llamado a conocerla[14].

Al «comunitarizar» el Convenio de Bruselas, la concepción original del foro del contrato ha sido parcialmente remodelada. Efectivamente, el Legislador europeo, por un lado, ha vuelto a proponer, en general, el conocido criterio de conexión según el cual la competencia se otorga, sin más especificaciones, al tribunal del lugar en el que «hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda» (artículo 5, apartado 1, letra *a*); por otro lado, sin embargo, ha otorgado a dicho criterio valor residual, elaborando un régimen especial para los dos tipos de contratos más comunes[15], esto es, los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios (artículo 5, apartado 1, letra *b*).

La parcial continuidad que puede rastrearse entre el criterio de conexión competencial configurado en materia contractual en el Reglamento Bruselas I y en el Convenio de Bruselas tiene muchas implicaciones desde el punto de vista de la interpretación. La necesidad de garantizar una interpretación uniforme del Reglamento Bruselas I y del Convenio de Bruselas (que deriva del considerando n.º 19 al Reglamento Bruselas I)[16] requiere, de hecho, que los intérpretes atribuyan a las normas transpuestas sin modificaciones[17] un alcance idéntico al que se otorga a las respectivas disposiciones del Convenio.[18] De lo dicho deriva que mantengan su actualidad los pronunciamientos del Tribunal de Justicia respecto del artículo 5, apartado 1, del Convenio de Bruselas, en cuanto a las disposiciones no reformadas por el Legislador europeo[19].

Lo mismo vale para aquel enfoque metodológico trazado por la jurisprudencia europea a la luz del contenido derogatorio del criterio de conexión aquí estudiado, respecto al principio general del *forum rei*[20]. Debido a que en el sistema diseñado por el Reglamento Bruselas I ha quedado incólume la primacía del domicilio del demandado como criterio de competencia[21] al carácter excepcional y taxativo de los foros alternativos[22] y al objetivo de previsibilidad y seguridad jurídica que se persigue por medio de los títulos de competencia judicial establecidos[23], hay que concluir que el enfoque restrictivo adoptado por el Tribunal de Justicia en la reconstrucción del supuesto de hecho previsto por la norma en orden a no ampliar su ámbito[24] también debe caracterizar la tarea de los intérpretes cuando se trate de la aplicación del artículo 5, apartado 1, del Reglamento Bruselas I[25].

1.2. Funciones y límites de operatividad de la norma

El artículo 5, apartado 1, apartándose del criterio general del *forum rei* (que se establece, como se ha dicho, para conseguir el equilibrio entre los derechos de defensa del demandado y la eficiencia de la administración de justicia)[26], permite demandar a un sujeto domiciliado en un Estado miembro ante el tribunal de otro Estado miembro, cuando quepa hallar en este último el *locus destinatae solutionis*[27]. Sin embargo, la norma en estudio no permite que la parte demandada denuncie la falta de competencia del tribunal del foro del demandado solamente porque no coincide con el foro competente según el artículo 5, apartado 1[28].

Nótese que esta norma no solo establece la competencia judicial internacional de los tribunales de un país, sino que, al mismo tiempo, determina, como ya acontecía bajo la vigencia del Convenio de Bruselas[29], dentro del mismo país, el tribunal territorialmente competente[30]. La competencia especial establecida en este artículo tiene, por lo tanto, valor facultativo, ya que puede ser activada a discreción del demandante[31], y es (como ya se ha comentado) concurrente[32], ya que no impide al demandante radicar el pleito con base en el criterio general del *forum rei*, que permanece, en todo caso, abstractamente activable. Sin embargo, el artículo 5, apartado 1, no es operativo cuando el asunto, a pesar de tener naturaleza contractual, haya sido sometido por las partes a arbitraje[33] o esté sujeto a un régimen de competencia judicial contenido en convenios internacionales especiales,[34] que prevalecen sobre el Reglamento Bruselas I, en virtud de su artículo 71; véanse, por ejemplo, el artículo 31, número 1, del CMR (Convenio sobre el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, celebrado el 19 de mayo de 1956)[35]; el artículo 33, apartado 1, del Convenio de Montreal (Convenio para la unificación de algunas reglas relativas al transporte aéreo internacional, firmado en Montreal el 28 de mayo de 1999)[36], o incluso el artículo 28 del Convenio de Varsovia (Convenio para la unificación de algunas reglas relativas al transporte aéreo internacional, firmado en

Varsovia el 12 de octubre de 1929, con sucesivas modificaciones)[37].

Como se mencionó anteriormente, el artículo 5, apartado 1, no se aplica si rigen títulos de competencia judicial imperativos (y tuitivos) o exclusivos[38], tales como los relativos a seguros (artículos 8-14), consumo (artículos 15-17) o asuntos laborales (artículos 18-20)[39], así como los supuestos regulados en el artículo 22[40] o caracterizados por una prórroga de la competencia *ex* artículo 23[41] o por una aceptación tácita de la misma *ex* artículo 24[42]. Para estos casos, resulta necesaria una correcta determinación del alcance de las competencias imperativas o exclusivas con el fin de evaluar la efectiva posibilidad de reconducir el asunto a su ámbito.

1.3. *La competencia del Juez*

Para que la competencia del tribunal quede fijada de conformidad con el título competencial en examen, es necesario que las circunstancias concluyentes y pertinentes[43] aportadas por la parte interesada[44] y no desmentidas por las pruebas incorporadas a la causa[45] permitan al Juez considerar que se dan los presupuestos de operatividad del criterio de conexión competencial[46], aunque no haya sido invocado por el demandante[47]. Para ello, parece que basta con que el demandante afirme de modo convincente que el asunto concierne a la materia contractual[48].

Una vez establecida su competencia internacional con arreglo a los criterios del artículo 5, apartado 1, el tribunal deberá entrar a analizar el fondo del asunto. Se excluye radicalmente la posibilidad de que decline su competencia por razones de conveniencia o de oportunidad no solo por el título de jurisdicción en cuestión[49], sino por todos los criterios establecidos en el marco del Reglamento Bruselas I (y, antes de esto, en el Convenio de Bruselas)[50]; es evidente, de hecho, que si se admitiera la entrada en el sistema europeo de atribución de competencia de teorías como la del *forum non conveniens* ello redundaría en perjuicio de la aplicación uniforme del Derecho europeo, de los principios de previsibilidad y seguridad jurídica, en menoscabo de la protección jurídica de los sujetos residentes en la Comunidad[51].

1.4. *Ámbito de aplicación* ratione personae *y la cláusula de Luxemburgo*

La operatividad del artículo 5, apartado 1, del Reglamento Bruselas I depende de si el demandado está domiciliado en un Estado miembro[52]; en este caso, no tienen ninguna relevancia ni el domicilio del demandante ni la nacionalidad de las partes[53]. Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la identificación del Juez competente vendrá determinada por los regímenes nacionales sobre competencia internacional, en virtud del artículo 4, apartado 1, del Reglamento Bruselas I.

Para que la disposición en cuestión se aplique, es necesario que el asunto se presente ante un tribunal de un Estado «diferente» de aquel en el que esté domiciliado el demandado; en ausencia de este presupuesto (pero siempre que el conflicto tenga carácter internacional, puesto que, en otro caso, no se aplicaría el Reglamento)[54], en general, será relevante el criterio establecido en el artículo 2 y la competencia territorial deberá establecerse según el Derecho nacional.

> Si en el sistema europeo se admitiera la entrada de teorías como la del *forum non conveniens,* se iría en perjuicio de la aplicación uniforme del Derecho europeo, de los principios de previsibilidad y de seguridad jurídica y en menoscabo de la protección jurídica de los sujetos residentes en la Comunidad

En términos de aplicación *ratione personae* del artículo 5, apartado 1, hay que señalar la especificidad del Reglamento. El Legislador europeo, en línea de continuidad con las normas contenidas en el artículo 1, apartado 1, del Protocolo del Convenio de Bruselas[55], concedió un especial privilegio a las personas domiciliadas o con sede en Luxemburgo, a través de la cláusula de Luxemburgo[56]. Cuando estos sujetos han sido demandados ante un tribunal de otro Estado miembro con arreglo al artículo 5, apartado 1, han podido alegar, por un período de seis años tras de la entrada en vigor del Reglamento (es decir, hasta el 1 de marzo de 2008), que el tribunal carecía de competencia «cuando el lugar final de entrega de la mercancía o del servicio estuviere situado en Luxemburgo» (artículo 63, apartados 1 y 4)[57]. Según una orientación jurisdiccional (emanada al amparo de dicho Protocolo), la cláusula de Luxemburgo regía siempre que se diesen sus condiciones de aplicación, y ello con independencia de que la incompetencia del Juez hubiese sido denunciada o no[58]. Sin embargo, la cláusula no se aplicaba en el caso que una sociedad tuviese su sede en Luxemburgo pero operase, de hecho, en otro Estado miembro, manteniendo en Luxemburgo solo un buzón para recibir el correo[59].

Cuando el *locus destinatae solutionis* relevante en tema de competencia judicial coincide (por ejemplo, por mutuo acuerdo) con el domicilio de una de las dos partes, se presenta el problema de los efectos de un cambio de domicilio acaecido con posterioridad a la celebración del contrato. La exigencia de seguridad y previsibilidad del fuero ya indicada[60] induce a excluir que dicho cambio produzca efectos en orden a la identificación del tribunal del contrato.

2. Materia contractual

2.1. *Definición de contrato*

La primera cuestión que plantea el artículo 5, apartado 1 (y, con anterioridad, el artículo 5, apartado 1, del Convenio de Bruselas), se refiere a la definición de su ámbito de aplicación *ratione materiae*. De hecho, la posibilidad de que la competencia sea atribuida al tribunal del contrato depende de que la controversia tenga como objeto una «materia contractual». La clasificación de un conflicto como «contractual» coloca al intérprete ante el dilema de tener que optar entre una interpretación «nacional» y otra «autónoma». Sin duda, la heterogeneidad de los sistemas de Derecho privado de los Estados miembros no conduce a recurrir a la *lex causae* (por no hablar de la *lex fori*); el uso de las categorías nacionales, de hecho, solo llevaría a una aplicación desigual del título de jurisdicción en cuestión[61] y, en última instancia, socavaría los objetivos de seguridad jurídica y previsibilidad perseguidos por el Legislador europeo. No sorprende, en consecuencia, la propensión a una determinación amplia[62] que excluya el recurso a la legislación nacional aplicable[63], si bien reconociendo que esto puede llevar a una percepción diferente de la noción de

contrato según la perspectiva sea de carácter procesal o de fondo[64].

Esta tendencia ha sido la preferida por el Tribunal de Justicia[65] al interpretar el concepto homólogo contenido en el Convenio de Bruselas; esto asegura, según el Tribunal, la aplicación uniforme del texto en las distintas jurisdicciones[66]. En particular, cuando se ha solicitado al Tribunal del Justicia que valore si una determinada controversia es reconducible al ámbito contractual a los efectos del artículo 5, apartado 1, del Convenio de Bruselas, el Tribunal ha evaluado el sistema y los objetivos de la convención misma, identificando el criterio ordenador del ámbito de aplicación del criterio de competencia judicial en cuestión no en la celebración de un contrato[67], sino en la mera existencia de una obligación libremente asumida por una parte frente la otra[68].

En consonancia con este criterio «autónomo»[69], se han reconducido al ámbito contractual, por ejemplo, las demandas relativas a la relación de afiliación entre una asociación y sus miembros o a decisiones tomadas por el ente frente a sus miembros[70], así como las que giran en torno a los vínculos entre miembros de una sociedad o entre estos y la propia sociedad[71]; la relación entre una sociedad de responsabilidad limitada y el socio administrador[72]; las pretensiones relativas a la cancelación arbitraria de un acuerdo de agencia comercial independiente y el pago de comisiones debidas en virtud de dicho contrato[73], o la demanda presentada por un consumidor para recoger un premio prometido por correo por parte de una empresa de ventas a distancia independientemente de que vaya seguido de un pedido de bienes[74].

2.2. *Obligación jurídica libremente asumida*

La revalorización del concepto de «obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra», llevada a cabo por la jurisprudencia europea, permite, sin duda, excluir que la reciprocidad del vínculo obligatorio sea un requisito para la aplicación del título de jurisdicción comentado[75]. A la materia contractual se pueden reconducir los negocios con obligaciones a cargo de una sola parte o los negocios unilaterales[76], la donación[77], la carta de patrocinio[78], los contratos preparatorios o acuerdos de intenciones[79], el conocimiento de embarque[80] o también la asunción de una deuda o de una garantía[81], el reconocimiento de deuda[82], la promesa de una recompensa[83] o la promesa de pago[84] eventualmente formalizada en una letra de cambio[85] o en un cheque[86], incluso si en este supuesto es controvertida la calificación como contractual de la demanda del prestatario frente al sujeto que haya firmado el título valor[87]. También se incluye en el ámbito de aplicación *ratione materiae* de la disposición comentada el contrato que modifica un acuerdo previo[88].

> La revalorización del concepto de «obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra», llevada a cabo por la jurisprudencia europea, permite, sin duda, excluir que la reciprocidad del vínculo obligatorio sea un requisito para la aplicación del título de jurisdicción

Pasando ahora a la nota de voluntariedad perfilada por la jurisprudencia europea, es necesario señalar que este requisito no implica que las pretensiones deducidas ante el tribunal se basen necesariamente en una fuente convencional; simplemente se requiere que esas pretensiones surjan en el ámbito de (o en relación con) un vínculo jurídico espontáneamente asumido por una parte frente a otra[89]. Aplicando esta lógica, también las controversias que tienen como objeto obligaciones de fuente legal (por ejemplo, deberes de información)[90] derivados de un contrato libre y conscientemente celebrado pueden ser consideradas como «contractuales»[91]. Un sector jurisprudencial ha sostenido que, cuando una parte reclame una indemnización por daños resultantes de la interrupción de las negociaciones, concurren los requisitos *ratione materiae* del artículo 5, apartado 1, si las partes habían previamente celebrado un contrato preliminar, tratándose en este caso no de hacer valer la responsabilidad contractual, sino de una responsabilidad derivada de la violación del contrato preliminar[92].

Queda fuera de la materia contractual la demanda basada en la responsabilidad precontractual del demandado por violación de normas legales (en el caso enjuiciado, se trataba del artículo 1337 del Código civil italiano), en ausencia de cualquier compromiso libremente asumido por este contra el demandante[93].

2.3. *Contrato y obligaciones extracontractuales*

La interpretación amplia dada por el Tribunal de Justicia a la noción de *materia contractual* ha permitido a los jueces de Luxemburgo calificar, en términos residuales, como relativos al concepto de «delito o cuasi delito» los asuntos relativos a la responsabilidad de un demandado que no se puedan reconducir a la materia contractual del artículo 5, apartado 1[94].

Esto podría llevar a la conclusión de que siempre se puede reconducir al ámbito de aplicación del artículo 5, apartado 1, o del artículo 5, apartado 3, el amplio abanico de litigios que surgen en el ámbito obligatorio; en realidad, esta tesis ha sido negada por la misma jurisprudencia europea, que, circunscribiendo la competencia del *forum delicti* a las reclamaciones basadas en el hecho ilícito[95], ha confirmado la formación de una especie de «tripartición», *quoad iurisdictionis*, de las situaciones obligatorias *inter partes*[96]. En esta especie de *tertium genus*, cuya definición se remite, salvo que concurran razones de conexión *ex* artículo 6, a la competencia general del artículo 2, hay que colocar las controversias relativas a las obligaciones restitutorias no vinculadas a una relación contractual[97], las obligaciones derivadas de cuasi contratos, tales como la gestión de negocios ajenos[98] o el enriquecimiento sin causa[99], y, en general, las obligaciones *ex lege* no surgidas en conexión con una relación «contractual» (siempre y cuando no quepan en el ámbito de la responsabilidad aquiliana)[100].

Por supuesto, es abstractamente posible que las pretensiones del demandante de naturaleza contractual concurran con otras de naturaleza delictual (piénsese en la hipótesis en que se aleguen al mismo tiempo el incumplimiento contractual y la responsabilidad extracontractual); en estos casos, es imaginable que el tribunal del contrato también pueda juzgar los aspectos de naturaleza delictual cuando estos estén tan vinculados al contrato que atribuyan al elemento contractual un papel principal en la caracterización del asunto[101]. A falta de esta función principal, hay que sostener que compete al demandante elegir si acciona al amparo de la norma que comentamos o con base en el artículo 5, apartado 3[102]. Es

preciso tener en cuenta, sin embargo, que cuando el demandante interpone una demanda contractual y extracontractual a la vez, el tribunal competente sobre este último aspecto en virtud del artículo 5, apartado 3, no lo es para decidir sobre la pretensión contractual[103].

2.4. *Objeto de la demanda y mantenimiento del foro del contrato*

Una vez aclarado que el foro especial del artículo 5, apartado 1, del Reglamento Bruselas I se puede invocar en presencia de una obligación asumida libremente, con independencia de la celebración del contrato[104] (razón por la cual la disposición comentada se aplica también cuando se discuta o no esté clara la celebración del contrato[105] o falte el acuerdo sobre todos los elementos del contrato)[106], es importante señalar que la calificación del asunto, en presencia del presupuesto, no cambia dependiendo de si la demanda tiene por objeto la ejecución o interpretación del contrato, o si se refiere a las consecuencias de su incumplimiento[107] (como, por ejemplo, la falta de pago de una comisión)[108]; ello es coherente con la noción de *materia contractual* del artículo 12 del Reglamento Roma I (cuyo alcance no puede ser subestimado en la lógica de una interpretación convergente de ambos instrumentos comunitarios)[109] y cumple con los objetivos de previsibilidad perseguidos por el Legislador comunitario.

Por lo tanto, entran igualmente en el ámbito de los asuntos contractuales aquellos en que se discute sobre el cumplimiento, el incumplimiento o la rescisión de un contrato[110], así como las controversias en las que se persigue la resolución del vínculo obligatorio[111] o la indemnización por daños[112], en cuyos casos debe considerarse como lugar de cumplimiento del contrato el de la obligación incumplida[113]. Lo dicho respecto a la pretensión de resarcimiento por daños y perjuicios vale también respecto a la exigencia de pago de una penalización[114]. De ello se deduce, por ejemplo, que el lugar de ejecución del pago de una penalización por no celebrar un contrato debe ser el lugar donde el contrato tenía que haberse celebrado[115].

Cuando, por el contrario, el demandante reclama el pago de una suma no a título de indemnización, sino porque constituye una obligación principal, como en el caso de la indemnización por extinción de la relación, el lugar de ejecución relevante se determina de forma autónoma[116].

El criterio especial de competencia judicial en estudio, que se aplica incluso cuando la controversia en «materia contractual» se refiere a obligaciones secundarias o accesorias[117] (como, por ejemplo, la de respetar los términos contractuales establecidos para la notificación de resolución del contrato)[118], no requiere ni la existencia, ni la validez, ni la eficacia del contrato invocado ante el tribunal. Un enfoque diferente sería incompatible con las exigencias de armonía entre decisiones y de coherencia sistemática: en efecto, resultaría contradictorio admitir el recurso al foro especial del artículo 5, apartado 1, cuando el objetivo consista en el despliegue de la relación obligatoria, pero no en el caso en que se quiera alegar la inexistencia del vínculo negocial, su invalidez o su caducidad. Por lo tanto, deben considerarse independientemente reconducibles a la materia contractual las acciones de nulidad[119] o anulación del contrato[120] y las acciones de simulación[121], así como las acciones dirigidas a la destrucción del vínculo contractual, sin basarse en el incumplimiento (piénsese en la resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación del Derecho italiano)[122], o a la constatación de la inexistencia de un vínculo contractual[123], o de la inexistencia de defectos en los productos vendidos, o de la inexistencia[124] de un crédito[125].

> La puesta en cuestión del contrato no se opone a la atribución de competencia al tribunal. De hecho, según los jueces europeos, una solución diferente supondría un perjuicio para la operatividad del *forum destinatae solutionis*, exponiéndolo al albedrío de estrategias defensivas adoptadas por los demandados con el único propósito de evitar este criterio jurisdiccional

Es cierto que la disposición comentada, que identifica el criterio de conexión en el *locus solutionis* de una obligación específica, parece estar pensada para pretensiones dirigidas a obtener el cumplimiento de la relación obligatoria y no una declaración de inexistencia o disolución, pero es igualmente indudable, en todo caso, que también estas demandas implican, aun con el objetivo de contestar su validez, eficacia o existencia, la voluntaria asunción de un vínculo obligatorio[126]. En cuanto a las pretensiones de declaración de inexistencia del contrato, hay

que aclarar que, por lo que se refiere a las implicaciones en cuanto al mecanismo de la litispendencia, el tribunal deberá verificar de manera especialmente rigurosa el interés del demandante, que se manifiesta, por ejemplo, cuando aparezca claramente que las pretensiones del demandado se basan justamente en el contrato cuya existencia se niega[127].

Nada cambia, en cualquier caso, si se analiza el problema desde la perspectiva del mantenimiento del foro contractual frente a una contestación a la demanda que ponga en duda la existencia (o la eficacia) del contrato[128]. Sobre este asunto se ha pronunciado el Tribunal de Justicia, señalando que la puesta en cuestión del «contrato» no se opone a la atribución de competencia al tribunal determinado sobre la base del artículo 5, apartado 1, del Convenio de Bruselas; de hecho, según los jueces europeos, una solución diferente supondría un perjuicio para la operatividad del *forum destinatae solutionis*, exponiéndolo al albedrío de estrategias defensivas adoptadas por los demandados con el único propósito de evitar este criterio jurisdiccional[129].

Sigue siendo debatida en la jurisprudencia la calificación de las pretensiones restitutorias ejercitadas frente un contrato nulo o inexistente *ab initio*; mientras que algunas decisiones parecen correctamente asignarle naturaleza contractual[130], otras se muestran escépticas respecto a esta calificación[131].

2.5. *Aspectos subjetivos de la relación obligatoria e intervención de terceros*

No parece que sean exclusivamente las partes del originario vínculo contractual quienes pueden invocar la competencia del tribunal del *locus solutionis*, sino que se considera posible que la haga valer también el que subentra en la posición subjetiva de una parte[132] por efecto de un pacto al efecto (cesión del contrato, asunción de deuda o expromisión)[133] o *ex lege* (subrogación legal, sucesión por causa de muerte).

Es cierto que el Tribunal de Justicia ha negado que a quien subentra en la posición de un consumidor se le puedan aplicar las reglas de competencia judicial especial introducidas para protegerlo, pero hay que subrayar que esta interpretación restrictiva es, sin duda, consecuencia de la función tuitiva de este foro especial[134]. Esto, en sí mismo, es suficiente para evitar la aplicación de esta orientación con respecto al *forum destinatae solutionis*, que, lejos de tender a beneficiar a una determinada categoría de sujetos, ha sido concebido para dar valor a la proximidad entre el contrato y el Juez del lugar de su ejecución[135].

Si bien la jurisprudencia europea que se acaba de mencionar no puede ser considerada como un obstáculo a la tesis que se defiende, no podemos desconocer que el Tribunal de Justicia ha circunscrito de manera especialmente restrictiva la aplicabilidad del foro del contrato para quien se subrogue en la posición del acreedor, sin que el deudor haya prestado su consentimiento a una (por lo menos potencial) sustitución en el lado activo de la relación obligatoria; en una decisión relativamente reciente, de hecho, los jueces comunitarios han negado carácter contractual a la acción por la cual un fiador, que en virtud de un contrato de fianza celebrado con el agente expedidor ha pagado los derechos de aduana, reclama, subrogándose en los derechos de la administración aduanera y en vía de regreso, frente al propietario de las mercancías, cuando este último, que no es parte en el contrato de fianza, no ha autorizado la celebración de dicho contrato[136].

Distinto es el caso de las demandas de terceros que, aun siendo formalmente ajenos al contrato, tengan algún interés en su resultado. Cuando el tercero, aunque no sea parte del negocio, pueda ser considerado el destinatario de una obligación jurídica voluntariamente asumida por un sujeto frente a otro (piénsese, por ejemplo, en un contrato en favor de tercero), no parece que quepa duda sobre la posibilidad de alegar el título de jurisdicción *ratione materiae*[137]. En cambio, cuando el tercero no se encuentra en esta situación pero actúa para hacer cumplir (o para circunscribir) los efectos producidos por la relación obligatoria en su esfera personal, la calificación como contractual de la controversia no puede operar, debido a que, como ya se mencionó, «no pertenece a la materia contractual la controversia entre partes que no estén vinculadas por una obligación previamente asumida por una de ellas frente a la otra»[138].

2.6. *Ejemplos de aplicación*

Llegados a este punto, parece oportuno dar cuenta de algunos importantes (y, en ocasiones, ya apuntados) resultados alcanzados por la jurisprudencia en relación con lo comentado en los párrafos precedentes.

Cabe señalar, por ejemplo, que el envío no solicitado al domicilio de un consumidor de una carta en que se le designe como ganador de un premio por parte de un vendedor profesional, a su iniciativa y por los medios que escoja, constituye un compromiso «libremente asumido» y, por lo tanto, cae dentro de la «materia contractual». De hecho, una promesa de premio hecha en tales circunstancias, por un profesional que no ha indicado claramente la existencia de elementos de incertidumbre o ha empleado expresiones que induzcan al consumidor a un error que le lleve a celebrar un contrato por el que adquiera productos ofrecidos por el primero, podría razonablemente hacer creer al destinatario de la carta que se le habría entregado un premio en el caso en que hubiese restituido el «bono de pago» adjuntado[139].

Hay que señalar también que la competencia para pronunciarse sobre una demanda para obtener el pago de un cheque, que constituye una promesa de pago, debe ser determinada aplicando la disposición estudiada, ya que cabe en la «materia contractual»[140]. La demanda del portador contra el banco que (por falta de fondos del librador) haya rechazado el pago solicitado por el tenedor del cheque no constituye, por el contrario, una demanda en «materia contractual»[141].

Entra también en el ámbito de aplicación de la disposición en estudio, porque se trata, precisamente, de «materia contractual», el acto de revocación de la donación por ingratitud[142].

La acción por daños y perjuicios resultantes de la mala gestión del portafolio del demandante se refiere a la «materia contractual», lo que impone al tribunal aplicar esta disposición para pronunciarse sobre su propia jurisdicción[143].

También el acuerdo en virtud del cual una sociedad anónima atribuye poderes para administrar la empresa a otra empresa constituye «materia contractual», de conformidad con el artículo 5, apartado 1, del Reglamento Bruselas I[144].

Encaja en la «materia contractual» incluso la demanda dirigida a la formalización de la adquisición de un determinado número

de acciones a través de una sentencia que sustituya los actos debidos y no ejecutados; especialmente, la transferencia de acciones tras la opción de recompra (supuestamente) ejercida por el demandante en virtud de un contrato celebrado entre demandante y demandado, no fundándose la demanda en las relaciones societarias, sino en las obligaciones contractuales asumidas con base en un contrato autónomo respecto al contrato de sociedad: esto significa que no puede ser tratada como una obligación entre socios, sino como una obligación contractual, con la consecuente aplicabilidad de la disposición comentada[145].

El acuerdo en virtud del cual una empresa se compromete a distribuir en un determinado territorio los bienes recibidos por la otra parte entra sin duda en la «materia contractual»[146]. Sin embargo, no constituye acción en «materia contractual» la acción por daños y perjuicios resultante de la interrupción de las relaciones comerciales, cuando las partes no estaban contractualmente obligadas a mantener estas relaciones[147]; por ejemplo, en virtud de un contrato marco[148]. Tampoco la reclamación de indemnización por daños resultante de la falta de celebración de un contrato es una cuestión «contractual»[149].

La existencia de obligación jurídica libremente asumida es requisito necesario para determinar si la materia podrá o no ser considerada contractual

No hay obligación jurídica libremente asumida (y, por lo tanto, no estamos ante «materia contractual») cuando la obligación jurídica es el resultado de la transferencia de los activos del difunto a sus sucesores[150].

Tampoco las cuestiones que puedan surgir en lo que respecta a la relación entre las empresas dentro de un grupo de hecho no encajan en la «materia contractual», al no haber entre ellas una obligación jurídica libremente asumida[151].

Falta también una obligación jurídica libremente asumida (y, por lo tanto, no confluyen en la materia contractual) en la acción revocatoria y en la acción de simulación interpuesta por un tercero[152], en las demandas de un acreedor de una empresa que pertenece a un grupo frente al *holding*[153], en las pretensiones de terceros fundadas en contratos con efectos frente a ellos[154], en las pretensiones promovidas por el usuario final[155] o por un subadquirente de un producto defectuoso frente al productor-vendedor[156] o en las acciones promovidas sobre la base de un conocimiento de embarque por el destinatario de las mercancías (o por su asegurador, subrogado en sus derechos por haberle indemnizado) no frente al emisor, sino frente al transportista marítimo efectivo[157]. Según la jurisprudencia, la acción del administrador concursal de una sociedad comanditaria simple contra un socio comanditario en relación con la cuota por este no devuelta constituye una acción en «materia contractual»[158], mientras que la acción del administrador concursal de una sociedad dirigida a obtener el reembolso de una cantidad prestada no entra en la «materia contractual»[159].

La acción de reclamación de una suma de dinero cobrada por el demandado en nombre propio pero por cuenta del demandante no entra en la «materia contractual» cuando el demandado ha aceptado cobrar el crédito sin asumir obligación jurídica alguna, sino únicamente para hacer un favor a un pariente[160]. En cambio, si el demandado hubiese intervenido como mandatario, la acción entraría en la «materia contractual»[161]. Como ya se ha mencionado anteriormente, debe negarse carácter contractual a la acción por la cual un garante que, en virtud de un contrato de fianza celebrado con el cargador, haya pagado los derechos de aduana, pida a los tribunales el cumplimiento, subrogándose en los derechos de la administración de aduanas, en vía de regreso, frente al propietario de las mercancías importadas, cuando este último, que no es parte en el contrato de fianza, no haya autorizado la conclusión de dicho contrato[162].

Incluso en las obligaciones derivadas de la gestión de negocios ajenos debe negarse el carácter contractual, como se mencionó anteriormente, por lo que hay que excluir la posibilidad de aplicar el artículo 5, apartado 1, del Reglamento Bruselas I[163].

Según la jurisprudencia, hay que negar naturaleza contractual también a la acción interpuesta por el usuario directamente contra el proveedor de una cosa cuyo uso ha sido concedido al usuario por una sociedad de *leasing* en virtud de un contrato de *leasing* celebrado con esta[164].

3. El criterio de conexión del artículo 5, apartado 1, letra a)

3.1. Identificación de la obligación deducida en juicio

A la vista de lo que llevamos explicado y de las numerosas intervenciones del Tribunal de Justicia mencionadas, resulta evidente la dificultad de delimitar los contornos del concepto *materia contractual*. La tarea de los intérpretes está, pues, lejos de haber terminado. Si el contrato no encaja en los dos tipos contractuales (contrato de compraventa de mercaderías y contrato de prestación de servicios) expresamente mencionados en el artículo 5, apartado 1, letra *b*)[165], o si no existieran criterios de jurisdicción especial previstos para esos dos tipos contractuales[166], el tribunal, al comprobar la competencia internacional, en primer lugar tendrá que identificar la obligación relevante a efectos jurisdiccionales. Esta operación todavía no se ha llevado a cabo por el llamado *método analítico* propuesto por el Tribunal de Justicia en relación con el artículo 5, apartado 1, del Convenio de Bruselas[167], de modo que no se otorgue relevancia a una cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato o a la obligación que constituye el núcleo de la relación contractual[168], sino a la obligación «que sirve de base a la acción judicial», o sea, «la que corresponde a la norma sobre la que se fundamenta la acción del demandante»[169]. Como afirmó el Tribunal de Justicia[170], la identificación (que tiene que llevarse a cabo a la luz de la *lex causae*)[171] de la obligación, funcional al arraigo de la competencia en materia contractual, es independiente de que se actúe para conseguir el cumplimiento judicial de la obligación, que se hagan valer las consecuencias de su incumplimiento (piénsese en una acción de resolución)[172] o que se accione para lograr el cumplimiento de una prestación que la *lex causae* cualifica como «sustitutiva»[173] de la obligación original (como el resarcimiento por daños[174] o el pago de una penalidad[175] o de una indemnización)[176]. La obligación relevante es la que el demandado hubiera tenido que (correctamente) cumplir[177], es decir, la obligación principal[178]. Sin embargo, no siempre es fácil reconducir el *petitum* a una obligación específica; así ocurre, por ejemplo, con las demandas fundadas en el contrato

en su totalidad, tales como las acciones para la declaración de nulidad o anulación o dirigidas a determinar la existencia o no del vínculo negocial[179]. En estos casos, la jurisprudencia (aunque algunos autores han considerado insuperables los problemas de identificación de la obligación alegada ante el tribunal excluyendo la operatividad del mismo título de jurisdicción establecido para la materia contractual) ha seguido una doble dirección: en algunos casos, se ha considerado apropiado atribuir relevancia a la obligación de la que el demandante quería liberarse[180]; en otros, se decidió dar relevancia a la obligación característica del contrato[181].

La problemática del método analítico se manifiesta, desde otro punto de vista, cuando se deduce una pluralidad de obligaciones que tengan que ser ejecutadas en diferentes Estados; en tal escenario, el criterio apuntado podría conducir a una proliferación de foros competentes, lo que no se adecuaría a los objetivos perseguidos por el Reglamento Bruselas I. El Tribunal de Justicia, ya consciente de los problemas detectados en relación con el Convenio de Bruselas, ha reducido el riesgo, asignando a los intérpretes la tarea de identificar la obligación relevante a fines de competencia judicial con la obligación calificable, respecto de las otras, como la principal (*accessorium sequitur principale*)[182], y estableciendo, por lo tanto, la *vis attractiva* del foro del lugar de ejecución de la obligación principal, por ser el primero al que se sometieron las partes[183]. Acerca de los criterios que deben adoptarse en la tarea (no siempre fácil) de identificar la obligación principal, las posturas resultan bastante heterogéneas. Una parte de los que se han ocupado de esta cuestión (partiendo de que no es apropiado sobrevalorar la estructura típica del vínculo contractual en que se basa la demanda) sugiere prestar especial atención a la concreta composición de intereses de las partes, tal como cristalizó en el acuerdo negocial[184]. Otro sector doctrinal, y también parte de la jurisprudencia, por el contrario, prefiere simplemente identificar la obligación principal con la obligación que caracteriza el contrato[185], si bien el Tribunal de Justicia, al interpretar el artículo 5, apartado 1, del Convenio de Bruselas, no ha ampliado la aplicación del criterio de la prestación característica del contrato[186] más allá de los estrechos límites de la legislación laboral[187]. De hecho, un pasaje de una sentencia del Tribunal de Justicia[188] parece demostrar una tendencia de los tribunales europeos favorable al recurso a la *lex causae* también en relación con la identificación de la obligación principal[189].

La dispersión de los foros competentes solo podrá ser evitada, en opinión de la Corte, a través de la interposición de la demanda ante el tribunal del domicilio del demandado. A la misma solución ha llegado la jurisprudencia nacional

Si los jueces no pueden establecer una relación de subordinación entre las diferentes obligaciones deducidas en juicio, como ocurrirá, por ejemplo, en el caso de obligaciones equivalentes a ejecutar en Estados distintos (siempre y cuando haya que identificar el *locus solutionis* de las obligaciones, según la *lex causae*, en Estados diferentes), el Juez del lugar de cumplimiento de una obligación no será competente, como aclaró el Tribunal de Justicia, para conocer la demanda en su totalidad, debido a la imposibilidad de aplicar el ya recordado criterio *accessorium sequitur principale*[190]. En un escenario como el esbozado, la dispersión de los foros competentes solo podrá ser evitada, en opinión de la Corte, a través de la interposición de la demanda ante el tribunal del domicilio del demandado[191]; la jurisprudencia nacional ha adoptado esta misma solución al pronunciarse sobre el artículo 5, apartado 1, letra *a*), cuando la única obligación deducida en juicio (y pendiente de cumplimiento) pueda ser cumplida, a elección del deudor, en varios Estados miembros[192].

3.2. *Localización de la obligación deducida en juicio*

Vista la problemática relativa a la identificación de la obligación objeto de la demanda, es preciso centrarse en el siguiente escollo con que se enfrenta el intérprete a la hora de determinar la propia competencia judicial en virtud del artículo 5, apartado 1, letra *a*), del Reglamento Bruselas I, o sea, la identificación del lugar de cumplimiento de la obligación.

El Tribunal de Justicia, en relación con el homólogo criterio de conexión del artículo 5, apartado 1, del Convenio de Bruselas, ha proporcionado aclaraciones oportunas que siguen siendo relevantes[193], al menos para los contratos no incluidos en la categoría de la compraventa de mercaderías (o que se incluyan, pero que escapen por otras razones del alcance de la norma especial prevista para este tipo de contratos)[194] o de la prestación de servicios, para los que está previsto, por el mismo texto, un lugar de ejecución autónomo. Según la mencionada jurisprudencia, la labor de localización no debe realizarse de modo autónomo, sino a la luz de la ley aplicable a la relación jurídica controvertida, tal como haya quedado individualizada, o a través de las normas de Derecho internacional privado del tribunal[195] o mediante la aplicación de un instrumento de derecho material uniforme, como, por ejemplo, el Convenio de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías o los Convenios de La Haya de 1964[196]. Esta solución resultaba obligada para los jueces comunitarios, puesto que las diferencias en la legislación de los países europeos en materia contractual eran percibidas como un obstáculo insuperable para una definición autónoma del *locus destinatae solutionis*[197] y era, a su vez, una solución oportuna, habida cuenta de la ventaja en términos de economía procesal, arraigar el litigio en el lugar de ejecución de la obligación controvertida, de conformidad con la legislación aplicable[198].

El Tribunal de Justicia, además, ha tenido ocasión de señalar que, cuando exista un pacto sobre el *locus solutionis* (válido conforme a la *lege causae*), la localización de la obligación contractual tendría que efectuarse con base en los acuerdos entre las partes[199]. Este amplio reconocimiento del papel desempeñado por la autonomía privada en función del arraigo de la competencia judicial internacional con base en el criterio del *forum destinatae solutionis*, con el tiempo, ha ido presentando unos contornos más difuminados, sobre todo porque se ha tomado conciencia de los posibles abusos que el recurso a la autonomía de la voluntad podría esconder. El hecho de que la eficacia de tales acuerdos, a pesar de su impacto indirecto en la competencia judicial, fuese independiente del cumplimiento de los requisitos de forma establecidos para los acuerdos de prórroga de la competencia judicial, según el artículo 17 del Convenio de Bruselas (actualmente, artículo 23 del Reglamento Bruselas I), quedando remitida a la legislación nacional aplicable al contrato[200], exponía al riesgo de que los

pactos sobre el *locus solutionis* fuesen en realidad meramente instrumentales para eludir las normas convencionales relativas a los acuerdos sobre la competencia[201]. El Tribunal de Justicia, si bien reafirmando en línea de principio la admisibilidad de las determinaciones negociales relativas al *locus solutionis*, decidió negar, a los efectos del artículo 5, apartado 1, del Convenio de Bruselas, la eficacia de acuerdos «abstractos» sobre el lugar de ejecución, es decir, de acuerdos que, estableciendo un lugar de cumplimiento sin ninguna conexión real con el objeto del contrato y en que las obligaciones derivadas del mismo contrato no habrían podido cumplirse sobre la base de las cláusulas en aquel contenidas, estaban destinados únicamente a predeterminar el foro[202]. Los argumentos y, por lo tanto, las decisiones mencionadas siguen vigentes también en relación con el artículo 5, apartado 1, letra *a*), del Reglamento Bruselas I: solo si la estipulación (que también puede ser implícita)[203] sobre el *locus solutionis* no puede considerarse abstracta[204], sino que presenta un vínculo efectivo con la realidad del contrato[205], el intérprete llamado a aplicar el artículo 5, apartado 1, letra *a*), tendrá que identificar el lugar de cumplimiento de la obligación en cuestión a la luz de las indicaciones pactadas[206], independientemente del cumplimiento de las formas previstas por el artículo 23 del Reglamento Bruselas I (o su predecesor, el artículo 17 del Convenio de Bruselas)[207]. Así, por ejemplo, el acuerdo entre el paciente y el hospital sobre el pago en efectivo de los gastos de hospitalización en el centro médico equivale a un acuerdo sobre el *locus solutionis* que debe ser considerado válido, incluso sin la concurrencia de los requisitos de forma establecidos por el artículo 23 del Reglamento Bruselas I[208]. Del mismo modo, cuando las partes hayan insertado por mutuo acuerdo en la carta de porte un lugar como lugar de entrega de las mercancías, ese lugar debe ser considerado como «lugar de cumplimiento», según el artículo 5, apartado 1[209].

En cualquier caso, hay que señalar que el acuerdo sobre el *locus solutionis*, así como el acuerdo regulado por el artículo 23, requiere una voluntad común de las partes[210] que no se puede considerar existente por el solo hecho, por ejemplo, de que el deudor cumpla la obligación pecuniaria en la sede del acreedor, aunque el derecho aplicable prevea el principio según el cual el lugar de ejecución de la obligación es generalmente el domicilio del deudor[211] o que se hayan facilitado los datos bancarios del acreedor[212]. Esto no significa, sin embargo, que el acuerdo de las partes siempre deba estar formalizado en el contrato[213], ni que, en el supuesto de que exista, siempre deba permitir identificar el *locus solutionis*[214] en el momento del acuerdo mismo. Por lo tanto, el artículo comentado parece permitir que las partes se pongan de acuerdo sobre la identificación (llevada a cabo por una sola de las partes) del *locus solutionis* después de la celebración del contrato[215].

A falta de pactos eficaces sobre el *locus solutionis* [relevantes, a pesar de que el Legislador comunitario, de modo criticable, solo se refiera a la autonomía privada en el artículo 5, apartado 1, letra *b*)][216], la localización de la obligación controvertida a los efectos del artículo 5, apartado 1, letra *a*), del Reglamento Bruselas I [o sea, en los casos en que no haya que recurrir a los criterios establecidos *ex* artículo 5, apartado 1, letra *b*), para los dos tipos contractuales más comunes[217], el contrato de compraventa de mercaderías y el contrato de prestación de servicios], debe llevarse a cabo de conformidad con la línea interpretativa indicada por los jueces comunitarios, a través del llamado *método conflictual*[218], y esto aunque tal solución, por analogía con lo que se ha argumentado en relación con el Convenio de Bruselas, lleve a la aplicación de normas sustantivas uniformes.

La adopción de dicho método no siempre permite identificar un único lugar de cumplimiento; esto ocurre, por ejemplo, cuando se deducen en juicio obligaciones negativas (como las de exclusiva y no competencia) que no tengan limitación geográfica[219] y que pueden localizarse, de conformidad con el derecho aplicable, en cualquier parte del mundo[220]. En tal escenario, de acuerdo con las enseñanzas del Tribunal de Justicia, el título de competencia judicial en cuestión no sería aplicable, o al menos no en el caso en que la obligación de no hacer haya sido asumida en relación con territorios estatales distintos[221]; su operatividad, de hecho, permitiría sin distinción radicar la causa en las varias jurisdicciones de los Estados miembros, con las consecuencias imaginables en términos de dispersión de los foros y de facilitación de la práctica del *forum shopping*[222].

3.3. *Puntos críticos del método conflictual*

La adhesión del Tribunal de Justicia al criterio de la *lex causae* en lo que respecta al Convenio de Bruselas ha sido muy bien acogida por algunos[223], pero también ha merecido ataques tan violentos[224] que algunos autores han llegado incluso a proponer la abolición del propio foro del contrato[225].

Se detectó que la solución conflictual presentaba muchas limitaciones. En primer lugar, se señalaba que la adopción del método conflictual ponía de manifiesto la existencia del problema de una correcta y rápida identificación de la ley reguladora de la obligación enjuiciada. La referencia a la *lex causae*, se decía, resulta de difícil aplicación, ya que supone, para su concreta operatividad, que primero se resuelvan cuestiones de Derecho internacional privado especialmente complejas, y, por otro lado, obliga a que, en una fase como la de la determinación de la competencia judicial, obliga en muchos casos a juzgar el fondo del asunto[226]. Sin embargo, el defecto más grave que se atribuía a la solución preferida por el Tribunal de Justicia era su inidoneidad para brindar uniformad y coherencia a la identificación del *forum destinatae solutionis*[227]. La remisión a las normas de conflicto del foro, se hacía notar, implicaba ontológicamente el riesgo de una distinta localización de la obligación según el órgano jurisdiccional llamado a decidir. Tampoco la previsión del Convenio de Roma había resultado decisiva, en este sentido; dicho Convenio había uniformado el Derecho internacional privado de los contratos en los países europeos, pero su entrada en vigor no parecía *ipso iure* dar garantías en cuanto a la identificación homogénea del régimen aplicable a un mismo caso por los diferentes tribunales nacionales llamados a responder a la cuestión de Derecho internacional privado. Lo obstaculizaba el hecho de que el Convenio de Roma, cuando no se pueda encontrar en el contrato una *electio legis*, permitía con amplitud el juego de criterios flexibles y elásticos, como el relativo al vínculo más estrecho. La pluralidad de factores que podían ser considerados relevantes por los distintos jueces en aras de determinar el vínculo más estrecho del contrato se resolvía, desde este punto de vista, en una potencial amenaza para la coherencia y la previsibilidad del *forum destinatae solutionis*[228]. Incluso la convención según la cual tal relación existe con el país donde

reside (o tiene su domicilio social o su administración central), en el momento de la celebración del contrato, el sujeto que debe realizar la prestación característica (artículo 4, apartado 2), no ha sido especialmente respetada a los efectos de la competencia judicial; se hacía notar que su aplicación, efectivamente, ayuda a garantizar una identificación homogénea de la legislación aplicable, pero que puede también activar un mecanismo perverso[229]. De hecho, dado que, en virtud de la presunción contemplada en el artículo 4, apartado 2, se identificaba la *lex contractus* con la ley del país donde reside (o tiene su domicilio social o su administración central) la parte obligada a realizar la prestación característica (que suele identificarse con la no monetaria), la interacción entre el Convenio de Bruselas y el Convenio de Roma determinaba una situación en la que el obligado característico con domicilio o sede en un Estado donde la obligación dineraria se considere *portable* (como, por ejemplo, Austria[230], Dinamarca, Grecia[231], Inglaterra[232], Italia[233], los Países Bajos o Suiza)[234] podía demandar ante los jueces de su Estado, mientras que no podía hacer lo mismo el obligado característico con domicilio o sede en un Estado donde la obligación dineraria era considerada *quérable* (como en Bélgica[235], Francia[236], Alemania[237], Luxemburgo[238] y España). Esto, para algunos, introducía una desigualdad inaceptable de trato entre sujetos que se encontraban en la misma condición[239].

Desde otra perspectiva, además, se señaló que no siempre el criterio de la *lex causae* determinaba el reconocimiento de la competencia judicial al tribunal que contaba con una conexión especialmente estrecha con el conflicto[240]; esto se consideraba incompatible con los propósitos y el espíritu del Convenio de Bruselas, que había tomado como base del foro contractual facultativo previsto por el artículo 5, apartado 1, justamente la relación de proximidad entre el conflicto y el Juez llamado a juzgar sobre él[241].

3.4. *Interacción con el Convenio de Viena*

Para algunos, tampoco la posible operatividad de normas sustantivas uniformes solucionaba las distorsiones señaladas. Por lo que atañe a contratos de compraventa internacional de mercaderías, se hacía hincapié en que la interacción del artículo 5, apartado 1, del Convenio de Bruselas y el artículo 57 CISG (por ejemplo, cuando la obligación alegada en juicio fuese dineraria) introducía en el sistema europeo de atribución de la competencia internacional un censurable *forum actoris et venditoris*[242] que no siempre estaba en consonancia con la deseada proximidad del Juez al conflicto[243], pues, a menudo, el conflicto que induce al comprador a abstenerse del pago es reconducible al defecto de las mercancías objeto de la venta.

> El *locus solutionis* identificado por la *lex causae* constituye normalmente el lugar de conexión más inmediato entre conflicto y tribunal competente y representa la base que llevó a los redactores del Convenio a elegir ese foro en materia contractual

La combinación de esta situación con el sistema de litispendencia y de la conexión delineada por el Convenio de Bruselas, según algunos autores, no solo promovió el llamado *forum shopping*, sino que facilitaba un fenómeno más peligroso, esto es, el llamado *forum running*[244].

A pesar de las presiones recibidas (incluso por los abogados generales) para sustituir su interpretación por una definición autónoma del lugar de cumplimiento[245], el Tribunal de Justicia ha reiterado su adhesión al criterio de la *lex causae*[246] en relación con el artículo 5, apartado 1, del Convenio de Bruselas. Insistiendo una vez más en el dato según el cual el *locus solutionis* identificado por la *lex causae* constituye normalmente el lugar de conexión más inmediato entre conflicto y tribunal competente (además de que representa la base que llevó a los redactores del Convenio a elegir ese foro en materia contractual), el Tribunal de Justicia ha afirmado la importancia del método conflictual, incluso cuando determine un arraigo de la competencia judicial en un foro no suficientemente próximo al conflicto[247]. Una opción diferente, por otra parte, según el Tribunal de Justicia, obligaría al Juez a examinar, para el juicio sobre su propia competencia judicial, el fondo de la cuestión, a fin de comprobar la intensidad de su vínculo con el conflicto, de manera que los objetivos de previsibilidad y de seguridad perseguidos por el Convenio se verían inevitablemente comprometidos[248].

4. El «nuevo» criterio de conexión del artículo 5, apartado 1, letra b)

4.1. *Criterio autónomo de competencia judicial*

Al «comunitarizar» el Convenio de Bruselas, el Legislador europeo ha decidido responder a las fuertes críticas vertidas contra el *forum destinatae solutionis*, tal como lo concibe el sistema convencional, reservando el valor del método analítico y conflictual[249] a los contratos que no entren en las categorías de la compraventa de mercaderías y la prestación de servicios. Para los contratos más comunes en la práctica internacional[250], en cambio, se ha introducido un criterio de competencia judicial autónomo[251] destinado a facilitar la tarea de los jueces llamados a verificar su propia competencia, evitando la carga de identificar la obligación deducida en juicio y la tarea de recurrir al derecho aplicable a fin de proceder a la ubicación de la misma[252]. En particular, para los contratos de compraventa de mercaderías, el lugar de cumplimiento relevante a fines de competencia judicial ha sido identificado con el lugar (y solo con el lugar)[253] en que las mercancías han sido o deberían haber sido entregadas, en virtud del contrato; para los contratos de prestación de servicios, sin embargo, el lugar de cumplimiento relevante es aquel en que los servicios han sido o deberían haber sido prestados, según lo previsto en el contrato.

La intervención del Legislador se ha concretado en dos direcciones. Por un lado, con una *fictio legis*[254], a fin de concentrar en un único foro la competencia judicial con respecto a todas las reclamaciones fundadas en el contrato[255], incluidas, por supuesto, las basadas en las obligaciones accesorias (como las garantías)[256]; se ha tomado como única obligación relevante a los efectos de la competencia judicial la obligación característica del contrato (o sea, el deber de entrega de los bienes con respecto a los contratos de venta de mercaderías y la obligación de ejecución de servicios en los contratos de prestación de servicios)[257]. Por otro lado, se ha dado una definición pragmática del lugar de cumplimiento a fines procesales, desvinculada de la *lex causae*[258] y fundada en un criterio puramente factual[259] al que la jurisprudencia ya se ha referido[260].

Para que se pueda emplear el criterio autónomo regulado por el artículo 5, apartado 1, letra *b*), deben concurrir ciertas condiciones: la primera, negativa, tiene que ver con que no haya un pacto entre los contratantes sobre el *locus solutionis*; la segunda, declarable *ex ante*, por así decirlo, tiene que ver con la aplicabilidad *ratione materiae* de dicha norma y se relaciona con la subsumibilidad del contrato objeto del conflicto en la categoría de los negocios «de compraventa de mercaderías» y en el «contrato con objeto una prestación de servicios»; la tercera, verificable solo después de haber confiado en la abstracta operatividad del criterio de conexión (*ex post*), tiene que ver con la necesaria «ubicación» del *locus solutionis* en un Estado miembro.

> La importancia del criterio de conexión regulado por el artículo 5, apartado 1, letra b), queda expresamente limitada por el eventual «pacto en contrario». No obstante, el valor de la autonomía de las partes ha sido objeto de distintas valoraciones

4.2. *Pacto sobre el* locus solutionis

La importancia del criterio de conexión regulado por el artículo 5, apartado 1, letra *b*), queda expresamente limitada por el eventual «pacto en contrario»[261]. El valor de la autonomía de las partes así afirmada ha sido objeto de distintas valoraciones; de la ambigua[262] revalorización de eventuales pactos sobre el *locus solutionis* se ha deducido la posibilidad de que las partes puedan, también para contratos tipificados, reactivar negocialmente la aplicación del criterio recogido en el artículo 5, apartado 1, letra *a*)[263]. Algunos comentaristas, a partir de la primacía de la autonomía privada que la letra de la norma ampara, han opinado que la referencia a los acuerdos negociales de los contratantes es indicativo del carácter supletorio de la regla de competencia judicial[264] y debe ser entendida como una especie de revalorización *ope legis* de los acuerdos existentes sobre el lugar de cumplimiento de la obligación controvertida o de todas las obligaciones derivadas del contrato[265]. De acuerdo con este enfoque, cuando el acuerdo sobre el *locus solutionis* no respete los requisitos de forma establecidos en el artículo 23 pero presente alguna conexión con la realidad del contrato[266], será el lugar designado de común acuerdo lo relevante a efectos de competencia judicial, lo que ya pasaba bajo el Convenio de Bruselas, debiéndose circunscribir el efecto de concentración de la competencia judicial en el lugar de cumplimiento de la obligación característica a la sola hipótesis en que no se encuentren indicaciones negociales sobre el *locus solutionis*[267]. Dado lo difícil que resulta cohonestar estas reconstrucciones con la *ratio* reformadora que animó al Legislador comunitario en la remodelación (parcial) del foro del contrato, se han propuesto, además, interpretaciones dirigidas a una «reducción teleológica» de la normativa. Por un lado, se ha precisado que solo habría que reconocer valor paralizador del artículo 5, apartado 1, letra *b*), a los acuerdos dirigidos a determinar (como ya se ha mencionado, de manera no abstracta)[268] unitariamente el lugar de cumplimiento de todas las obligaciones derivadas del contrato[269]; por otro lado, se ha considerado que la referencia a la autonomía privada por parte del Legislador europeo es una mera reafirmación de la posibilidad que tienen las partes de indicar (dentro de los confines establecidos por el Tribunal de Justicia en el citado asunto Les Gravières Rhénanes) el lugar de cumplimiento del deber de entrega y de prestación de servicios[270]. Frente a tantas construcciones diversas, un aspecto en que puede hallarse una cierta convergencia se refiere a la necesidad de evaluar al amparo de la *lex causae*, como ya ocurría en el ámbito del Convenio de Bruselas[271], la validez y eficacia de los pactos en tema de *locus solutionis*[272].

4.3. *Contrato de compraventa de mercaderías*

El primero de los contratos tipificados por el Legislador europeo es la «compraventa de mercaderías». Debido a la ausencia de indicaciones normativas y de una explícita interpretación adoptada por el Tribunal de Justicia sobre el significado del término *compraventa* de mercaderías, se plantea la cuestión de definir sus contornos. Partiendo de la preferencia por una interpretación autónoma[273] frente a una interpretación realizada a la luz de la *lex causae*[274] (ya que es tendencialmente más idónea para promover la consecución de la uniformidad de aplicación en diferentes jurisdicciones estatales), una orientación jurisprudencial ha propuesto emplear con fines hermenéu-

ticos el concepto *compraventa* de mercaderías que se deduce de la Convención de Viena[275]. De acuerdo con una parte de la jurisprudencia citada[276], esta vía sería legítima, a efectos de interpretación sistemática, por dos razones principales. En primer lugar, la naturaleza de derecho sustantivo de la Convención no sería un obstáculo para su uso como auxilio para la interpretación de una disposición con contenido de Derecho internacional procesal, ya que el concepto controvertido es también de derecho sustantivo; en segundo lugar, el enorme éxito de la Convención de las Naciones Unidas[277], su carácter paradigmático y la idoneidad para servir como un modelo[278] que el régimen convencional ha evidenciado respecto a la Directiva 1999/44/CE, sobre la venta de bienes de consumo, ofrecen garantías, por un lado, sobre su difusión en casi todos los ordenamientos nacionales (constituyen una excepción el Reino Unido y Portugal), y, por otro, en cuanto a su penetración en el tejido comunitario[279]. De acuerdo con el concepto *compraventa* de la Convención de Viena[280], esta jurisprudencia identifica el carácter preeminente de este negocio en el hecho de que el vendedor se obliga a entregar los bienes y a transferir la propiedad, mientras que el comprador se obliga a pagar el precio y a aceptar la entrega de las mercaderías[281]. Sin embargo, no alcanzan resultados demasiado distintos los intérpretes que desconfían del empleo de un instrumento de derecho material a la hora de dar una interpretación autónoma a conceptos con relevancia meramente procesal[282]; por ello, abogan por una reconstrucción del concepto *compraventa* centrado en la importancia del lugar de entrega en cuanto proyección territorial de la relación contractual[283].

Al igual que ocurre respecto a la compraventa de mercaderías, el Legislador europeo no dio ninguna definición del concepto prestación de servicios, lo que requiere que el intérprete lleve a cabo una lectura amplia y autónoma basada, en general, en un criterio factual

A la luz del concepto *compraventa* antes señalado y a raíz del valor central del momento del intercambio en el negocio contemplado en la regla en examen, deben ser lógicamente excluidos del ámbito de aplicación *ratione materiae* del artículo 5, apartado 1, letra *b*), primer inciso, los contratos de permuta[284], los contratos de *leasing* (por lo menos, hasta que no haya sido otorgada al usuario la opción de rescate)[285] y los contratos de donación (con la excepción de los llamados *negotia mixta cum donatione*)[286], pero no los contratos de suministro[287] o los contratos estimatorios[288]. Los contratos de distribución demandan una argumentación más compleja[289]. Estos contratos, en cuanto contratos marco[290], se dirigen más a la organización de la distribución que a la transferencia de bienes y, por tanto, no parece que encajen en el concepto *compraventa* antes adoptado[291]; por el contrario, los concretos contratos de compraventa que constituyen el instrumento de ejecución del acuerdo de distribución pueden, sin duda, ser incluidos en la tipología negocial tipificada por el Legislador comunitario[292].

No es óbice, por sí mismo, para la clasificación de un contrato como «compraventa» en los términos antes citados, el hecho de que en el contrato haya sido acordada la ejecución por parte del vendedor de actividades suplementarias respecto a la entrega de la cosa (como la instalación de las cosas vendidas y/o la asistencia para su funcionamiento)[293]; solo una preponderancia de la prestación de *facere* respecto a la prestación de *dare* debe, según la jurisprudencia, llevar a excluir la aplicabilidad de lo previsto en el artículo 5, apartado 1, letra *b*)[294], de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2, de la CISG[295].

Tampoco el hecho de que el vendedor se haya obligado a la producción o a la fabricación de productos constituye, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, apartado 4, de la Directiva 1999/44/CE[296], así como en el artículo 3, apartado 1, de la CISG y en el artículo 6, apartado 2, del Convenio de las Naciones Unidas, de 14 de junio de 1974, relativo a la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías[297], un factor capaz de excluir el carácter de compraventa del contrato y que lleve *de plano* a reconducir el supuesto hacia los negocios que tienen por objeto la prestación de servicios *ex* artículo 5, apartado 1, letra *b*), segundo inciso. Para que esto se produzca, no es imprescindible que la prestación de obra tenga carácter preponderante respecto a la entrega de bienes[298], sino que aquella constituya la obligación característica del contrato[299]. De ello es indicio el hecho de que el vendedor responda solo de la correcta ejecución según las instrucciones eventualmente recibidas del adquirente, y no de la calidad ni de la conformidad al contrato de las cosas producidas[300] o, también, el hecho de que el comitente haya ofrecido (o se haya comprometido a facilitar) al contratista todo o la mayoría del material usado en la fabricación de la mercancía[301].

Nótese, sin embargo, que cuando el contrato de compraventa tenga como objeto cosas que deban ser montadas o preparadas por parte del vendedor en la sede del comprador, el lugar de cumplimiento de la obligación del vendedor no se identifica con el de la entrega de los bienes, sino con el lugar en que estos son instalados o preparados para su funcionamiento[302].

Para que el criterio de conexión del artículo 5, apartado 1, letra *b*), entre en juego no basta que el contrato sea una compraventa, sino que se requiere, además, que el negocio tenga como objeto «bienes». A pesar de la vaga definición en italiano, las versiones en francés y en inglés del Reglamento Bruselas I (*vente de merchandises* y *sale of goods*) muestran claramente la proximidad con el lenguaje utilizado en la citada Convención de Viena. Sentada la necesidad de proceder también con respecto a la noción de *bien* a una interpretación autónoma, cabrá acudir con fines orientativos, desde una perspectiva sistemática, a las normas de las Naciones Unidas[303], lo que conduce a la conclusión de que, también a los fines del artículo 5, apartado 1, letra *b*), primer inciso, se pueden clasificar como «bienes» los objetos que (en el momento en que la entrega[304] debía tener lugar) son móviles y tangibles, con independencia de la consistencia física (piénsese en la energía o en el gas)[305], de su carácter animado[306] o de su carácter novedoso[307].

Tendrán que excluirse del ámbito del artículo 5, apartado 1, letra *b*), los contratos de compraventa que tengan por objeto bienes calificables de modo autónomo[308] como «inmuebles» o «inmateriales»; así, las patentes industriales, marcas o nombres comerciales; el *know-how*; los créditos; los *hardwares*[309] y los *softwares*[310], al menos cuando se hagan en serie[311], y los valores y las cuotas de empresas[312].

La referencia al Convenio de Viena se hace, por supuesto, *cum grano salis*; hay

que excluir, por lo tanto, que el especial elenco de bienes sustraídos del alcance de la normativa convencional *ex* artículo 2 del Convenio de Viena pueda considerarse *tout court* relevante a los fines del artículo 5, apartado 1, letra *b*)[313]; no existe, por ejemplo, ninguna razón para excluir del ámbito de aplicación del título de competencia judicial comentado las compraventas que tengan por objeto buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves[314].

4.4. Contrato de prestación de servicios

Al igual que ocurre respecto a la compraventa de mercaderías, el Legislador europeo no dio ninguna definición del concepto *prestación de servicios*. Esto, lejos de permitir al intérprete una reconstrucción de la figura realizada a través de «lentes» nacionales o de la *lex causae*[315], requiere que el intérprete lleve a cabo una lectura amplia[316] y autónoma[317] basada, en general, en un criterio factual[318].

En la lógica de una interpretación realizada al margen de las categorías internas, resultaron especialmente útiles las directivas de la Unión Europea sobre el IVA y el artículo 50 del Tratado CE[319], que considera *servicio*, en términos muy amplios, cualquier servicio prestado a cambio de una remuneración, siempre que no esté ya regulado por las disposiciones sobre la libre circulación de mercancías, capitales y personas[320]. Sin embargo, recientemente, el Tribunal de Justicia ha suavizado el valor de la referencia al derecho primario y a las directivas sobre el IVA para la interpretación del criterio de conexión que comentamos. En una relevante decisión, de hecho, el Tribunal europeo, llamado a tomar partido en cuanto a la posibilidad de reconducir a la categoría de los contratos de prestación de servicios al negocio por medio del cual un sujeto concede a otro el derecho de explotar un derecho de propiedad intelectual del que es titular, a cambio de una remuneración, ha puesto de manifiesto las peculiares *rationes* que subyacen al significado amplio del concepto *servicios* recogido en el Tratado CE (y, recientemente, acogido por la Directiva 2006/123/CE de la Unión Europea) y de las directivas comunitarias en materia de IVA; por un lado, el deseo de extender el ámbito del Tratado al mayor número posible de actividades económicas; por el otro, las necesidades planteadas en la delimitación de las operaciones imponibles en la Comunidad como una categoría residual respecto a la «cesión de bienes»[321].

En cambio, según el Tribunal de Justicia, ninguna razón justificada impondría tal ampliación del concepto *servicios* a la hora de interpretar el artículo 5, apartado 1, letra *b*), segundo inciso[322], sobre todo porque la imposibilidad de reconducir el negocio al ámbito del contrato tipificado no excluiría la posibilidad de activar el *forum solutionis ex* artículo 5, apartado 1, letra *c*)[323]. La identificación de una prestación como servicio, según los jueces europeos, implica, por lo menos, que el prestador desarrolle (o se comprometa a desarrollar) una determinada actividad a cambio de una remuneración. Este presupuesto falta de forma inequívoca en el caso en que el «supuesto proveedor» se limite a transferir a otros (por ejemplo, a través de un contrato de licencia)[324] el derecho a explotar la propiedad intelectual de la que es titular[325], y lo mismo se puede entender si el «supuesto proveedor» se limita a proporcionar una cantidad de dinero con fines de financiación, lo que sucede, por ejemplo, en caso de mutuo[326] o en el caso en que el «supuesto proveedor» se presente como *franchisor*[327].

> Dado que en la mayoría de los casos el comprador o el destinatario del servicio no paga porque no le satisface la calidad de la mercadería o del servicio, el Juez más adecuado para conocer el conflicto parece ser justamente el del lugar de la entrega de los bienes y el de la prestación de los servicios

Por el contrario, parece que pueden entrar en la categoría de los contratos de servicios, especialmente a la luz de la posición adoptada por el Tribunal de Justicia, los negocios (por supuesto, que no sean contratos de trabajo, contratos de seguro o contratos con consumidores, para los que se prevén criterios de competencia judicial prevalentes)[328] que tengan como objeto una actividad, como los contratos de corretaje y los contratos de agencia comercial[329], o la consecución de un resultado, como los contratos de construcción[330] o de obra[331]. Entran también en la categoría establecida por el Legislador europeo los contratos que tienen como objeto la prestación de intermediación[332], como los contratos de mediación de comercio[333] o asesoramiento profesional[334], como la del abogado[335] o la promoción de la imagen de una sociedad[336] y el mandato[337]. Lo mismo cabe afirmar para el contrato de hospitalización, celebrado entre un hospital y sus pacientes[338], siempre que prevalezcan los servicios típicamente ofrecidos por un hospital respecto a otros servicios que eventualmente se hayan prestado[339]. También el contrato mediante el que una parte no se obliga solo a ofrecer el uso de una habitación, sino que también ofrece otros servicios, debe ser considerado un contrato de prestación de servicios[340].

El contrato por el cual una parte se compromete a cuidar de los animales de la otra parte es un contrato de prestación de servicios en el sentido de la disposición comentada[341].

A pesar de una jurisprudencia en sentido contrario[342], se deben considerar contratos de prestación de servicios también los contratos de transporte.

4.5. Determinación del lugar de cumplimiento en caso de aplicabilidad del artículo 5, apartado 1, letra a)

En los casos en que los contratos objeto de la controversia no pertenezcan a la categoría de los regulados autónomamente por la disposición comentada, deben aplicarse, como ya se ha mencionado, los principios ya establecidos bajo la vigencia del Convenio de Bruselas[343]. Por lo tanto, debe identificarse primero la obligación «que sirve de base a una acción legal» o «la que corresponde al derecho sobre el que se basa la demanda»[344], en aras de determinar, a continuación, la ley aplicable a esta obligación, o a través del Derecho internacional privado del foro[345] o por medio del derecho uniforme[346].

En relación con el contrato de cesión de derechos de explotación de la propiedad intelectual (que no está sujeto a un criterio de competencia judicial autónomo), se deduce, por ejemplo, que el lugar de cumplimiento de la obligación de pagar los derechos de autor depende de la legislación aplicable, tal como se define en las normas del Derecho internacional privado del foro, que, si pueden reconducirse al Convenio de Roma, conllevan (en ausencia de una válida elección del derecho aplicable) a la aplica-

ción del derecho del sujeto que cede el derecho de propiedad intelectual[347].

Asimismo, con respecto a los conflictos derivados de un contrato de distribución que, como ya se ha comentado, no es un contrato de compraventa en el sentido del artículo 5, apartado 1, letra *b*)[348], es necesario individualizar, en primer lugar, la obligación que sirve de base a la acción legal, para determinar a continuación el derecho aplicable a la misma. En el supuesto de que las normas de Derecho internacional privado del foro tuvieran que ser las establecidas por el Convenio de Roma, en ausencia de una elección válida, sería aplicable el derecho de la parte distribuidora[349]. Este resultado se alcanza también con la aplicación del Reglamento n.º 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), cuyo artículo 4, apartado 1, letra *f*), señala expresamente que «el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual». Cabe señalar que, dado que el contrato de distribución no se configura como un contrato de compraventa, ni siquiera al amparo del Convenio de Viena[350], este último no tendrá relevancia alguna en aras de determinar la competencia judicial *ex* artículo 5, apartado 1, letra *a*), para los contratos de distribución.

Dadas las características específicas del transporte aéreo, el Tribunal de Justicia ha establecido la posibilidad para el demandante de presentar la demanda en el lugar de partida o de llegada del avión, en cuanto lugares que presentan la necesaria estrecha conexión con el contrato

Como se ha mencionado con anterioridad, incluso la promesa de pago de una ganancia constituye un contrato en el sentido de la disposición comentada[351]; no se le aplican, sin embargo, los criterios de competencia judicial autónoma establecidos en el artículo 5, apartado 1, letra *b*), por lo que se debe aplicar, incluso en relación con el citado «contrato», el Derecho internacional privado del foro para determinar si el tribunal es competente[352].

Por otra parte, visto que también los conflictos relativos a relaciones entre socios de un consorcio inmobiliario, aun teniendo naturaleza contractual en virtud del artículo 5, apartado 1, no se refieren a uno de los dos tipos contractuales para los que la disposición excluye el recurso al método conflictual, la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación enjuiciada vendrá dada, una vez más, por la normativa a la que conduzca el Derecho internacional privado del foro[353]. Cuando haya que encontrar las normas de Derecho internacional privado del foro en el Convenio de Roma, en ausencia de una válida elección del derecho aplicable, también habrá que acudir al artículo 4 de este Convenio.

Tampoco el contrato por el cual un sujeto se obliga no solo a custodiar los bienes de la otra parte, sino también a enviarlos a sus clientes finales, entra en la categoría de los contratos en los que hay un criterio autónomo de competencia judicial; la competencia judicial del tribunal se deberá evaluar a la luz de los principios establecidos por la jurisprudencia en De Bloos y Tessili[354].

Como ya se ha comentado, también los conflictos relativos a una carta de patrocinio tienen como objeto la «materia contractual». Sin embargo, dado que la carta de patrocinio no constituye ni una compraventa ni un contrato de prestación de servicios, para poder evaluar la competencia judicial del tribunal al que se ha sometido el asunto, hará falta identificar el derecho aplicable a la concreta obligación que se deduzca en juicio a través de las normas de Derecho internacional privado del foro. Cuando estas sean las establecidas por el Convenio de Roma, los tribunales estarán obligados a tener en cuenta la elección de la ley aplicable que, en su caso, contenga la misma carta de patrocinio[355].

5. Posible problemática del criterio factual

5.1. *Críticas a la reforma*

La innovación introducida ha generado juicios opuestos. Por un lado, se ha apreciado que el nuevo régimen, mediante la definición legal de la obligación relevante bajo el prisma de la competencia judicial y la identificación autónoma del *locus traditionis*, de hecho, libera al Tribunal nacional de las dificultades conexas a la aplicación de las reglas De Bloos y Tessili[356]. La especial centralidad atribuida a la obligación de entrega y a la prestación de servicios, en particular, ha sido considerada especialmente oportuna desde un punto de vista práctico; dado que en la mayoría de los casos el comprador o el destinatario del servicio no paga porque no le satisface la calidad de la mercadería o del servicio, el Juez más adecuado para conocer el conflicto (y, en consecuencia, para verificar la efectiva conformidad de los bienes con lo pactado) parece ser justamente el del lugar de la entrega de los bienes y el de la prestación de los servicios[357].

Por otra parte, sin embargo, se han puesto sobre la mesa dudas concernientes, esencialmente, a la ambigüedad de la nueva regla[358] y a los defectos de un enfoque rigurosamente factual[359], por lo que en la doctrina se ha señalado que el Legislador europeo, a pesar de la intención de superar los problemas conexos al sistema de Bruselas, en realidad puede haber complicado aún más las cosas[360].

5.2. *Pluralidad de* loci solutionis

La naturaleza problemática del criterio de conexión introducido puede ser relevante cuando la entrega o la prestación haya sido ejecutada o deba ser ejecutada en una pluralidad de lugares.

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado al respecto, lo que ayuda a quienes están llamados a determinar su propia competencia internacional. Llamado a juzgar sobre la aplicabilidad del artículo 5, apartado 1, letra *b*), primer inciso, cuando las mercaderías han sido entregadas en el mismo país, pero en lugares distintos, no solo ha despejado todas las dudas sobre la relevancia del título de competencia judicial en cuestión, sino que también ha dejado claro que en tales supuestos el lugar de cumplimiento relevante a fines de competencia judicial debe ser determinado, según un enfoque de búsqueda del lugar que asegure la conexión más estrecha entre el contrato y el Juez competente, en el lugar de la entrega que en términos económicos pueda ser definido como principal[361]. Solo cuando no sea posible identificar una entrega principal, el Tribunal de Justicia reconoce que la competencia puede ser atribuida al tribunal en el lugar de entrega elegido por el demandante, dado que, en todo caso, cada uno de los lugares de entrega presenta un vínculo estrecho con los elementos materiales del

conflicto[362]. A pesar de las dudas suscitadas en la doctrina y el *self-restraint* de los jueces europeos[363] acerca de la relevancia de la decisión más allá de los confines del asunto concreto[364], la opción elegida se ha aplicado también a la hipótesis en que la *solutio* haya sido dividida (o deba ser dividida) en varios Estados miembros, al menos en la medida en que se postula la concentración de la competencia en el lugar de cumplimiento de la prestación de mayor importancia en términos económicos[365]. En cambio, ha sido considerada más problemática la posibilidad de que el demandante invista, aunque sea con carácter subsidiario, al tribunal del *locus solutionis*, pues esta orientación podría facilitar prácticas de *forum shopping*[366], que, de ninguna manera, son deseables en un sistema que, como el diseñado por Bruselas I, tiene por objeto el permitir que el demandado prevea fácilmente en qué foro podrá ser demandado[367].

Sobre esta cuestión se ha pronunciado recientemente el Tribunal de Justicia, que, llamado a decidir con carácter prejudicial sobre la posibilidad y el ámbito de identificación de un lugar de cumplimiento único con referencia a un contrato de transporte aéreo conectado con diferentes Estados miembros, por un lado, ha afirmado el valor unitario de las soluciones interpretativas alcanzadas por los jueces europeos en sede de interpretación del artículo 5, apartado 1, letra *b*), para los dos contratos nominados[368], y, por otro lado, ha aplicado su propia tesis también al caso en que la *solutio* se haya realizado en distintos Estados miembros[369]. En este supuesto, dadas las características específicas del transporte aéreo y la consiguiente imposibilidad de encontrar una relación de subordinación económica entre las prestaciones que caracterizan el servicio aéreo, el Tribunal de Justicia ha establecido la posibilidad para el demandante de presentar la demanda en el lugar de partida o de llegada del avión, en cuanto lugares que presentan la necesaria estrecha conexión con el contrato[370].

5.3. Concepto de entrega

Especiales problemas han surgido, además, en materia de contratos de compraventa de mercaderías, debido a la utilización por el Legislador comunitario del concepto (autónomo)[371] de *entrega*, que se puede apreciar autónomamente según un enfoque exclusivamente factual o bajo un punto de vista jurídico[372], y a causa del valor atribuido por el artículo 5, apartado 1, letra *b*), al *contrato* a la hora de identificar el *locus solutionis*[373].

La introducción del criterio meramente factual no ha despertado especiales dudas en la jurisprudencia ni cuando la entrega haya sido efectuada (en persona)[374] por parte del vendedor en el lugar especificado por contrato[375] o determinable según las circunstancias del caso (véase el supuesto en que el vendedor se compromete a instalar o a poner en funcionamiento los bienes en los locales del comprador)[376], ni cuando el comprador haya aceptado la mercadería liberando al vendedor de la deuda correspondiente[377], y ello aun cuando el lugar de la efectiva entrega fuera diferente del lugar pactado[378], ya que la aceptación del comprador se considera adecuada en aras de constituir, aunque *a posteriori*, una nueva estipulación acerca del lugar de cumplimiento de la obligación de entrega.

La situación se presenta más compleja en la compraventa «de plaza a plaza», donde los productos hayan realmente llegado al comprador, pero, en virtud del contrato (o de las circunstancias del caso)[379], no se encuentren indicadores sobre el lugar de cumplimiento de la obligación de entrega (que, según parte de la jurisprudencia, puede deducirse del hecho de que las partes han acordado que el transporte organizado por terceros sea gestionado y pagado por el comprador)[380], sino simplemente una indicación del destino final de los bienes[381]; en tal caso, si se adopta una perspectiva únicamente fáctica, desde el punto de vista del vendedor, los productos han sido «entregados» (en cuanto han salido de su propia disponibilidad materia) cuando hayan sido confiados a un transportista encargado del transporte o del envío, mientras que, desde la perspectiva del comprador, las mercaderías «no se han entregado todavía», porque aún no han confluido, al menos físicamente, en su propio patrimonio. Ante tal situación, en la práctica se han propuesto soluciones completamente distintas.

Algunas resoluciones, una vez afirmada la necesidad de una interpretación únicamente fáctica del artículo 5, apartado 1, letra *b*), han establecido que, en aras de identificar el *locus solutionis* relevante para la competencia judicial, no se puede reconocer espacio alguno a la *lex causae*[382], y han identificado el lugar de entrega con el lugar de destino final o de aceptación material de los bienes por parte del comprador[383].

> Los jueces consideraron que el argumento que favorece el lugar de destino final en el que los bienes hayan sido o deberían haber sido entregados físicamente al comprador responde mejor a la génesis, los objetivos y propósitos del Reglamento y a la necesidad de previsibilidad y de proximidad

Otro sector de la jurisprudencia, partiendo de la premisa de que es conveniente interpretar autónomamente el concepto de *entrega*, ha considerado útil, ciertamente con las miras puestas en la interpretación sistemática de las normas reglamentarias[384], hacer referencia a instrumentos de *soft law*, como los principios UNIDROIT y los PECL[385], al Derecho comunitario derivado (*rectius*, a las directrices derivadas del Derecho comunitario derivado)[386] o incluso al Convenio de Viena[387]. Estadísticamente, el Convenio es el que ha sido más utilizado como paradigma hermenéutico del artículo 5, apartado 1, letra *b*)[388], habida cuenta de su amplia aplicación a nivel internacional y de la capacidad de proponer soluciones interpretativas autónomas y uniformes. La disposición que más protagonismo ha alcanzado ha sido el artículo 31 del Convenio de Viena[389], que, como es sabido, en lo que respecta a los contratos de compraventa internacional de mercaderías que implican un transporte, identifica, salvo pacto en contrario, el *locus solutionis* en el lugar donde las mercancías se entregan al primer transportista para que se remitan al comprador [artículo 31, apartado 1, letra *a*)]. Cabe mencionar también la existencia de algunas sentencias que (siempre a partir de la necesidad de una interpretación autónoma del concepto de *lugar de entrega*) llegan al mismo resultado, pero sin recurrir al Convenio de Viena o a otros instrumentos, sino basándose únicamente en el texto de la disposición aquí analizada[390].

A resultados similares, pero siguiendo un enfoque diferente, llega otro sector jurisprudencial que, en caso de que las partes no hayan indicado el *locus traditionis*, entiende que es necesario identificar el concepto de *entrega* según un paradigma normativo, a la

luz de la referencia al contrato *ex* artículo 5, apartado 1, letra *b*)[391], y considera legítimo utilizar el método tradicional de conflicto y localizar así la obligación de entrega [única relevante a efectos de competencia judicial, al amparo del nuevo artículo 5, apartado 1, letra *b*)] en virtud de la *lex causae*, y entonces, en su caso, en el lugar en que las mercancías se confían al primer transportista, según el artículo 31 de la Convención de Viena[392].

Las discrepancias exegéticas que se han manifestado en la práctica en lo que respecta a la localización de la obligación de entrega en la compraventa de plaza a plaza han justificado la intervención sobre el tema del Tribunal de Justicia, convocado por el Tribunal Supremo Federal alemán[393], *inter alia*, para aclarar si «el lugar en el que, según el contrato, se han entregado o deberían haberse entregado las mercancías debe determinarse, en el caso de ventas por correspondencia, atendiendo al lugar de la entrega material al comprador o al lugar en el que las mercancías se entregan al primer transportista para su transmisión al comprador». Los jueces de Luxemburgo consideraron que el argumento que favorece el lugar de destino final en el que los bienes hayan sido o deberían haber sido entregados físicamente al comprador responde mejor a la génesis, los objetivos y propósitos del Reglamento y a la necesidad de previsibilidad y de proximidad[394].

5.4. *La referencia al contrato*

La aplicación del artículo 5, apartado 1, letra *b*), primer inciso, se presenta menos compleja en el caso en que la entrega no haya sido efectuada, pero, en el ámbito de los acuerdos entre las partes, se pueda encontrar una indicación acerca del lugar de entrega (y no una pura indicación acerca del destino final de los bienes)[395], o en el caso en que la puesta a disposición haya tenido lugar en un lugar distinto respecto a los predeterminados contractualmente y no haya intervenido una aceptación «sanante» por parte del comprador; en estos casos, se consideró de especial importancia el *locus traditionis*, tal como pueda ser individualizado a la luz del contrato[396]. Sentada la importancia reconocida a las indicaciones negociales acerca del lugar de entrega y dado el impacto que su eventual ausencia parece producir sobre la operatividad del criterio regulado por el artículo 5, apartado 1, letra *b*), cuando la entrega no

haya sido efectuada (véase más adelante), es necesario hacer hincapié en la importancia atribuida a las cláusulas o fórmulas estandarizadas, normalmente empleadas en las prácticas comerciales internacionales, como, por ejemplo, los llamados Incoterms. La integración (suponiendo que es eficaz según la *lex causae*)[397] en el contrato de términos comerciales como los Incoterms ha sido generalmente considerada como un elemento relevante para identificar el lugar de entrega *ex* artículo 5, apartado 1, letra *b*)[398], por lo menos cuando estos términos comerciales permitan definir, junto con el reparto entre las partes de gastos y costes, también el lugar donde el vendedor se libera de su obligación de entrega[399], que, según la doctrina, no sucede con las cláusulas CPT (*carriage paid to*) o CIP (*carriage and insurance paid*)[400]. Distinto es el discurso cuando se utilizan otros tipos de fórmulas estandarizadas, tales como «franco domicilio», «franco destino», «franco salida» o «franco fábrica» (EXW). A estas expresiones no puede *per se* atribuirse valor identificativo del *locus traditionis* a los fines del artículo 5, apartado1, letra *b*), ya que estas definen simplemente el reparto de los gastos y de los costes del transporte[401].

Ahora supongamos que la entrega no haya tenido lugar (o haya sido debidamente rechazada por el comprador) y que en el contrato no se encuentre una indicación acerca del lugar de cumplimiento de la obligación. Según un sector jurisprudencial, la ausencia, en el caso considerado, de una previsión pactada determinaría la inaplicabilidad del especial título de competencia judicial establecido para la compraventa de mercaderías e impondría, por lo tanto, al intérprete la necesidad de verificar la subsistencia de la propia competencia judicial, *ex* artículo 5, apartado 1, letra *c*), a la luz del artículo 5, apartado 1, letra *b*)[402]. La reciente intervención del Tribunal de Justicia antes señalada, sin embargo, parece postular que, cuando menos para las ventas a distancia, incluso en el supuesto considerado, el lugar que se estima relevante para la competencia judicial es el lugar de destino final de la mercancía, en cuanto lugar en el que el comprador debería poder disponer efectivamente de los bienes[403].

6. El artículo 5, apartado 1, letra c)

6.1. *Norma de conexión*

El artículo 5, apartado 1, letra *c*), es una norma de conexión[404] que tiene como objetivo establecer que, en el supuesto de que no se den los presupuestos de operatividad del artículo 5, apartado 1, letra *b*), como acaece cuando el asunto no puede ser re-

conducido a la categoría de los contratos tipificados o el *locus solutionis* identificado esté ubicado en un Estado no miembro de la Unión Europea o para el que no rija el Reglamento Bruselas I[405], el criterio general establecido por el artículo 5, apartado 1, letra *a*) (que, como hemos visto, atribuye competencia judicial, con respecto a las obligaciones contractuales, al tribunal del lugar donde la obligación en cuestión se cumplió o debía cumplirse), se volverá a expandir. De ello se deduce que la existencia de la competencia judicial del tribunal se deberá verificar a través de la localización *lege causae* de la obligación deducida en juicio[406].

(1) *Considerando n.º 12; véase también, con referencia al artículo 5, apartado 1, del Convenio de Bruselas, Supreme Court (IE) 21.12.2000 – 122/99 – Bio-Medical Research Ltd. trading as Slendertone / Delatex SA, unalex IE-39.*

(2) Para esta calificación, véase Cour d'appel Versailles (FR) 09.03.2006 – 04/09253m, *unalex FR-242*; BGH (DE) 01.06.2005 – VIII ZR 256/04, *unalex DE-335*; Supremo Tribunal de Justiça (PT) 05.03.2002 – 945/01, *unalex PT-12*; Tribunal Supremo (ES) 09.02.2001 – 1023/2001 – Felipe / Laura, *unalex ES-6*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 18.03.1997 – QBENI 96/0652/E – SOURCE LTD. / TUV RHEINLAND HOLDING AG and others, *unalex UK-81*; Corte di Cassazione (IT) 10.12.1991 – 13300, *unalex IT-62*; Tribunale Milano (IT) 23.01.1989 – Baldi / Società Metraplan, *unalex IT-141*; Tribunale Monza (IT) 24.07.1986 – SPA OMV Officine Meccaniche Ventura / Soc. Prometal SA, *unalex IT-150*.

(3) Para un caso donde esto era imposible, véase Supremo Tribunal de Justiça (PT) 17.01.2007 – 06S1832, *unalex PT-61*; para un caso de falta de aplicabilidad, véase Corte di Cassazione (IT) 15.05.1990 – 4198, *unalex IT-51*.

(4) Supremo Tribunal de Justiça (PT) 25.11.1997 – SJ199711250007521, *unalex PT-19*; Corte di Cassazione (IT) 01.03.1988 – 2156, *unalex IT-32*.

(5) Así, expresamente, ECJ 15.01.2004 – C-433/01 – Freistaast Bayern, *unalex EU-66*; Tribunale Rovereto (IT) 28.08.2004 – 1224/03, *unalex IT-117*.

(6) OLG Oldenburg (DE) 21.05.2008 – 5 U 27/08, *unalex DE-1686*; Tribunale Rovereto (IT) 24.08.2006 – 1537/05, *unalex IT-208*; Corte di Cassazione (IT) 23.12.1997 – 13015, *unalex IT-92*; Corte di Cassazione (IT) 06.10.1981 – 5240, *unalex IT-164*.

(7) Véase ECJ 15.05.1990 – C-365/88 – Kongreß Agentur Hagen GmbH / Zeehaghe BV, *unalex EU-75*; Corte di Cassazione (IT) 17.06.1986 – 4036, *unalex IT-26*; LG Hamburg (DE) 27.05.1974 – 5 O 82/74, *unalex DE-674*.

(8) Véase OGH (AT) 10.09.2003 – 7 Ob 189/03z, *unalex AT-5*; LG Saarbrücken (DE) 19.06.1975 – 2 S 213/74, *unalex DE-746*.

(9) BGH (DE) 01.06.2005 – VIII ZR 256/04, *unalex DE-335*; Supreme Court (IE) 21.12.2000 – 122/99 – Bio-Medical Research Ltd. trading as Slendertone / Delatex SA, *unalex IE-39*.

(10) Tribunale Rovereto (IT) 21.11.2007 – 914/06; OLG Düsseldorf (DE) 30.01.2004 – 1-23 U 70/03.

(11) ECJ 06.10.1976 – 12/76 – Tessili / Dunlop, *unalex EU-129*, pág. 13; ECJ 19.02.2002 – C-256/00 – Besix / Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Planungs und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar, *unalex EU-89*, pág. 31; OLG Jena (DE) 05.08.1998 – 4 U 1774/97, *unalex DE-118*.

(12) Véase Geimer, «Artículo 5», en Geimer y Schütze [cur.], *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz, und Anerkennungsrecht*, 2.ª ed., Múnich, 2004, pág. 161.

(13) Piltz, «Gerichtstand bei Verkauf beweglicher Sachen mit mehreren Lieferorten in einem Mitgliedstaat», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, pág. 1802.

(14) ECJ 09.07.2009 C-204/08 – Peter Rehder, *unalex EU-181;* ECJ 15.02.07 – 386/05 – Color Drack / LEXX International Vertriebs, *unalex EU-161*, pág. 22; ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*, pág. 24; ECJ 28.09.1999 – C-440/97 – GIE Groupe Concorde / Kapitän des Schiffes «Suhadiwarno Panjan», *unalex EU-60*, pág. 29; BGH (DE) 22.04.2009 – VII ZR 156/07, *unalex 1672*; Cour d'appel Colmar (FR) 31.01.2006 – 1 A 05/04251, *unalex FR-411*; Tribunal Supremo (ES) 09.02.2001 – 1023/2001 – Felipe / Laura, *unalex PT-6*; Corte di Cassazione (IT) 07.05.2003 – 6899, *unalex IT-18*; considerando n.º 12.

(15) En este sentido, véase, por ejemplo, OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.

(16) En cuanto a la necesidad de este procedimento, véase, en la jurisprudencia, ECJ 14.05.2009 – C-180/06 – Renate Ilsinger / Martin Dreschers, acting as administrator in the insolvency of Schlank & Schick GmbH, *unalex EU-175*, pág. 58; OLG Oldenburg (DE) 21.05.2008 – 5 U 27/08, *unalex DE-1686*; Tribunale Rovereto (IT) 21.11.2007 – 914/06; Tribunale Rovereto (IT) 28.08.2004 – 1224/03, *unalex IT-117*.

(17) Así, expresamente, Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.

(18) Véase ECJ 01.10.02 – 167/00 – Verein für Konsumenteninformation / Karl Heinz Henkel, *unalex EU-114*, pág. 49; véase también OLG Stuttgart (DE) 30.05.2007 – 20 U 12/06, *unalex DE-799*; Tribunale Rovereto (IT) 24.08.2006 – 1537/05, *unalex IT-208*.

(19) ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*, pág. 56; Tribunale Rovereto (IT) 24.08.2006 – 1537/05, *unalex IT-208*.

(20) ECJ 05.02.2004 – C-265/02 – Frahuil SA / Assitalia SPA, *unalex EU-68*, pág. 23; ECJ 27.04.1999 – C-99/96 – Mietz / Intership Yachting Sneek, *unalex EU-59*, pág. 27; ECJ 03.07.1997 – C-269/95 – Benincasa / Dentalkit SRL, *unalex EU-62*, pág. 13; ECJ 19.01.1993 – C-89/91 – Shearson Lehmann Hutton Inc. / TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH, *unalex EU-81*, pág. 14.

(21) Considerando n.º 11; en la jurisprudencia, véase ECJ 17.09.09 – C-347/08 – Vorarlberger Gebietskrankenkasse / WGV-Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG, *unalex EU-185*, pág. 37; ECJ 11.10.2007 – C-98/06 – Freeport PLC / Olle Arnoldsson, *unalex EU-154*, pág. 34.

(22) ECJ 13.07.06 – C-103/05 – Reisch Montage AG / Kiesel Baumaschinen Handels GmbHp, *unalex EU-137*, pág. 22; ECJ 03.07.1997 – C-269/95 – Benincasa / Dentalkit SRL, *unalex EU-62*; Tribunal d'arrondissement (LU) 27.04.2007 – 118/07, *unalex LU-27*.

(23) ECJ 25.02.2010 – C-381/09 – Car Trim GmbH c KeySafety Systems SRL, *unalex xxx*, pág. 49; ECJ 23.04.09 – C-533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*, pág. 22; ECJ 03.05.2007 – C-386/05 – Color Drack GmbH / Lexx International Vertriebs GmbH, *unalex EU-153*, págs. 19-20 *nonché* ECJ 13.07.2006 – C-103/05 – Reisch Montage AG / Kiesel Baumaschinen Handels GmbH, *unalex EU-137*, págs. 24-25; en la jurisprudencia nacional, véase Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 20.12.2006 – [2006] EWCA Civ. 1750 –

Scottish & Newcastle International Ltd. / Othon Ghalanos Ltd., *unalex UK-242*; Tribunale Rovereto (IT) 28.08.2004 – 1224/03, *unalex IT-117;* OLG Bremen (DE) 25.09.1997 – 2 U 83/97, *unalex DE-75*.

(24) En la jurisprudencia comunitaria, véase ECJ 05.02.2004 – C-265/02 – Frahuil SA / Assitalia SPA, *unalex EU-68*, pág. 23; ECJ 17.06.1992 – C-26/91 – Jakob Handte & Co. GmbH / Traitements Mécano-Chimiques des Surfaces SA (TMCS), *unalex EU-74*, pág. 14; ECJ 27.10.1998 – C-51/97 – Réunion Européenne / Spliethoff's Bevrachtingskantoor, *unalex EU-116*, pág. 16; en la jurisprudencia nacional, véase, por ejemplo, OGH (AT) 28.09.2005 – 7 Ob 149/05w, *unalex AT-162*; High Court (IE) 08.03.2005 – 2003 4850P – Burke / UVEX Sports GmbH, Motorrad TAF GmbH, *unalex IE-11*; OGH (AT) 29.01.2003 – 7 Ob 291/02y, *unalex AT-14*; Tribunal da Relação Porto (PT) 04.11.2002 – RP200211040251081, *unalex PT-14;* Court of Appeal (Civil Division) (UK) 30.01.2002 – A3/2001/1161 – Kenburn Waste Management / Heinz Bergmann, *unalex UK-78*; High Court (UK) 30.01.2001 – USF LIMITED trading as USF MEMCOR / AQUA TECHNOLOGY HANSON NV/SA, *unalex UK-196*; House of Lords (UK) 30.10.1997 – Kleinwort Benson Ltd. / City of Glasgow District Council, *unalex UK-12*; BGH (DE) 28.02.1996 – XII ZR 181/93, *unalex DE-421*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 18.03.1997 – QBENI 96/0652/E – SOURCE LTD. / TUV RHEINLAND HOLDING AG and others, *unalex UK-81*.

(25) Así, a propósito del artículo 5, apartado 1, ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*; en sentido análogo, en relación con todos los títulos de competencia que excepcionan el principio del foro del demandado, véase ECJ 17.09.09 – C-347/08 – Vorarlberger Gebietskrankenkasse / WGV-Schwäbische Allgemeine Versicherungs AG, *unalex EU-185*; ECJ 11.10.2007 – C-98/06 – Freeport PLC / Olle Arnoldsson, *unalex EU-154*.

(26) ECJ 13.07.2000 – C-412/98 – Group Josi Reinsurance / Universal General Insurance, *unalex EU*-91.

(27) Tribunale Rovereto (IT) 24.08.2006 – 1537/05, *unalex IT-208*.

(28) Cour de cassation (FR) 21.06.2005 – 03-19670, *unalex FR-218*.

(29) OLG Saarbrücken (DE) 27.10.2006 – 1 U 138/06-42, *unalex DE*-639; OGH (AT) 23.05.2005 – 10 Ob 21/04t, *unalex AT-90*; BayObLG (DE) 24.05.2002 – 1 Z AR 52/02, *unalex DE-350*; OGH (AT) 04.06.1999 – 2 Nd 505/99, *unalex AT-218*; OLG Bremen (DE) 25.09.1997 – 2 U 83/97, *unalex DE-75*; OLG Bremen (DE) 25.09.1997 – 2 U 83/97, *unalex DE-75*; BGH (DE) 26.10.1981 – II ZR 198/80, *unalex DE-580*; *contra* pero Audiencia Provincial Valencia (ES) 02.01.2008 – 2/2008, *unalex ES-317*.

(30) ECJ 03.05.2007 – C-386/05 – Color Drack GmbH / Lexx International Vertriebs GmbH, *unalex EU-153*, pág. 30; OLG Oldenburg (DE) 21.05.2008 – 5 U 27/08, *unalex DE-1686*; OGH (AT) 30.05.2007 – 7Ob112/07g, *unalex AT-362*.

(31) ECJ 19.02.02 – 256/00 – Besix / Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Planungs und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar, *unalex EU-89*; Supremo Tribunal de Justiça (PT) 25.11.1997 – SJ199711250007521, *unalex PT-19*; Corte di Cassazione (IT) 01.03.1988 – 2156, *unalex IT-32*.

(32) Tribunale Rovereto (IT) 24.08.2006 – 1537/05, *unalex IT-208*.

(33) Véase ECJ 17.11.1998 – C-391/95 – Van Uden / Deco-Line, *unalex EU-56*.

(34) Véase ECJ 06.12.1994 – 406/92 – The owners of the cargo lately laden on board the ship *Tatry* / the owners of the ship *Maciej Rataj*, *unalex EU-128*.

(35) Véase Lietuvos Auksciausiasis Teismas (LT) 29.01.2007, *unalex LT-5*; OGH (AT) 19.03.2003 – 7 Nc 8/03s, *unalex AT-601*; Oberster Gerichtshof Wien (AT) 13.12.2002, *unalex AT-642*; LG Bochum (DE) 24.01.1984 – 12 O 185/83, *unalex DE-312*, donde el Tribunal afirma también que la CMR regula solo la competencia judicial, no la territorial, respecto a la cual deben aplicarse las disposiciones comentadas.

(36) Sobre esta cuestión, en la jurisprudencia, véase ECJ 09.07.2009 – 204/08 – Peter Rehder / Air Baltic Corporation, *unalex EU-181*, y OLG München (DE) 16.05.2007 – 20 U 1641/07, *unalex DE-1630*, que han excluido la relevancia de las reglas de competencia del Convenio de Montreal en beneficio del Reglamento Bruselas I cuando la demanda no sea relativa a la indemnización de daños y perjuicios regulada por el artículo 19 del Convenio, sino tenga que ver únicamente con el derecho a una indemnización a tanto alzado y estandardizada para el pasajero a consecuencia de la cancelación del vuelo de conformidad con el artículo 7 del Reglamento CE n.º 261/2004.

(37) OLG Frankfurt am Main (DE) 18.04.2007 – 13 U 62/06, *unalex DE*-809.

(38) BGH (DE) 01.06.2005 – VIII ZR 256/04, *unalex DE*-335.

(39) Véase ECJ 22.05.2008 – C-462/06 – Glaxosmithkline, Laboratoires Glaxosmithkline / Jean-Pierre Rouard, *unalex EU-158*.

(40) OGH (AT) 10.09.2003 – 7 Ob 188/03b, *unalex AT*-6.

(41) OGH (AT) 24.01.2008 – 2Ob192/07k, *unalex AT-384*; Tribunale Rovereto (IT) 21.11.2007 – 914/06, *unalex IT-xxx*; OLG Düsseldorf (DE) 30.01.2004 – 1-23 U 70/03, *unalex DE-xxx*.

(42) Bezirksgericht Neusiedl (AT) 19.03.2009 – 6C1136/08g, *unalex AT-614*.

(43) Así, ECJ 04.03.1982 – 38/81 – Effer SPA / Kantner, *unalex EU-28*.

(44) Véase OGH (AT) 29.01.2003 – 7 Ob 291/02y, *unalex AT-14*.

(45) Corte di Cassazione (IT) 24.07.2007 – 16296 – FORMECO SRL/SA ECO-DEC N. V., *unalex IT-231*; Cour de cassation (FR) 21.06.2005 – 03-19670, *unalex FR-218*.

(46) OGH (AT) 17.02.2005 – 6 Ob 148/04i, *unalex AT-109*.

(47) High Court (IE) 08.03.2005 – 2003 4850P – Burke / UVEX Sports GmbH, Motorrad TAF GmbH, *unalex IE-11*.

(48) LG Bad Kreuznach (DE) 04.11.2004 – 5 O 100/02, *unalex DE-588*.

(49) Sheriff Court Aberdeen (UK) 03.04.2009 – CA17/08 – Oceanfix International Limited / AGIP Kazakhstan North Caspian Operating Company NV, *unalex UK-385*.

(50) ECJ 01.03.2005 – C-281/02 – Andrew Owusu / N. B. Jackson, *unalex EU-103*.

(51) En este sentido, véase también ECJ 01.03.2005 – C-281/02 – Andrew Owusu / N. B. Jackson, *unalex EU-103*.

(52) Cour de cassation (FR) 21.01.2004 – 01-41232, *unalex FR-216*; Cour de cassation (FR) 16.03.1999 – 96-22016, *unalex FR-77*; LG Siegen (DE) 05.08.1997 – 1 O 95/96, *unalex DE-587*.

(53) Corte di Cassazione (IT) 17.07.2008 – 19603 – GFE GmbH / Aita e altri, *unalex IT-412*; Tribunal d'arrondissement (LU) 27.04.2007 – 118/07, *unalex LU-27*; Cour d'appel Versailles (FR) 09.03.2006 – 04/09253m, *unalex FR-242*; LG Flensburg (DE) 12.05.2005 – 6 O 139/03, *unalex DE-632*; Cour d'appel Douai (FR) 18.03.2004 – 03/06775, *unalex FR-11*; Tribunal Supremo (ES) 09.02.2001 – 1023/2001 – Felipe / Laura, *unalex ES-6*; Cour de cassation (FR) 21.01.2004 – 01-41232, *unalex FR-216*; OLG Hamm (DE) 28.01.1994 – 29 U 147/92, *unalex DE-694*; para una referencia más general a la inadmisibilidad de la discriminación por razón de nacionalidad, véase ECJ 10.02.1994 – C-398/92 – Mund, *unalex EU-122*.

(54) Véase Kropholler, *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischen Vollstreckungstitel*, 8.ª ed., Frankfurt, 2005, pág. 95; Czernich, en Czernich, Tiefenthaler y Kodek [cur.], *Kurzkommentar Europäisches Gerichtsstands und Vollstreckungsrecht. EuGVO und Lugano Übereinkommen*, 2.ª ed., Viena, 2003, pág. 40; en la jurisprudencia nacional, acerca del Reglamento, *cfr.* OGH (AT) 21.04.2004 – 9 Ob 151/03, *unalex AT-66*; OGH (AT) 01.08.2003 – 1 Ob 240/02d, *unalex AT-2*; BayObLG (DE) 24.05.2002 – 1 Z AR 52/02, *unalex DE-350*.

(55) Véase OGH (AT) 29.08.2002 – 8Ob166/02y, *unalex AT-46*; Tribunal de commerce Arlon (BE) 12.09.1996, *unalex BE-98*.

(56) Sobre la necesidad de una interpretación rigurosa de la cláusula de Luxemburgo, véase BGH (DE) 02.06.2003 – II ZR 134/02, *unalex DE-31*.

(57) En la jurisprudencia, véase OLG Düsseldorf (DE) 22.12.2005 – I-24 U 86/05, *unalex DE-770*.

(58) Cour de cassation (FR) 17.12.1986 – 84-45383, *unalex FR-314*.

(59) BGH (DE) 02.06.2003 – II ZR 134/02, *unalex DE-31*.

(60) Véase también OLG Koblenz (DE) 11.01.2001 – 6 U 1199/98, *unalex DE-550*.

(61) Véase también OGH (AT) 07.03.2006 – 5 Ob 49/06a, *unalex AT-261*.

(62) OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*; OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006 – 11 U 46/06, *unalex DE-1655*; OLG Hamm (DE) 13.11.2006 – 8 U 139/06, *unalex 772*; OLG Stuttgart (DE) 23.10.2006 – 5 U 64/06, *unalex DE-678*; OLG Brandenburg (DE) 17.04.2002 – 7 U 199/01, *unalex DE-1563*; y autónoma del concepto de que se trata: ECJ 09.07.2009 C-204/08 – Peter Rehder, *unalex EU-181;* ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; ECJ 03.07.1997 – C-269/95 – Benincasa / Dentalkit SRL, *unalex EU-62*; BGH (DE) 22.04.2009 – VIII ZR 156/07, *unalex DE-1672*; BGH (DE) 27.05.2008 – VI ZR 69/07, *unalex DE-1572*; Tribunal d'arrondissement (LU) 27.04.2007 – 118/07, *unalex LU-27*; OGH (AT) 17.10.2006 – 4Ob174/06a, *unalex AT-382*; OGH (AT) 07.03.2006 – 5 Ob 49/06a, *unalex AT-261*; High Court (IE) 08.03.2005 – 2003 4850P – Burke / UVEX Sports GmbH, Motorrad TAF GmbH, *unalex IE-11*; OLG Stuttgart (DE) 19.01.2005 – 8 W 411/04, *unalex DE-797*; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004 – 14 U 21/03, *unalex DE-798*; OLG Düsseldorf (DE) 22.11.2002 – 17 U 49/02, *unalex DE-724*; LG Potsdam (DE) 29.05.2002 – 4 O 467/00, *unalex DE-745*; OGH (AT) 28.05.2002 – 4 Ob 116/02s, *unalex AT-597*; LG Hof (DE) 07.12.2001 – 14 O 87/01, *unalex DE-619*; OLG Koblenz (DE) 11.01.2001 – 6 U 1199/98, *unalex DE-550*; OLG Bremen (DE) 25.09.1997 – 2 U 83/97, *unalex DE-75*; Tribunale Federale (CH) 23.08.1996 – K / Dames P et F, *unalex CH-63*; LG Frankfurt am Main (DE) 05.10.1995 – 3/5 O 53/95, *unalex DE-1210*.

(63) Véase Tribunal d'arrondissement (LU) 27.04.2007 – 118/07, *unalex LU-27*.

(64) Para una afirmación de la preferencia por una interpretación autónoma, siquiera referida al concepto *materia civil y mercantil*, en la jurisprudencia recaída al amparo del Reglamento Bruselas I, véase ECJ 28.04.2009 – C-420/07 – Meletis Apostolides / Orams, *unalex EU-41*.

(65) *Cfr.*, entre otras, ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; ECJ 05.02.2004 – C-265/02 – Frahuil SA / Assitalia SPA, *unalex EU-68*; ECJ 01.10.02 – 167/00 – Verein für Konsumenteninformation / Karl Heinz Henkel, *unalex EU-114*; ECJ 17.09.2002 – C-334/00 – Fonderie Officine Meccaniche Tacconi / Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), *unalex EU-121*; ECJ 27.10.1998 – C-51/97 – Réunion Européenne / Spliethoff's Bevrachtingskantoor, *unalex EU-116*; ECJ 17.06.1992 – C-26/91 – Jakob Handte & Co. GmbH / Traitements Mécano-Chimiques des Surfaces SA (TMCS), *unalex EU-74*.

(66) ECJ, 19.02.2002 – C-256/00 – Besix / Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Planungs und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar, *unalex EU-89*.

(67) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; ECJ 17.09.2002 – C-334/00 – Fonderie Officine Meccaniche Tacconi / Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), *unalex EU-121*.

(68) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; ECJ 05.02.2004 – C-265/02 – Frahuil SA / Assitalia SPA, *unalex EU-68*; ECJ 17.06.1992 – C-26/91 – Jakob Handte & Co. GmbH / Traitements Mécano-Chimiques des Surfaces SA (TMCS), *unalex EU-74*; ECJ 27.10.1998 – C-51/97 – Réunion Européenne / Spliethoff's Bevrachtingskantoor, *unalex EU-116*; ECJ 17.09.2002 – C-334/00 – Fonderie Officine Meccaniche Tacconi / Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), *unalex EU-121*; véase en la jurisprudencia nacional, por ejemplo, Corte di Cassazione (IT) 17.07.2008 – 19603 – GFE GmbH / Aita e altri, *unalex IT-412*; OLG Hamm (DE) 13.11.2006 – 8 U 139/06, *unalex 772*; OGH (AT) 07.03.2006 – 5 Ob 49/06a, *unalex AT-261*; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004 – 14 U 21/03, *unalex DE-798*; OLG Saarbrücken (DE) 09.12.2003 – 4 U 645/02-83, *unalex DE-332*; OGH (AT) 29.01.2003 – 7 Ob 291/02y, *unalex AT-14*.

(69) ECJ 09.07.2009 C-204/08 – Peter Rehder, *unalex EU-181*.

(70) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; CGE 22.03.1983 – 34/82 – Martin Peters Bauunternehmung GmbH / Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging, *unalex EU-31*, págs. 15 y 18; en la juriprudencia nacional, véase Corte di Cassazione (IT) 27.02.2008 – 509, *unalex IT-362*; High Court (UK) 06.04.1995 – ATLAS SHIPPING AGENCY / SUISSE ATLANTIQUE SOCIÉTÉ D'ARMEMENT MARITIME SA, *unalex UK-144*; para el criterio de jurisdicción comentado en cuanto a las relaciones entre consorcios inmobiliarios y sus consorciados, véase, respecto al Reglamento Bruselas I, OLG Stuttgart (DE) 19.01.2005 – 8 W 411/04, *unalex DE-797*.

(71) ECJ 10.03.1992 – C-214/89 – Powell Duffryn PLC / Petereit, *unalex EU-80*, pág. 16; en la jurisprudencia nacional, véase BGH (DE) 22.09.2008 – II ZR 288/07, *unalex DE-1593*; Tribunal d'arrondissement (LU) 11.04.2008 – 111983, *unalex LU-180*; Tribunal d'arrondissement (LU) 22.10.2007 – 108408, *unalex LU-165*, que ha afirmado la aplicabilidad del criterio de jurisdicción en examen a las relaciones entre sociedades parte de un mismo grupo, siempre que no se trate, sin embargo, de un grupo de hecho: OLG Stuttgart (DE) 30.05.2007 – 20 U 12/06, *unalex DE-799*; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004, *unalex DE-798*.

(72) Véase también OLG Wien (AT) 26.05.2003 – 3 R 49/03b, *unalex AT-34*, que aplica el criterio de jurisdicción en examen a la relación; en el mismo sentido, OLG München (DE) 25.06.1999 – 23 U 4834/98, *unalex DE-68*.

(73) CGE 08.03.1988 – 9/87 – Arcado / SA Haviland, *unalex EU-49*, págs. 12-13; OGH (AT) 21.11.2001 – 3 Ob 168/00b, *unalex AT-165*.

(74) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*, pág. 61; ECJ 14.05.2009 – C-180/06 – Renate Ilsinger / Martin Dreschers, acting as administrator in the insolvency of Schlank & Schick GmbH, *unalex EU-*

175, pág. 57; en sentido análogo, en la jurisprudencia nacional, sobre el Reglamento Bruselas I, véase, *incidenter tantum*, OLG Hamm (DE) 08.02.2007 – 21 U 138/06, *unalex DE-771*; BGH (DE) 01.12.2005 – III ZR 191/03, *unalex DE-492*.

(75) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; OLG Hamm (DE) 13.11.2006 – 8 U 139/06, *unalex DE-772*.

(76) OGH (AT) 07.03.2006 – 5 Ob 49/06a, *unalex AT-261*; OLG Brandenburg (DE) 17.04.2002 – 7 U 199/01, *unalex DE-1563*.

(77) Tribunale Venezia (IT) 28.02.2003 – L. G. / A. P., *unalex IT-266*.

(78) LG Düsseldorf (DE) 11.01.2005 – 16 O 201/04, *unalex DE-480*; Cour de cassation (FR) 30.01.2001 – 98-23376, *unalex FR-64*.

(79) Cour de cassation (FR) 03.03.1992 – 89-13837, *unalex FR-287*; sobre la posibilidad de reconducir a la materia contractual los acuerdos prenegociales, véase Cour de cassation (FR) 05.10.1999 – 97-13191, *unalex FR-176*; Cour de cassation (FR) 16.10.1985 – 83-42708, *unalex FR-161*.

(80) Corte di Cassazione (IT) 02.06.1992 – 6665 – Gracechurch Container Line Ltd. / SPA Assicurazioni Generali, *unalex IT-132*.

(81) Korkein Oikeus (FI) 12.11.1998 – S 96/2325, *unalex FI-8*.

(82) Campeis y De Paulis, «L'esportatore italiano di beni e servizi alle prese con le nuove regole di giurisdizione europee», en *Diritto del commercio internazionale*, 2005, pág. 299.

(83) OLG Hamm (DE) 08.02.2007 – 21 U 138/06, *unalex DE-771*.

(84) Corte di Cassazione (IT) 17.07.2008 – 19603 – GFE GmbH / Aita e altri, *unalex IT-412*.

(85) Tribunale Padova (IT) 11.04.1985 – Simod SPA / Korea Exchange Bank, *unalex IT-152*; *contra* LG Frankfurt am Main (DE) 05.10.1995 – 3/5 O 53/95, *unalex DE-1210*; LG Bayreuth (DE) 29.06.1988 – KH O 31/88, *unalex DE-300*; LG Göttingen (DE) 09.11.1976 – 3 O 19/76, *unalex DE-496*.

(86) Sobre el tema, véase Corte di Cassazione (IT) 17.07.2008 – 19603 – GFE GmbH / Aita e altri, *unalex IT-412*; BGH (DE) 16.12.2003 – XI ZR 474/02, *unalex DE-19*; OLG Düsseldorf (DE) 22.11.2002 – 17 U 49/02, *unalex DE-724*.

(87) LG Bayreuth (DE) 29.06.1988 – KH O 31/88, *unalex DE-800*.

(88) Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 08.04.1998 – QBENI 97/1112 CMS1, *unalex UK-46*.

(89) Corte di Cassazione (IT) 07.05.2003 – 6899, *unalex IT-18*.

(90) House of Lords 17.02.2000 – Agnew and others / Länsförsäkringsbolagens A. B., *unalex UK-36*.

(91) BGH (DE) 22.09.2008 – II ZR 288/07, *unalex DE-1583*; OLG Wien (AT) 26.05.2003 – 3 R 49/03b, *unalex AT-34*; OLG Köln (DE) 29.04.1983 – 9 U 221/82, *unalex DE-538*.

(92) Cour d'appel Chambéry (FR) 23.02.1998 – 9702551, *unalex FR-447*.

(93) ECJ 17.09.2002 – C-334/00 – Fonderie Officine Meccaniche Tacconi / Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), *unalex EU-121*; en el mismo sentido, en la jurisprudencia nacional, véase OGH (AT) 21.12.2006 – 6 Ob 276/06s, *unalex AT-271*; Ephetio Athens (GR) 08.12.2000 – 382/2000, *unalex GR-28*; High Court (UK) 07.07.1994 – Trade Indemnity PLC and others / FvrsdkringsaktiebXlaget Njord (in liq.), *unalex UK-134*; OLG Hamburg (DE) 09.07.1976, *unalex DE-499*; *contra* OLG Brandenburg (DE) 17.04.2002 – 7 U 199/01, *unalex DE-1563*; Cour de cassation (FR) 15.05.2001 – 99-17132, *unalex FR-5*; Audencia Provincial Baleares (ES) 15.06.2001 – 4/2001, *unalex ES-59*; OGH (AT) 18.07.2000 – 4 Ob 180/00z, *unalex AT-238*; House of Lords (UK) 17.02.2000 – Agnew and Otjhers, *unalex UK-36*; OLG Innsbruck (AT) 30.12.1997 – 4 R 326/97s, *unalex AT-270*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 31.07.1997 – QBCMI 96/1234/B, *unalex UK-20*.

(94) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; ECJ 27.09.1988 – 189/87 – Kalfelis / Schröder U. A., *unalex EU-51*; véase en la jurisprudencia nacional, por ejemplo, OLG Nürnberg (DE) 08.03.2006 – 8 U 2651/05, *unalex DE-751*; OGH (AT) 23.02.2005 – 9 Ob 2, *unalex AT-95;* Corte di Cassazione (IT) 22.07.2004 – 13662, *unalex IT-114*; OGH (AT) 21.11.2001 – 3 Ob 168/00b, *unalex AT-165* Ob 2; Corte di Cassazione (IT) 15.11.2000 – 1179, *unalex IT-3*; OGH (AT) 14.09.2000 – 220/00t, *unalex AT-237*; Cour de cassation (FR) 16.03.1999 – 95-12136, *unalex FR-180*; OLG Stuttgart (DE) 07.08.1998 – 5 W 26/98, *unalex DE-101*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 18.03.1997 – QBENI 96/0652/E – SOURCE LTD. / TUV RHEINLAND HOLDING AG and others, *unalex UK-81*.

(95) ECJ 27.09.1988 – 189/87 – Kalfelis / Schröder U. A., *unalex EU-51*.

(96) Corte di Cassazione (IT) 27.03.2009 – 7428 – CDA Datenträger Albrechts GmbH / Fallimento DVD Emiliana Distribuzione SRL UNIP, *unalex IT-399*.

(97) Corte di Cassazione (IT) 27.03.2009 – 7428 – CDA Datenträger Albrechts GmbH / Fallimento DVD Emiliana Distribuzione SRL UNIP, *unalex IT-399*; OGH (AT) 07.03.2006 – 5 Ob 49/06a, *unalex AT-261*; OLG Wien (AT) 26.05.2003 – 3 R 49/03b, *unalex AT-34*; BGH (DE) 28.02.1996 – XII ZR 181/93, *unalex DE-421*; en contra, véase OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006 – 11 U 46/06, *unalex DE-1655*.

(98) Véase OLG Köln (DE) 13.05.2009 – 6 U 217/08, *unalex DE-1675*; LG Frankfurt am Main (DE) 05.10.1995 – 3/5 O 53/95, *unalex DE-1210*.

(99) Lupoi, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni. Policies, metodi, criteri di collegamento*, tomo i, Milán, 2002, pág. 462.

(100) BGH (DE) 27.05.2008 – VI ZR 69/07, *unalex DE-1572*.

(101) OGH (AT) 17.10.2006 – 4Ob174/06a, *unalex AT-382*; OGH (AT) 23.02.2005 – 9 Ob 2/05t, *unalex AT*-95; OLG Wien (AT) 26.05.2003 – 3 R 49/03b, *unalex AT-34*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 18.03.1997 – QBENI 96/0652/E – SOURCE LTD. / TUV RHEINLAND HOLDING AG and others, *unalex UK-81*; Cour de cassation (FR) 16.02.1982 – 81-10016, *unalex FR-244*; análogamente, véase OLG Karlsruhe (DE) 09.02.2007 – 13 U 132/06, *unalex DE-718*.

(102) BGH (DE) 27.05.2008 – VI ZR 69/07, *unalex DE-1572*.

(103) Cour de cassation (FR) 30.03.2004 – 01-12939, *unalex FR-213*.

(104) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; OGH (AT) 07.03.2006 – 5 Ob 49/06a, *unalex AT-261*; BGH (DE) 28.03.1996 – III ZR 95/95, *unalex DE-556*.

(105) Véase OGH (AT) 27.09.2005 – 1 Ob 153/05i, *unalex AT-158*; LG Hamburg (DE) 02.05.2005 – 415 O 184/04, *unalex DE-631*; OGH (AT) 10.09.2003 – 7 Ob 188/03b, *unalex AT-6;* Cour d'appel Bruxelles (BE) 24.01.2001 – 96-AR-177, *unalex BE-48*; OGH (AT) 03.02.2000 – 2 Ob 251/98w, *unalex AT-236*; Cour de cassation (FR) 28.02.1996 – 93-21109, *unalex FR-164*; Cour d'appel (LU) 12.06.1985 – 7625, *unalex LU-105*; OLG Koblenz (DE) 24.05.1985 – 2 U 1259/83, *unalex DE-576*; BGH (DE) 13.05.1982 – III ZR 1/80, *unalex DE-443*.

(106) Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 23.09.1999 – CA 35/14/97 – FERGUSON SHIPBUILDERS

LIMITED / VOITH HYDRO GmbH & Co KG and others, *unalex UK-56*.

(107) OGH (AT) 18.11.2003 – 1 Ob 63/03, *unalex AT-12*; OGH (AT) 21.11.2001 – 3 Ob 168/00b, *unalex AT-165*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 26.11.1999 – AIG Group / The Ethniki, *unalex UK-76*; Cour de cassation (FR) 05.10.1999 – 97-13191, *unalex FR-176*; OLG Innsbruck (AT) 07.01.1999 – 4 R 343/98t, *unalex AT-225*; Tribunal d'arrondissement (LU) 21.04.1988 – 37 760, *unalex LU-56*; OLG Koblenz (DE) 24.05.1985 – 2 U 1259/83, *unalex DE-576*.

(108) Corte di Cassazione (IT) 06.10.1981 – 5240, *unalex IT-164;* Cour de cassation (FR) 27.10.1982 – 80-40246, *unalex FR-132*.

(109) Véase, considerando n.º 7, Reglamento Bruselas I.

(110) Véase LG München I (DE) 24.05.1982 – 3 HKO 4714/81, *unalex DE-442*, en la que se afirma que, para evaluar si el tribunal es competente para conocer una demanda relativa a la legitimidad del desistimiento unilateral, hay que referirse a la obligación principal.

(111) Supremo Tribunal de Justiça (PT) 05.03.2002 – 945/01, *unalex PT-12*; Corte di Cassazione (IT) 30.06.1999 – 366, *unalex IT-195*; Corte di Cassazione (IT) 21.11.1983 – 6924, *unalex IT-155*.

(112) ECJ 06.10.1976 – 14/76 – De Bloos / Bouyer, *unalex EU-4*; OLG Frankfurt am Main (DE) 25.11.2004 – 16 U 26/04, *unalex DE-328*; OGH (AT) 28.05.2002 – 4 Ob 116/02s, *unalex AT-597*; Cour de cassation (FR) 14.03.2006 – 03-1299, *unalex FR-316*; OLG Koblenz (DE) 11.01.2001 – 6 U 1199/98, *unalex DE-550*; LG Bochum (DE) 24.01.1984 – 12 O 185/83, *unalex DE-312*.

(113) Véase OGH (AT) 27.09.2005 – 1 Ob 153/05i, *unalex AT-158*; Cour de cassation (FR) 28.06.2005 – 03-14444, *unalex FR-217*; LG Bad Kreuznach (DE) 04.11.2004 – 5 O 100/02, *unalex DE-588*; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004 – 14 U 21/03, *unalex DE-798*; OLG Wien (AT) 26.05.2003 – 3 R 49/03b, *unalex AT-34*; Cour d'appel Liège (BE) 28.04.2003 – 2001/RG/817, *unalex BE-2*; Cour d'appel Lyon (FR) 16.02.2003 – 01-05518, *unalex FR-206*; OGH (AT) 23.01.2003 – 8 Ob 239/02h, *unalex AT-15*; Cour d'appel Versailles (FR) 23.01.2003 – 2001-8122, *unalex FR-208*; Court of Session Scotland (UK) 23.10.2002 – CA21/02 – Bitwise Limited / CPS Broadcast Products BV, *unalex UK-40*; Audiencia Provincial Barcelona (ES) 30.07.2002 – 401/2002 – Elle Española SL / Manifattura Tessuti Milano SPA, *unalex ES-17*; OGH (AT) 28.05.2002 – 4 Ob 116/02s, *unalex AT-597*; Cour de cassation (FR) 05.10.1999 – 97-13191, *unalex FR-176*; OLG Köln (DE) 16.07.2001 – 16 U 22/01, *unalex DE-114*; BayObLG (DE) 29.06.2001 – 4Z AR 56/01, *unalex DE-548*; Audiencia Provincial Murcia (ES) 18.06.2001 – 313/2001 – Marín Giménez Hnos. SA / Binder GMBH Co., *unalex ES-60*; Polymeles Protodikeio Athens (GR) 11.01.2001 – 271/2001, *unalex GR-38*; Audiencia Provincial Barcelona (ES) 15.12.2000 – 561/2000 – SAEMAR SOCIEDAD ANÓNIMA ESPAÑOLA DE EMPRESAS MARÍTIMAS / LLOYD TRIESTINO DI NAVIGAZIONE SA, *unalex ES-12*; Tribunal de commerce Charleroi (BE) 23.09.1999, *unalex BE-01*; Ephetio Thessaloniki (GR) 16.09.1999 – 2727/1999, *unalex GR-49*; Ephetio Athens (GR) 21.06.1999 – 5610/1999, *unalex GR-31*; Cour d'appel Mons (BE) 21.12.1998 – 1994/8, *unalex BE-90*; Corte di Cassazione (IT) 17.01.1996 – 331, *unalex IT-88*; Ephetio Thessaloniki (GR) 11.10.1994 – 2253/1994, *unalex GR-63*; Tribunal de commerce Bruxelles (BE) 31.03.1994 – RG/2597/90, *unalex BE-75*; Corte di Cassazione (IT) 02.06.1992 – 6665, *unalex IT-132*; LG Hamburg (DE) 05.09.1990 – 5 O 584/88, *unalex DE-200*; Corte d'Appello Genova (IT) 07.04.1990 – SAE SPA / Rhein Maas und See, *unalex IT-140*; OLG Koblenz (DE) 23.02.1990 – 2 U 1795/89, *unalex DE-921*; Cour de cassation (FR) 25.01.1984 – 81-16562, *unalex FR-192*; Kammergericht Berlin (DE) 27.06.1980 – 3 U 2335/79, *unalex DE-570*; Corte di Cassazione (IT) 09.04.1979 – 2017, *unalex IT-170*.

(114) OLG Hamm (DE) 20.01.1989 – 29 U 155/86, *unalex DE-293*.

(115) Cour d'appel Mons (BE) 17.12.1993 – 1772, *unalex BE-69*.

(116) Véase Cour de cassation (FR) 17.06.2003 – 00-17316, *unalex FR-45*; Cour de cassation (FR) 08.02.2000 – 96-21690, *unalex FR-151*; Cour de cassation (FR) 08.02.2000 – 97-17388, *unalex FR-23;* Cour d'appel Paris (FR) 16.06.1999 – 118, *unalex FR-235*; en contra, Tribunal de commerce Bruxelles (BE) 29.05.1990, *unalex BE-55*.

(117) Véase OLG Frankfurt am Main (DE) 28.11.1979 – 21 U 59/79, *unalex DE-482*.

(118) Véase Tribunal d'arrondissement (LU) 07.11.2007 – 106292, *unalex LU-169*; Cour de cassation (FR) 08.11.2005 – 02-20709, *unalex FR-334*; Tribunal de commerce Bruxelles (BE) 05.09.2001 – 03.467/00, *unalex BE-28*; véase también Cour de cassation (FR) 08.02.2000 – 96-20568, *unalex FR-26*.

(119) Corte di Cassazione (IT) 02.04.2003 – 5108, *unalex IT-17*; Cour de cassation (FR) 27.06.2000 – 98-15979, *unalex FR-61*.

(120) Véase, en relación con el Convenio de Lugano, Corte di Cassazione (IT) 02.04.2003 – 5108, *unalex IT-17*; OGH (AT) 27.01.1998 – 7 Ob 375/97s, *unalex AT-132*.

(121) Corte di Cassazione (IT) 07.05.2003 – 6899, *unalex IT-18*.

(122) Corte di Cassazione (IT) 21.12.1992 – 13568, *unalex IT-72*.

(123) Corte di Cassazione (IT) 24.07.2007 – 16296, *unalex IT-231*; LG Neubrandenburg (DE) 03.08.2005 – 10 O 74/04, *unalex DE-1038*; Corte di Cassazione (IT) 07.05.2003 – 6899, *unalex IT-18*; High Court (IE) 06.05.1999 – 1998 No., *unalex IE-3*; OGH (AT) 27.01.1998 – 7 Ob 375/97s, *unalex AT-132*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 02.04.1996 – Boss Group / Boss France, *unalex UK-75*; OLG München (DE) 22.09.1995 – 23 U 3750/95, *unalex DE-584*; Corte di Cassazione (IT) 14.06.1980 – 3798, *unalex IT-169*; en contra, Corte d'Appello Torino (IT) 12.11.1980 – Watt Color SAS / Metz Apparetewerke, *unalex IT-167*.

(124) Tribunale Monza (IT) 24.07.1986 – SPA OMV Officine Meccaniche Ventura / Soc. Prometal SA, *unalex IT-150*.

(125) Corte di Cassazione (IT) 10.01.1992 – 186, *unalex IT-66*.

(126) Para análogas afirmaciones, véase, con respecto a una sentencia relativa al Convenio de Lugano, Corte di Cassazione (IT) 02.04.2003 – 5108 – Mestral Capital SA, società anonima di diritto svizzero / Mion, *unalex IT-17*; Corte di Cassazione (IT) 19.05.2009 – 11523, en *Jurisdata*.

(127) En sentido análogo, véase Court of Appeal (Civil Division) (UK) 11.03.2009 – 2007 FOLIO 1672 – Youell and others / La Réunion Aerienne and others, *unalex UK-378*.

(128) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; ECJ 04.03.1982 – 38/81 – Effer SPA / Kantner, *unalex EU-28*; Tribunal d'arrondissement (LU) 27.04.2007 – 118/07, *unalex LU-27*; OLG Stuttgart (DE) 23.10.2006 – 5 U 64/06, *unalex DE-678*; Cour d'appel 4ème chambre commerciale (LU) 03.10.2001 – 24537, *unalex LU-4*; Tribunale Federale (CH) 23.08.1996 – K / Dames P et F, *unalex CH-63*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 02.04.1996 – Boss Group / Boss France, *unalex UK-75*; Corte di Cassazione (IT) 09.06.1995 – 6499, *unalex IT-85*; Court of Appeal (Civil Division)

(UK) 20.10.1989 – Tesam Distribution Limited / Schuh Mode Team GmbH and Commerbank AG, *unalex 125*; Tribunal d'arrondissement (LU) 14.07.1989 – 38156, *unalex LU-112*; OLG Hamm (DE) 03.10.1979 – 20 U 98/79, *unalex DE-507*; *contra* Audiencia Provincial Murcia (ES) 18.06.2001 – 313/2001, *unalex ES-60*.

(129) ECJ 04.03.1982 – 38/81 – Effer SPA / Kantner, *unalex EU-28*, págs. 8-9; en sentido análogo, en la jurisprudencia nacional, Corte di Cassazione (IT) 20.09.2004 – 18902, *unalex IT-183*; OGH (AT) 10.09.2003 – 7 Ob 188/03b, *unalex AT-6*; Cour d'appel Liège (BE) 28.04.2003 – 2001/RG/817, *unalex BE-2*; OGH (AT) 15.01.2002 – 5 Ob 312/01w, *unalex AT-598*; también en la jurisprudencia relativa al Convenio de Lugano: Tribunale Federale (CH) 22.06.2000 – 4C.73/2000/rnd, *unalex CH-65*; Tribunale Federale (CH) 23.08.1996 – K / Dames P et F, *unalex CH-63*.

(130) OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006 – 11 U 46/06, *unalex DE-1655*; OGH (AT) 17.10.2006 – 4Ob174/06a, *unalex AT-382*; OGH (AT) 07.03.2006 – 5 Ob 49/06a, *unalex AT-261*; OGH (AT) 28.05.2002 – 4 Ob 116/02s, *unalex AT*-597; OGH (AT) 11.05.2005 – 9 Ob 104/04s, *unalex AT-91*; LG Gießen (DE) 17.12.2002 – 6 O 23/02, *unalex DE-559*; OLG Brandenburg (DE) 17.04.2002 – 7 U 199/01, *unalex DE-1563*; Cour de cassation (FR) 08.02.2000 – 96-20568, *unalex FR-26*; OGH (AT) 27.01.1998 – 7 Ob 375/97s, *unalex AT-132*; OLG Bremen (DE) 25.09.1997 – 2 U 83/97, *unalex DE-75*; Areios Pagos (GR) 10.05.1994 – 788/1994, *unalex GR-50*; OLG Innsbruck (AT) 30.12.1997 – 4 R 326/97s, *unalex AT-270*, en relación con el Convenio de Lugano.

(131) House of Lords (UK) 30.10.1997 – Kleinwort Benson Ltd. / City of Glasgow District Council, *unalex UK-12*; Corte di Cassazione (IT) 29.11.1989 – 5224, *unalex IT-46*.

(132) OGH (AT) 11.05.2005 – 9 Ob 104/04s, *unalex AT-91*.

(133) *Contra* OLG Celle (DE) 11.11.1998 – 9 U 87/98, *unalex DE-106*.

(134) ECJ 19.01.1993 – C-89/91 – Shearson Lehmann Hutton Inc. / TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH, *unalex EU-81*, págs. 19-24; véase, en la jurisprudencia nacional, BGH (DE) 22.04.2009 – VII ZR 156/07, *unalex DE-1672*.

(135) BGH (DE) 22.04.2009 – VIII ZR 156/07, *unalex DE-167*.

(136) ECJ 05.02.2004 – C-265/02 – Frahuil SA / Assitalia SPA, *unalex EU-68*.

(137) Véase High Court (UK) 06.04.1995 – ATLAS SHIPPING AGENCY / SUISSE ATLANTIQUE SOCIÉTÉ D'ARMEMENT MARITIME SA, *unalex UK-144*.

(138) ECJ 27.10.1998 – C-51/97 – Réunion Européenne / Spliethoff's Bevrachtingskantoor, *unalex EU-116*, pág. 17; ECJ 17.06.1992 – C-26/91 – Jakob Handte & Co. GmbH / Traitements Mécano-Chimiques des Surfaces SA (TMCS), *unalex EU-74*, pág. 15; en la jurisprudencia nacional, véase Court of Appeal (Civil Division) (UK) 30.04.1997 – QB-CMI 96/0476/B, *unalex UK-180*; Cour d'appel 4ème chambre (LU) 07.07.2004 – 28127, *unalex LU-13*, y Tribunal d'arrondissement (LU) 24.04.2003 – 75505, *unalex LU-67*, relativas a la acción reivindicatoria.

(139) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; en la jurisprudencia nacional, véase OLG Hamm (DE) 08.02.2007 – 21 U 138/06, *unalex DE-771*; BGH (DE) 01.12.2005 – III ZR 191/03, *unalex DE-492*; OGH (AT) 26.04.2005 – 4 Nc 12/05k, *unalex AT-98*; OGH (AT) 15.04.2005 – 4 Nc 5/05f, *unalex AT-106*; OLG Brandenburg (DE) 17.04.2002 – 7 U 199/01, *unalex DE-1563*.

(140) Corte di Cassazione (IT) 17.07.2008 – 19603 – GFE GmbH / Aita e altri, *unalex IT-412*; véase también BGH (DE) 16.12.2003 – XI ZR 474/02, *unalex DE-19*; OLG Düsseldorf (DE) 22.11.2002 – 17 U 49/02, *unalex DE-724*; OGH (AT) 18.12.2002 – 3 Nd 509/02, *unalex AT-43*; OLG Celle (DE) 06.12.2002 – 8 W 273/02, *unalex DE-561*; OLG Nürnberg (DE) 28.08.2002 – 4 U 641/02, *unalex DE-536*; LG Hof (DE) 07.12.2001 – 14 O 87/01, *unalex DE-619*.

(141) OGH (AT) 17.04.2002 – 7 Ob 127/01d, *unalex AT-370*.

(142) Tribunale Venezia (IT) 28.02.2003 – L. G. / A. P., *unalex IT-266*; en contra, BGH (DE) 28.02.1996 – XII ZR 181/93, *unalex DE-421*.

(143) OLG Nürnberg (DE) 08.03.2006 – 8 U 2651/05, *unalex DE-751*.

(144) LG Flensburg (DE) 12.05.2005 – 6 O 139/03, *unalex DE-632*.

(145) Corte d'Appello Milano (IT) 15.07.2003 – 2193/03 – A. / Compagnie Française d'Assurance pour le Commerce Extérieur (COFACE) SA, *unalex IT-181*.

(146) Supremo Tribunal de Justiça (PT) 18.03.2003 – 1051/02, *unalex PT-34*.

(147) Cour de cassation (FR) 23.05.2006 – 05-16133, *unalex FR-353*.

(148) Cour d'appel Colmar (FR) 17.05.2005 – 1 A 04/05853, *unalex FR-397*.

(149) Cour de cassation (FR) 28.02.1996 – 93-21109, *unalex FR-164*.

(150) Tribunal d'arrondissement (LU) 27.04.2007 – 118/07, *unalex LU-27*.

(151) OLG Stuttgart (DE) 30.05.2007 – 20 U 12/06, *unalex DE-799*; OLG Frankfurt am Main (DE) 09.09.1999 – 4 U 13/99, *unalex DE-1495*.

(152) *Contra* Corte di Cassazione (IT) 07.05.2003 – 6899, *unalex IT-18*.

(153) OLG Frankfurt am Main (DE) 09.09.1999 – 4 U 13/99, *unalex DE-1495*.

(154) OGH (AT) 07.08.2008 – 6Ob133/08i, *unalex AT-550*.

(155) Cour de cassation (FR) 11.03.2009 – 08-10400, *unalex FR-1049*.

(156) ECJ 17.06.1992 – C-26/91 – Jakob Handte & Co. GmbH / Traitements Mécano-Chimiques des Surfaces SA (TMCS), *unalex EU-74*, pág. 21; OGH (AT) 22.02.2005 – 1 Ob 8/05s, *unalex AT-108*; Cour de cassation (FR) 23.03.1999 – 97-11884, *unalex FR-179*; High Court (UK) 06.04.1995 – ATLAS SHIPPING AGENCY / SUISSE ATLANTIQUE SOCIÉTÉ D'ARMEMENT MARITIME SA, *unalex UK-144*; Cour de cassation (FR) 18.10.1994 – 92-19070, 92-19927, *unalex FR-99*; Cour de cassation (FR) 27.01.1993 – 89-14179, *unalex FR-278*; en contra, Cour de cassation (FR) 04.03.1986 – 83-11270, *unalex FR-310*.

(157) ECJ 27.10.1998 – C-51/97 – Réunion Européenne / Spliethoff's Bevrachtingskantoor, *unalex EU-116*; Cour de cassation (FR) 16.03.1999 – 95-12136, *unalex FR-180*.

(158) OLG Sachsen-Anhalt (DE) 24.08.2000 – 7 U (Hs) 3/00, *unalex DE-57*.

(159) OLG Bremen (DE) 25.09.1997 – 2 U 83/97, *unalex DE-75*.

(160) OGH (AT) 07.03.2006 – 5 Ob 49/06a, *unalex AT-261*.

(161) OLG Stuttgart (DE) 23.10.2006 – 5 U 64/06, *unalex DE-678*.

(162) ECJ 05.02.2004 – C-265/02 – Frahuil SA / Assitalia SPA, *unalex EU-68*.

(163) Véase OLG Köln (DE) 13.05.2009 – 6 U 217/08, *unalex DE-1675*.

(164) Cour de cassation (FR) 17.01.2006 – 02-12745, *unalex FR-319*.

(165) Corte di Cassazione (IT) 19.03.2009 – 6598 – Finmek SPA in amministrazione straordinaria / Società Ericsson AB, *unalex IT-398*.

(166) Para un caso reciente en que el criterio de competencia regulado por el artículo 5, apartado 1, letra *b*), no se ha aplicado por falta de concurrencia de uno de sus requisitos, en concreto, la ubicación del lugar de entrega en un país tercero, véase BGH (DE) 22.04.2009 – VIII ZR 156/07, *unalex DE-1672*.

(167) Véase también Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14299, *unalex IT-235*; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.

(168) ECJ 05.10.1999 – C-420/97 – Leathertex / Bodetex, *unalex EU-102*.

(169) ECJ 06.10.1976 – 14/76 – De Bloos / Bouyer, *unalex EU-4*; Corte di Cassazione (IT) 15.05.2006 – 11093, *unalex IT-205*; Polymeles Protodikeio Athens (GR) 16.12.2003 – 5409/2003, *unalex GR-14*; OLG Saarbrücken (DE) 09.12.2003 – 4 U 645/02-83, *unalex DE-332*; Tribunal d'arrondissement (LU) 30.10.2003 – 886/2003, *unalex LU-68*; OLG Düsseldorf (DE) 19.06.2002 – I-15 U 211/01, *unalex DE-1101*; High Court (UK) 30.01.2001 – USF LIMITED (TRADING AS USF MEMCOR) / AQUA TECHNOLOGY HANSON NV/SA, *unalex UK-196*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 28.01.2000 – QBCMI 99/0523/3 – Crédit Agricole Indosuez / Chailease Finance Corporation, *unalex UK-6*; High Court (IE) 06.05.1999 – 1998 No. 4338p – Bio-Medical Research Limited trading as Slendertone / Delatex SA, *unalex IE-3*; Cour de cassation (FR) 11.03.1997 – 94-15591, *unalex FR-169*; BGH (DE) 28.03.1996 – III ZR 95/95, *unalex DE-556*; Cour de cassation (FR) 27.02.1996 – 94-1520, *unalex FR-149*; Corte di Cassazione (IT) 18.11.1994 – 9752, *unalex IT-78*; Corte di Cassazione (IT) 19.12.1994 – 10910, *unalex IT-79*; OLG Bremen (DE) 19.05.1994 – 2 U 146/93, *unalex DE-1199*; Supreme Court (IE) 20.07.1993 – S. C. No. 110 of 1993 – Ferndale Films Limited / Granada Television Limited and Granada Television International Limited, *unalex IE-16*; BGH (DE) 12.05.1993 – VIII ZR 110/92, *unalex DE-95*; High Court (IE) 04.02.1993 – 1992 No. 3168p – Carl Stuart Limited / Biotrace Limited, *unalex IE-14*; Corte di Cassazione (IT) 10.01.1992 – 186, *unalex IT-66*; Cour d'appel Mons (BE) 07.01.1992 – 11862, *unalex BE-65*; House of Lords (UK) 12.12.1991 – Union Transport / Continental Lines, *unalex UK-77*; Polymeles Protodikeio Thessaloniki (GR) 20.06.1991 – 1900/1991, *unalex GR-54*; Cour de cassation (FR) 23.05.1989 – 87-17455, *unalex FR-303*; LG Kaiserslautern (DE) 05.05.1987 – 2 S 123/84, *unalex DE-504*; Corte di Cassazione (IT) 20.03.1986 – 1971, *unalex IT-24*; Corte di Cassazione (IT) 03.06.1985 – 3285, *unalex IT-153*; Corte di Cassazione (IT) 21.11.1983 – 6924, *unalex IT-155*; OLG Frankfurt am Main (DE) 28.11.1979 – 21 U 59/79, *unalex DE-482*; en contra, en la jurisprudencia nacional, véase Tribunal Supremo (ES) 21.07.2008 – 59/2008, *unalex ES-326*.

(170) ECJ 06.10.1976 – 14/76 – De Bloos / Bouyer, *unalex EU-4*.

(171) ECJ 28.09.1999 – C-440/97 – GIE Groupe Concorde / Kapitän des Schiffes *Suhadiwarno Panjan*, *unalex EU-60*, pág. 26; OLG Frankfurt am Main (DE) 25.11.2004 – 16 U 26/04, *unalex DE-328*.

(172) Véase Corte di Cassazione (IT) 02.04.2003 – 5108, *unalex IT-17*; OGH (AT) 27.01.1998 – 7 Ob 375/97s, *unalex AT-132*; Corte di Cassazione (IT) 17.01.1996 – 331, *unalex IT-88*; Corte di Cassazione (IT) 21.11.1983 – 6924, *unalex IT-155*.

(173) Corte di Cassazione (IT) 14.10.1993 – 10169, en *Jurisdata*.

(174) Cour de cassation (FR) 28.06.2005 – 03-14444, *unalex FR-217*; OLG Frankfurt am Main (DE) 25.11.2004 – 16 U 26/04, *unalex DE-328*; LG Bad Kreuznach (DE) 04.11.2004 – 5 O 100/02, *unalex DE-588*; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004 – 14 U 21/03, *unalex DE-798*; OLG Wien (AT) 26.05.2003 – 3 R 49/03b, *unalex AT-34*.

(175) OLG Hamm (DE) 20.01.1989 – 29 U 155/86, *unalex DE-293*.

(176) Hof van Beroep Gent (BE) 08.09.2005 – 2001/AR/2544, *unalex BE-128*; Cour d'appel Versailles (FR) 23.01.2003 – 2001-8122, *unalex FR-208*.

(177) Véase también Corte di Cassazione (IT) 16.01.1986 – 220, *unalex IT-147*, que establece que, cuando se alegue el incumplimiento de la garantía de buen funcionamiento, se debe considerar obligación deducida en juicio la falta de entrega del bien; véase también Cour de cassation (FR) 18.11.1981 – 80-13692, *unalex FR-245*, donde se afirma que el tribunal del lugar en que un proveedor debe instalar máquinas cuyo funcionamiento ha sido por él garantizado es competente para conocer la demanda interpuesta por el comprador alegando que las máquinas no presentan la calidad pactada.

(178) Corte di Cassazione (IT) 27.02.2008 – 5091, *unalex IT-362*; Cour de cassation (FR) 28.06.2005 – 03-14.444, *unalex FR-217*; LG Bad Kreuznach (DE) 04.11.2004 – 5 O 100/02, *unalex DE-588*; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004 – 14 U 21/03, *unalex DE-798*; OLG Wien (AT) 26.05.2003 – 3 R 49/03b, *unalex AT-34*; Cour d'appel Liège (BE) 28.04.2003 – 2001/RG/817, *unalex BE-2*; Cour d'appel Lyon (FR) 16.02.2003 – 01-05518, *unalex FR-206*; OGH (AT) 23.01.2003 – 8 Ob 239/02h, *unalex AT-15*; Cour d'appel Versailles (FR) 23.01.2003 – 2001-8122, *unalex FR-208*; Court of Session Scotland (UK) 23.10.2002 – CA21/02 – Bitwise Limited / CPS Broadcast Products BV, *unalex UK-40*; Audiencia Provincial Barcelona (ES) 30.07.2002 – 401/2002 – Elle Española SL / Manifattura Tessuti Milano SPA, *unalex ES-17*; OGH (AT) 28.05.2002 – 4 Ob 116/02s, *unalex AT-597*; OLG Köln (DE) 16.07.2001 – 16 U 22/01, *unalex DE-114*; BayObLG (DE) 29.06.2001 – 4Z AR 56/01, *unalex DE-548*; Audiencia Provincial Murcia (ES) 18.06.2001 – 313/2001 – Marín Giménez Hnos. SA / Binder GMBH Co., *unalex ES-60*; Polymeles Protodikeio Athens (GR) 11.01.2001 – 271/2001, *unalex GR-38*; Audiencia Provincial Barcelona (ES) 15.12.2000 – 561/2000 – SAEMAR SOCIEDAD ANÓNIMA ESPAÑOLA DE EMPRESAS MARÍTIMAS / LLOYD TRIESTINO DI NAVIGAZIONE SA, *unalex ES-12*; Tribunal de commerce Charleroi (BE) 23.09.1999, *unalex BE-01*; Ephetio Thessaloniki (GR) 16.09.1999 – 2727/1999, *unalex GR-49*; Ephetio Athens (GR) 21.06.1999 – 5610/1999, *unalex GR-31*; Cour d'appel Mons (BE) 21.12.1998 – 1994/8, *unalex BE-90*; Corte di Cassazione (IT) 17.01.1996 – 331, *unalex IT-88*; Ephetio Thessaloniki (GR) 11.10.1994 – 2253/1994, *unalex GR-63*; Tribunal de commerce Bruxelles (BE) 31.03.1994 – R. G./2597/90, *unalex BE-75*; Corte di Cassazione (IT) 02.06.1992 – 6665, *unalex IT-132*; LG Hamburg (DE) 05.09.1990 – 5 O 584/88, *unalex DE-200*; Corte d'Appello Genova (IT) 07.04.1990 – SAE SPA / Rhein Maas und See, *unalex IT-140*; OLG Koblenz (DE) 23.02.1990 – 2 U 1795/89, *unalex DE-921*; Cour de cassation (FR) 25.01.1984 – 81-16562, *unalex FR-192*; Kammergericht Berlin (DE) 27.06.1980 – 3 U 2335/79, *unalex DE-570*; Corte di Cassazione (IT) 09.04.1979 – 2017, *unalex IT-170*.

(179) Acerca de la problemática identificación de la obligación relevante en relación con una demanda dirigida a determinar no la existencia de un contrato, sino de una obligación jurídica supuestamente incumplida como consecuencia de la resolución de un contrato, véase Corte di Cassazione (IT) 15.05.2006 – 11093, *unalex IT-205*.

(180) Corte di Cassazione (IT) 24.07.2007 – 16296 – FORMECO SRL / SA ECO-DEC N. V., *unalex IT-231*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 02.04.1996 – Boss Group / Boss France, *unalex UK-75*; LG Neubrandenburg (DE) 03.08.2005 – 10 O 74/04, *unalex DE-1038*.

(181) Corte di Cassazione (IT) 02.04.2003 – 5108 – Mestral Capital SA, società ano-

nima di diritto svizzero / Mion, *unalex IT-17*.

(182) Véase también Tribunale Genova (IT) 07.08.2006 – 2408/05, *unalex IT-276*; Cour d'appel Mons (BE) 21.12.1998 – 1994/8, *unalex BE-90*; Bundesgericht (CH) 09.03.1998 – SA AG / B, *unalex CH-3*; Supreme Court (IE) 20.07.1993 – S. C. No. 110 of 1993 – Ferndale Films Limited / Granada Television Limited and Granada Television International Limited, *unalex IE-16*; Corte di Cassazione (IT) 27.10.1989 – 4506, *unalex IT-44*; así, sustancialmente, también BGH (DE) 28.03.1996 – III ZR 95/95, *unalex DE-556*; High Court (IE) 04.02.1993 – 1992 No. 3168p – Carl Stuart Limited / Biotrace Limited, *unalex IE-14*.

(183) ECJ 15.01.1987 – 266/85 – Shenavai / Kreischer, *unalex EU-45*, pág. 19; en la jurisprudencia nacional, acerca del Convenio de Bruselas, véase Tribunale Genova (IT) 07.08.2006 – 2408/05 – Bonetti Aircraft Supports SRL / Time Electronics International Division, Avnet Inc., *unalex IT-276;* OLG Düsseldorf (DE) 19.06.2002 – I-15 U 211/01, *unalex DE-1101*; Cour de cassation (BE) 13.01.2000 – C950318N, *unalex BE-25*; Tribunal de commerce (LU) 14.01.1999 – 47824, *unalex LU-70*.

(184) Mari, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles. Il sistema della competenza*, Padua, 1999, pág. 317.

(185) Corte di Cassazione (IT) 04.05.2006 – 10223, *unalex IT-226*; Corte di Cassazione (IT) 09.06.1995 – 6499, *unalex IT-85*; Corte di Cassazione (IT) 14.12.1992 – 13196, *unalex IT-68*; en contra, expresamente, Bundesgericht (CH) 09.03.1998 – SA AG / B, *unalex CH-3*.

(186) Véase ECJ, 19.02.2002 – C-256/00 – Besix / Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Planungs und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar, *unalex EU-89*; ECJ 05.10.1999 – C-420/97 – Leathertex / Bodetex, *unalex EU-102*; ECJ 15.01.1987 – 266/85 – Shenavai / Kreischer, *unalex EU-45*.

(187) En este sentido, también Corte di Cassazione (IT) 23.12.1997 – 13015, *unalex IT-92*; House of Lords (UK) 12.12.1991 – Union Transport / Continental Lines, *unalex UK-77*; véase también Corte di Cassazione (IT) 28.03.1990 – 2500, *unalex IT-52*; Cour de cassation (FR) 23.05.1989 – 87-17455, *unalex FR-303*; Corte di Cassazione (IT) 21.11.1983 – 6924, *unalex IT-155*.

(188) ECJ 28.09.1999 – C-440/97 – GIE Groupe Concorde / Kapitän des Schiffes *Suhadiwarno Panjan*, *unalex EU-60*.

(189) En este sentido, véase también OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004 – 14 U 21/03, *unalex DE-798*.

(190) ECJ 05.10.1999 – C-420/97 – Leathertex / Bodetex, *unalex EU-45*, págs. 39-40; Cour de cassation (BE) 13.01.2000 – C950318N, *unalex BE-25*.

(191) ECJ 05.10.1999 – C-420/97 – Leathertex / Bodetex, *unalex EU-45*.

(192) Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 28.07.2005 – A3/2005/0674 – Mora Shipping Inc. / Axa Corporate Solutions Assurance SA and others, *unalex UK-22*.

(193) ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*; véase también Cour de cassation 1ère chambre civile (FR) 19.03.2008 – 06-17.561, *unalex FR-533*; OLG Hamm (DE) 08.02.2007 – 21 U 138/06, *unalex DE-771*; OLG Zweibrücken (DE) 28.06.2005 – 5 U 8/05, *unalex DE-607*; BGH (DE) 01.06.2005 – VIII ZR 256/04, *unalex DE*-335; Corte di Cassazione (IT) 03.05.2005 – 9106, *unalex IT-188*; OLG Stuttgart (DE) 24.03.2004 – 14 U 21/03, *unalex DE-798*; Court of Session Scotland (UK) 31.10.2003 – [2003] ScotCS 271 – UNIVERSAL STEELS LIMITED / SKANSKA CONSTRUCTION UK LIMITED, *unalex UK-133*.

(194) Véase BGH (DE) 01.06.2005 – VIII ZR 256/04, *unalex DE-335*.

(195) Véase, entre muchas que hacen referencia a este método conflictual, ECJ 06.10.1976 – 12/76 – Tessili / Dunlop, *unalex EU-129*; ECJ 28.09.1999 – C-440/97 – GIE Groupe Concorde / Kapitän des Schiffes *Suhadiwarno Panjan*, *unalex EU-60*; ECJ 29.06.1994 – C-288/92 – Custom Made Commercial Ltd. / Stawa Metallbau GmbH, *unalex EU-82*; Cour de cassation (FR) 20.09.2006 – 97-10679, *unalex FR-331*; Cour de cassation (FR) 17.01.2006 – 03-11.601, *unalex FR-321*; BGH (DE) 01.12.2005 – III ZR 191/03, *unalex De-492*; Tribunal de grande instance Puy-en-Velay (FR) 25.05.2005 – 19/05, *unalex FR-375*; OGH (AT) 23.05.2005 – 10 Ob 21/04t, *unalex AT-90*; Cour de cassation (FR) 30.03.2004 – 01-16045, *unalex FR-342*; OLG Saarbrücken (DE) 09.12.2003 – 4 U 645/02-83, *unalex DE-332*; Cour de cassation (FR) 17.09.2003 – 01-12415, *unalex FR-201*; Corte d'Appello Milano (IT) 15.07.2003 – 2193/03, *unalex IT-181*; BGH (DE) 30.04.2003 – III ZR 237/02, *unalex DE-36*; OLG Düsseldorf (DE) 22.11.2002 – 17 U 49/02, *unalex DE-724*; Tribunale Udine (IT) 02.08.2002 – 1096/02, *unalex IT-116*; OLG Düsseldorf (DE) 19.06.2002 – I-15 U 211/01, *unalex DE-1101*; Polymeles Protodikeio Athens (GR) 25.02.2002 – 1516/2002, *unalex GR-7*; OLG Koblenz (DE) 11.10.2001 – 2 U 125/01, *unalex DE-444*; OLG Köln (DE) 16.07.2001 – 16 U 22/01, *unalex DE-114*; Audiencia Provincial Murcia (ES) 18.06.2001 – 313/2001, *unalex ES-60*; OGH (AT) 16.05.2001 – 6 Ob 27/01s, *unalex AT-171*; Cour de cassation (FR) 15.05.2001 – 99-17132, *unalex FR-5*; Polymeles Protodikeio Rhodes (GR) 12.04.2001 – 123/2002, *unalex GR-44*; Cour de cassation (FR) 13.03.2001 – 97-18694, *unalex FR-33*; Supreme Court (IE) 21.12.2000 – 122/99 – Bio-Medical Research Ltd. trading as Slendertone / Delatex SA, *unalex IE-39*; Tribunal d'arrondissement (LU) 14.07.2000 – 492/00, *unalex LU-33*; Cour de cassation (FR) 27.06.2000 – 98-15979, *unalex FR-61*; Cour de cassation (FR) 27.06.2000 – 98-10359, *unalex FR-60*; Cour de cassation (FR) 20.06.2000 – 95-17619 (2), *unalex FR-53*; OGH (AT) 28.02.2000 – 3 Ob 45/00i, *unalex AT-235*; Cour de cassation (FR) 08.02.2000 – 97-21542, *unalex FR-25*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 28.01.2000 – QBCMI 99/0523/3 – Crédit Agricole Indosuez / Chailease Finance Corporation, *unalex UK-6*; Cour de cassation (FR) 14.12.1999 – 95-21374, *unalex FR-174*; High Court (IE) 06.05.1999 – 1998 No. 4338p – Bio-Medical Research Limited trading as Slendertone /Delatex SA, *unalex IE-3*; BGH (DE) 25.02.1999 – VII ZR 408/97, *unalex DE-59*; Corte di Cassazione (IT) 01.02.1999 – 6, *unalex IT-100*; Korkein Oikeus (FI) 12.11.1998 – S 96/2325, *unalex FI-8*; Corte di Cassazione (IT) 28.10.1998 – 10730, *unalex IT-99*; Corte di Cassazione (IT) 06.08.1998 – 7714, *unalex IT-96*; Cour de cassation (FR) 30.06.1998 – 96-16776, *unalex FR-237*; Corte di Cassazione (IT) 23.12.1997 – 13015, *unalex IT-92*; Tribunale Milano (IT) 04.12.1997 – Banca Agricola Milanese SPA / Commerzbank AG, *unalex IT-127*; Cour de cassation (FR) 21.10.1997 – 95-14167, *unalex IT-108*; OGH (AT) 09.09.1997 – 4 Ob 233/97m, *unalex AT-125*; OLG München (DE) 09.07.1997 – 7 U 2246/97, *unalex DE-691*; Cour de cassation (FR) 18.03.1997 – 94-17852, *unalex FR-101*; Polymeles Protodikeio Thessaloniki (GR) 17.09.1996 – 24779/1996, *unalex GR-48*; Cour de cassation (FR) 06.02.1996 – 94-12115, *unalex FR-121*; LG Berlin (DE) 28.09.1995 – 30 O 206/95, *unalex DE-722*; OLG Köln (DE) 19.07.1995 – 13 W 22/95, *unalex DE-688*; Corte di Cassazione (IT) 19.12.1994 – 10910, *unalex IT-79*; OLG Bremen (DE) 19.05.1994 – 2 U 146/93, *unalex*

DE-1199; Tribunal de commerce Liège (BE) 10.02.1994 – 879/92, *unalex BE-73*; Cour de cassation (FR) 09.02.1994 – 92-13016, *unalex FR-267*; OLG Hamm (DE) 28.01.1994 – 29 U 147/92, *unalex DE-694*; Polymeles Protodikeio Piraeus (GR) 13.01.1994 – 22/1994, *unalex GR-40*; OLG Karlsruhe (DE) 11.02.1993 – 4 U 61/92, *unalex DE-84*; OLG Schleswig (DE) 04.06.1992 – 2 U 78/91, *unalex DE-52*; Tribunal d'arrondissement (LU) 08.05.1992 – 764/92, *unalex LU-87*; BGH (DE) 31.01.1991 – III ZR 150/88, *unalex DE-685*; OLG Hamburg (DE) 28.09.1989 – 6 U 88/89, 6 U 89/89, *unalex DE-292*; Corte di Cassazione (IT) 12.11.1988 – 6126, *unalex IT-35*; LG Köln (DE) 05.05.1988 – 83 O 42/87, *unalex DE-301*; Corte di Cassazione (IT) 28.05.1987 – 4795, *unalex IT-28*; LG Kaiserslautern (DE) 05.05.1987 – 2 S 123/84, *unalex DE-504*; LG Kaiserslautern (DE) 05.05.1987 – 2 S 123/84, *unalex DE-504*; Corte di Cassazione (IT) 20.03.1986 – 197, *unalex IT-24*; OLG Hamm (DE) 27.02.1985 – 20 U 222/84, *unalex DE-692*; LG München II (DE) 17.09.1984 – 1 HKO 1673/84, *unalex DE-314*; LG Bochum (DE) 24.01.1984 – 12 O 185/83, *unalex DE-312*; Corte di Cassazione (IT) 21.11.1983 – 6924, *unalex IT-155*; Cour de cassation (FR) 02.06.1981 – 79-16354, *unalex FR-248*; OLG Stuttgart (DE) 12.02.1981 – 10 U 195/80, *unalex DE-569*; OLG Frankfurt am Main (DE) 28.11.1979 – 21 U 59/79, *unalex DE-482*; LG Waldshut-Tiengen (DE) 28.06.1979 – 2 O 327/78, *unalex DE-477*; OLG Frankfurt am Main (DE) 15.06.1979 – 10 U 201/78, *unalex DE-518*; OLG Frankfurt am Main (DE) 09.01.1979 – 5 U 109/78, *unalex DE-515*; OLG Bremen (DE) 06.04.1978 – 2 U 126/77, *unalex DE-515*; OLG Frankfurt am Main (DE) 03.03.1977 – 6 U 105/76, *unalex DE-457*; OLG Frankfurt am Main (DE) 09.12.1975 – 20 W 185/75, *unalex DE-725*; para análogas afirmaciones, en relación con el Convenio de Lugano, véase Tribunal cantonal Valais (CH) 23.07.2007 – C10766, *unalex CH-41*; OGH (AT) 26.04.2005 – 4 Nc 12/05k, *unalex AT-98*; Cour de cassation (FR) 02.03.2004 – 01-15520, *unalex FR-214*; OLG Stuttgart (DE) 13.12.2000 – 3 U 169/00, *unalex DE-58*; OGH (AT) 14.09.2000 – 2 Ob 220/00t, *unalex AT-237*; Cour de cassation (FR) 30.05.2000 – 98-18391, *unalex FR-187*; Bundesgericht (CH) 25.07.2000 – 4C.350/1999/rnd, *unalex CH-263*; OLG Dresden (DE) 24.11.1998 – 14 U 713/98, *unalex DE-111*; OGH (AT) 12.11.1998 – 2 Ob 304/98i – Z. / A. und L., *unalex AT-143*; OGH (AT) 28.07.1998 – 1 Ob 173/98t, *unalex AT-139*; HG Wien (AT) 04.03.1997 – 1 R 40/97x – C. / L., *unalex AT-248*.

(196) ECJ 29.06.1994 – C-288/92 – Custom Made Commercial Ltd. / Stawa Metallbau GmbH, *unalex EU-82*; Corte d'Appello Milano (IT) 24.10.2005 – 2476/05, *unalex IT-283*; Tribunale Reggio Emilia (IT) 10.05.2005 – 770, *unalex IT-185*; Corte di Cassazione (IT) 15.02.2005 – 2983, *unalex IT-187*; LG Bad Kreuznach (DE) 04.11.2004 – 5 O 100/02, *unalex DE-588*; OGH (AT) 29.03.2004 – 5 Ob 313/03w, *unalex AT-86*; OGH (AT) 18.11.2003 – 4Ob191/03x, *unalex AT-10*; Corte d'Appello Milano (IT) 19.09.2003 – Maglificio Mida SRL / Alma SA, *unalex IT-268*; Supremo Tribunal de Justiça (PT) 18.06.2003 – 2557/02, *unalex PT-31*; Corte di Cassazione (IT) 18.10.2002 – 14837, *unalex IT-9*; OLG Koblenz (DE) 04.10.2002 – 8 U 1909/01, *unalex DE-439*; LG Freiburg (DE) 26.04.2002 – 8 O 417/01I, *unalex DE-1027*; Corte di Cassazione (IT) 15.03.2002 – 3876, *unalex IT-10*; OLG Koblenz (DE) 11.10.2001 – 2 U 125/01, *unalex DE-444*; OLG Köln (DE) 16.07.2001 – 16 U 22/01, *unalex DE-114*; Cour de cassation (FR) 26.06.2001 – 99-18582, *unalex FR-68*; Cour de cassation (FR) 26.06.2001 – 99-14844, *unalex FR-3*; LG Trier (DE) 07.12.2000 – 7 HK O 155/00, *unalex DE-1020*; Corte di Cassazione (IT) 19.06.2000 – 448, *unalex IT-5*; OLG Stuttgart (DE) 28.02.2000 – 5 U 118/99, *unalex DE-568*; Corte di Cassazione (IT) 14.12.1999 – 895, *unalex IT-105*; OLG München (DE) 03.12.1999 – 23 U 4446/99, *unalex DE-701*; Corte di Cassazione (IT) 29.11.1999 – 828, *unalex IT-110*; OGH (AT) 12.11.1998 – 2 Ob 304/98i – Z. / A. und L., *unalex AT-143*; OLG Braunschweig (DE) 28.10.1999 – 2 U 27/99, *unalex DE-825*; OLG Celle (DE) 11.11.1998 – 9 U 87/98, *unalex DE-106*; OGH (AT) 10.09.1998 – 6 Ob 216/98b, *unalex AT-141*; OGH (AT) 28.07.1998 – 1 Ob 173/98t, *unalex AT-139*; Cour de cassation (FR) 16.07.1998 – 96-11984, *unalex FR-97*; OLG München (DE) 09.07.1997 – 7 U 2246/97, *unalex DE-691*; Corte di Cassazione (IT) 08.05.1998 – 4668, *unalex IT-94*; AG Berlin-Tiergarten (DE) 13.03.1997 – 2 C 22/97, *unalex DE-572*; Bundesgericht (CH) 18.01.1996 – BGE 122 III 43 – Firma T. SRL / Firma S. AG, *unalex CH-17*; OLG München (DE) 22.09.1995 – 23 U 3750/95, *unalex DE-584*; OLG Schleswig-Holstein (DE) 27.04.1995 – 11 U 191/93, *unalex DE-1198*; Cour d'appel Mons (BE) 02.03.1994 – 16430, *unalex BE-72*; OLG Karlsruhe (DE) 11.02.1993 – 4 U 61/92, *unalex DE-84*; Corte di Cassazione (IT) 21.12.1992 – 13568, *unalex IT-71*; Tribunale Verona (IT) 20.07.1992 – Maglificio Eldem SPA / Ditta Balloon Premaman, *unalex IT-134*; BGH (DE) 13.05.1992 – VIII ZR 154/91, *unalex DE-54*; Tribunal de commerce Bruxelles (BE) 20.12.1991, *unalex BE-62*; Corte di Cassazione (IT) 03.12.1990 – 11557, *unalex IT-59*; Corte di Cassazione (IT) 17.08.1990 – 8359, *unalex IT-56*; Corte di Cassazione (IT) 08.02.1990 – 859, *unalex IT-48*; Corte di Cassazione (IT) 24.08.1989 – 3751, *unalex IT-42*; Corte di Cassazione (IT) 20.07.1989 – 3398, *unalex IT-40*; Corte di Cassazione (IT) 24.10.1988 – 5739, *unalex IT-34*; Corte di Cassazione (IT) 15.10.1987 – 7625, *unalex IT-22*; OLG München (DE) 17.10.1986 – 23 U 2762/86, *unalex DE-483*; OLG Düsseldorf (DE) 09.07.1986 – 17 U 162/85, *unalex DE-506*; Corte di Cassazione (IT) 21.05.1986 – 3376, *unalex IT-25*; Corte di Cassazione (IT) 20.03.1986 – 1971, *unalex IT-24*; Corte di Cassazione (IT) 16.01.1986 – 220, *unalex IT-147*; BGH (DE) 04.04.1979 – VIII ZR 199/78, *unalex DE-474*.

(197) En este sentido, véase ECJ 06.10.1976 – 12/76 – Tessili / Dunlop, *unalex EU-129*.

(198) ECJ 28.09.1999 – C-440/97 – GIE Groupe Concorde / Kapitän des Schiffes *Suhadiwarno Panjan*, *unalex EU-60*.

(199) ECJ 17.01.1980 – 56/79 – Zelger / Salinitri, *unalex EU-19*.

(200) ECJ 17.01.1980 – 56/79 – Zelger / Salinitri, *unalex EU-19*; véase también OLG Wien (AT) 01.06.2004 – 3 R 68/04y, *unalex AT-74*; BGH (DE) 02.10.2002 – VIII ZR 163/01, *unalex DE-12*; OGH (AT) 15.01.2002 – 5 Ob 312/01w, *unalex AT-598*; OLG Köln (DE) 19.07.1995 – 13 W 22/95, *unalex DE-688*; OLG Karlsruhe (DE) 11.02.1993 – 4 U 61/92, *unalex DE-84*; OLG Hamm (DE) 27.02.1985 – 20 U 222/84, *unalex DE-692*; para afirmaciones análogas respecto al Convenio de Lugano, véase OLG Dresden (DE) 24.11.1998 – 14 U 713/98, *unalex DE-111*; Bundesgericht (CH) 21.02.1996 – 122 III 249 – K. / B., *unalex CH-16*.

(201) Así también, con refencia al Reglamento Bruselas I, OGH (AT) 08.09.2009 – 1Ob146/09s, *unalex AT-647*; OLG Köln (DE) 21.12.2005 – 16 U 47/05, *unalex DE-1066*; LG Hamburg (DE) 02.05.2005 – 415 O 184/04, *unalex DE-631*; véase también Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 28.01.2000 – QBCMI 99/0523/3 – Crédit Agricole Indosuez / Chailease Finance Corporation, *unalex UK-6*; LG Mainz (DE) 13.02.1976 – 1 RO 138/75, *unalex DE-742*.

(202) ECJ 28.09.1999 – C-440/97 – GIE Groupe Concorde / Kapitän des Schiffes *Suhadiwarno Panjan*, *unalex EU-60*; ECJ 20.02.1997 – C-106/95 – MSG, Mainschiffahrts-Genossenschaft / Les Gravières Rhénanes, *unalex EU-99*; véase también BGH (DE) 16.06.1997 – II ZR 37/94, *unalex DE-72*; OLG Hamburg (DE) 08.03.1996 – 14 U 86/95, *unalex DE-86*; BGH (DE) 17.10.1984 – I ZR 130/82, *unalex DE-309*; OLG Hamm (DE) 20.01.1977 – 2 U 120/76, *unalex DE-490*; véase también OLG Frankfurt (DE) 06.11.1979 – 5 U 39/79, *unalex DE-520*, donde el Tribunal menciona la cuestión sin determinar, sin embargo, si en el caso concreto la elección se efectuaba, de hecho, para eludir los requisitos establecidos para una próroga; en este sentido, véase también OLG Bremen (DE) 06.04.1978 – 2 U 126/77, *unalex DE-515*.

(203) Tribunale Milano (IT) 23.01.1989 – Baldi / Società Metraplan, *unalex IT-141*.

(204) En este sentido, expresamente, OGH (AT) 08.09.2009 – 1Ob146/09s, *unalex AT-647*; LG Hamburg (DE) 02.05.2005 – 415 O 184/04, *unalex DE-631*.

(205) BGH (DE) 22.04.2009 – VIII ZR 156/07, *unalex DE-1672*; BGH (DE) 22.09.2008 – II ZR 288/07, *unalex DE*-1583; OGH (AT) 16.12.2003 – 4 Ob 147/03a, *unalex AT-39*.

(206) Véase también BGH (DE) 01.06.2005 – VIII ZR 256/04, *unalex DE-335*; LG Hamburg (DE) 02.05.2005 – 415 O 184/04, *unalex DE-631*.

(207) Véase LG Trier (DE) 08.01.2004 – 7 HK.O 134/03, *unalex DE-461*; Bundesgericht (CH) 21.02.1996 – 122 III 249 – K. / B., *unalex CH-16*; Tribunal de commerce Liège (BE) 09.01.1989 – 126C/88, *unalex BE-47*.

(208) OLG Zweibrücken (DE) 28.06.2005 – 5 U 8/05, *unalex DE-607*.

(209) Véase Cour de cassation (FR) 26.05.1998 – 96-15909, *unalex FR-171*, con referencia al Convenio de Bruselas.

(210) OGH (AT) 14.12.2004 – 1 Ob 94/04m, *unalex AT-11*.

(211) Cour de cassation (FR) 05.10.2004 – 03-17757, *unalex FR-209*; Cour de cassation (FR) 05.10.2004 – 03-18641, *unalex FR-210*; Cour d'appel Liège (BE) 09.12.2002 – 2000.RG.1395, *unalex BE-14*; Cour d'appel Liège (BE) 05.03.2002, *unalex BE-13*; Cour d'appel Mons (BE) 07.01.1992 – 11862, *unalex BE-65*.

(212) Tribunal d'arrondissement (LU) 22.11.1985 – 1195/85, *unalex LU-84*.

(213) OGH (AT) 28.10.1997 – 4 Ob 313/97a, *unalex AT-127*.

(214) En contra, aparentemente, Audiencia Provincial Madrid (ES) 27.06.2003 – 903/2002, *unalex ES-38*.

(215) Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 28.01.2000 – QBCMI 99/0523/3 – Crédit Agricole Indosuez / Chailease Finance Corporation, *unalex UK-6*.

(216) Véase Hau, «Der Vertragsgerichtstand zwischen judizieller Konsolidierung und legislativer Neukonzeption», en *IPrax*, 2000, pág. 360.

(217) Véase Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.

(218) Cour de Cassation 1ère chambre civile (FR) 19.03.2008 – 06.17561, *unalex FR-533*; OLG Hamm (DE) 08.02.2007 – 21 U 138/06, *unalex DE-771*; OLG Stuttgart (DE) 19.01.2005 – 8 W 411/04, *unalex DE-797*.

(219) Para supuestos de demandas fundadas en el incumplimiento de un contrato de concesión exclusiva para el territorio de un solo Estado, véase Corte di Cassazione (IT) 06.08.1998 – 7714, *unalex IT-93*; Cour de cassation (FR) 27.02.1996 – 94-15205, *unalex FR-149*; Corte di Cassazione (IT) 13.12.1993 – 12263, *unalex IT-136*; Tribunal d'arrondissement (LU) 21.04.1988 – 37 760, *unalex LU-56*; Cour de cassation (FR) 08.01.1985 – 83-12542, *unalex FR-157*; Cour de cassation (FR) 13.11.1980 – 78-10386, *unalex FR-252*; Cour de cassation (FR) 27.11.1979 – 78-14758, *unalex FR-130*.

(220) Franzina, «Obbligazioni di non fare e obbligazioni eseguibili in più luoghi nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nel regolamento (CE) n. 44/2001», en *Rivéase dir. int. privéase proc.*, 2002, pág. 402.

(221) Para una hipótesis distinta, véase Court of Appeal (Civil Division) (UK) 30.01.2002 – A3/2001/1161 – Kenburn Waste Management / Heinz Bergmann, *unalex UK-78*.

(222) ECJ 19.02.2002 – C-256/00, Besix / Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH, *unalex EU-89*; en contra, en la jurisprudencia nacional, Pretore Padova (IT) 12.05.1986 – Società Officine Giuseppe Sordina SPA / Blanc & Co. Metallwarenfabrik, *unalex IT-178*.

(223) Corte di Cassazione (IT) 26.07.2006 – 16995 – Artex Trading SA / Italian Fashion Company, *unalex IT-228*; BGH (DE) 30.04.2003 – III ZR 237/02, *unalex DE-36*; Hoge Raad (NL) 24.09.1999 – 2000/48, *unalex NL-520*; Cour de cassation (FR) 09.12.1997 – 95-17619, *unalex FR-166*.

(224) Para ejemplos de rebeldía contra las previsiones de la regla Tessili, véase, entre otras, Cour de cassation (FR) 11.03.1997 – 94-15591, *unalex FR-169*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 19.03.1999 – Qbeni 98/0813/1 – Viskase Limited / Paul Kiefal GmbH, *unalex UK-47*.

(225) Droz, «Delendum est forum contractus? (vingt ans après les arrêts De Bloos et Tessili interprétant l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)», en *Recueil Dalloz*, 1997, «Chronique», pág. 351.

(226) Conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabo Colomer, del 16 de febrero de 1999, en GIE Groupe Concorde / Kapitän des Schiffes *Suhadiwarno Panjan*, *unalex EU-60*.

(227) Jayme, «Ein Klägergerichtsstand für den Verkäufer – Der EuGH verfehlt den Sinn des EuGVÜ», en *IPrax*, 1995, pág. 13.

(228) Clerici, «Forum solutionis e Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 al vaglio della giurisprudenza italiana», en *Rivéase dir. intern. privéase proc.*, 1997, pág. 883, *sub* nota 32.

(229) De Cristofaro, *Il foro delle obbligazioni. Profili di competenza e giurisdizione*, Turín, 1999, pág. 377.

(230) Véase OGH (AT) 12.11.1998 – 2 Ob 304/98i – Z. / A. und L., *unalex AT-143*.

(231) Ephetio Thessaloniki (GR) 31.01.2002 – 324/2002, *unalex GR-66*.

(232) Véase Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 28.01.2000 – QBCMI 99/0523/3 – Crédit Agricole Indosuez / Chailease Finance Corporation, *unalex UK-6*.

(233) Corte di Cassazione (IT) 11.12.1987 – 9214, *unalex IT-31*; Corte di Cassazione (IT) 22.05.1986 – 3411, *unalex IT-149*.

(234) Bundesgericht (CH) 25.07.2000 – 4C.350/1999/rnd, *unalex CH-263*.

(235) Véase, expresamente, Cour d'appel Liège (BE) 09.12.2002 – 2000.RG.1395, *unalex BE-14*; Cour d'appel Liège (BE) 05.03.2002, *unalex BE-13*; Cour d'appel Mons (BE) 07.01.1992 – 11862, *unalex BE-65*; véase también Tribunal civil Bruxelles (BE) 06.06.2002 – 2001/10474/A, *unalex BE-12*, donde se establece que, en todo caso, hay que tener en cuenta también los usos que, en el caso concreto, hacían que la obligación pecuniaria fuese *portable*.

(236) Véase Cour de cassation (FR) 05.10.2004 – 03-17757, *unalex FR-209*; Cour de cassation (FR) 05.10.2004 – 03-18641, *unalex FR-210*; Cour de cassation (FR) 22.02.1997 – 94-20595, *unalex FR-144*.

(237) Véase OLG Düsseldorf (DE) 06.07.2004 – I-24 U 253/03, *unalex DE-817*; BArbG (DE) 20.08.2003 – 5 AZR 45/03, *unalex DE-1669*; OLG Düsseldorf (DE)

16.03.2000 – 6 U 90/99, *unalex DE-43*; Kammergericht Berlin (DE) 28.05.1999 – 21 U 1947/99, *unalex DE-60*; OLG Dresden (DE) 24.11.1998 – 14 U 713/98, *unalex DE-111*; LG München II (DE) 17.09.1984 – 1 HKO 1673/84, *unalex DE-314*; OLG Köln (DE) 23.02.1983 – 16 U 136/82, *unalex DE-611*; OLG Stuttgart (DE) 12.02.1981 – 10 U 195/80, *unalex DE-569*.

(238) Tribunal d'arrondissement (LU) 22.11.1985 – 1195/85, *unalex LU-84*.

(239) Forsyth y Moser, «The impact of the applicable law of contract on the law of jurisdiction under the European conventions», en *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, pág. 195.

(240) Conclusiones del Abogado General Léger, del 16 de marzo de 1999, en C-420/97 – Leathertex / Bodetex, pág. 114.

(241) Véase también BGH (DE) 22.04.2009 – VIII ZR 156/07, *unalex DE-167*.

(242) Véase Tribunale Reggio Emilia (IT) 10.05.2005 – 770, *unalex IT-185*; en la doctrina, véase Jayme, «Ein Klägergerichtsstand für den Verkäufer – Der EuGH verfehlt den Sinn des EuGVÜ», en *IPrax*, 1995, pág. 14.

(243) Conclusiones del Abogado General Lenz, en C-288/92 – Custom Made Commercial Ltd. / Stawa Metallbau GmbH, págs. 73-74.

(244) Boschiero, «*Forum destinatae solutionis* e norme materiali uniformi sulla vendita internazionale», en *Collisio Legum. Studi di Diritto internazionale privato per Gerardo Broggini*, Milán, 1997, págs. 70-71.

(245) Véanse también las conclusiones del Abogado General Léger, del 16 de marzo de 1999, en C-420/97 – Leathertex / Bodetex, pág. 122.

(246) Véase ECJ 19.02.2002 – C-256/00 – Besix / Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Planungs und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar, *unalex EU-89*; ECJ 28.09.1999 – C-440/97 – GIE Groupe Concorde / Kapitän des Schiffes *Suhadiwarno Panjan*, *unalex EU-60*.

(247) ECJ 29.06.1994 – C-288/92 – Custom Made Commercial Ltd. / Stawa Metallbau GmbH, *unalex EU-82*.

(248) ECJ 29.06.1994 – C-288/92 – Custom Made Commercial Ltd. / Stawa Metallbau GmbH, *unalex EU-82*.

(249) Véase OLG Oldenburg (DE) 20.12.2007 – 8 U 138/07, *unalex DE-794*.

(250) A este propósito, véase Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.

(251) Así, expresamente, ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*, pág. 22; OLG Karlsruhe (DE) 15.01.2009 – 4 U 72/07, *unalex DE-1680*; OLG München (DE) 17.04.2008 – 23 U 4589/07, *unalex DE-1649*; OGH (AT) 03.04.2008 – 1Ob205/07i, *unalex AT-377*; OGH (AT) 24.01.2008 – 2Ob192/07k, *unalex AT-384*; OGH (AT) 30.01.2007 – 5Ob4/07k, *unalex AT-520*; BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-604*; LG Hamburg (DE) 02.05.2005 – 415 O 184/04, *unalex DE-631*; OGH (AT) 18.11.2003 – 1 Ob 63/03, *unalex AT-12*.

(252) Así, ECJ 25.02.2010 – C-381/09 – Car Trim GmbH KeySafety Systems SRL, *unalex xxx*; ECJ 03.05.2007 – C-386/05 – Color Drack GmbH / Lexx International Vertriebs GmbH, *unalex EU-153*.

(253) Véase Tribunal Supremo (ES) 09.02.2001 – 1023/2001 – Felipe / Laura, *unalex ES-6*, donde se afirma expresamente que no puede ser relevante el lugar de pago del precio.

(254) Así, Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*; Tribunale Reggio Emilia (IT) 12.12.2005 – 12.12.2005 – C. M. V. Ceramiche SPA / Bischof und Klein Gmbll & Co. Kg, *unalex IT-279*; LG Münster, 22.12.2004, en *Juris-Datenbank*.

(255) OLG München (DE) 17.04.2008 – 23 U 4589/07, *unalex DE-1649*; Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14300, *unalex IT-232*; OLG München (DE) 16.05.2007 – 20 U 1641/07, *unalex DE-1630*; OLG Köln (DE) 12.01.2007 – 19 U 11/07, *unalex DE-773*; OGH (AT) 28.09.2005 – 7 Ob 149/05w, *unalex AT-162*; OLG Köln (DE) 14.03.2005 – 16 U 89/04, *unalex DE-478*; Tribunale Rovereto (IT) 28.08.2004 – 1224/03, *unalex IT-117*; OGH (AT) 02.09.2003 – 1 Ob 123/03z, *unalex AT-38*.

(256) OLG Frankfurt am Main (DE) 31.01.2006 – 16 U 103/05, *unalex DE-687*, que ha considerado competente al Juez del *locus traditionis* también en caso de demandas basadas en contratos de fianza celebrados tras el negocio de compraventa; en contra, véase Tribunal d'arrondissement (LU) 12.07.2001 – 541/01, *unalex LU-63*), y también, en caso de demandas acumuladas: OGH (AT) 18.11.2003 – 1 Ob 63/03, *unalex AT-10*.

(257) OGH (AT) 24.01.2008 – 2Ob192/07k, *unalex AT-384*; Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14300, *unalex IT-232*; OLG Köln (DE) 14.03.2005 – 16 U 89/04, *unalex DE-478*.

(258) OLG München (DE) 16.05.2007 – 20 U 1641/07, *unalex DE-1630*.

(259) Véase la Propuesta de Reglamento CE del Consejo, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 14 de julio de 1999, COM (1999) 348 def., donde puede leerse:

«Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro:

1.

a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda;

b) salvo pacto en contrario, dicho lugar será:

– cuando se tratare de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías

– cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios».

(260) Véase, respecto a los contratos de compraventa, OGH (AT) 03.04.2008 – 1Ob205/07i, *unalex AT-377*; en relación con los contratos de prestación de servicios, véase OLG München (DE) 16.05.2007 – 20 U 1641/07, *unalex DE-1630*; OGH (AT) 30.01.2007 – 5Ob4/07k, *unalex AT-520*.

(261) En el sentido de que este pacto no puede, sin duda, deducirse del simple hecho de que los contratantes hayan aplicado el Convenio de Viena o hayan excluido su aplicación: OLG Köln (DE) 21.12.2005 – 16 U 47/05, *unalex DE-1066*.

(262) Para esta calificación, véase Broggini, «*Forum destinatae solutionis*: Passato, presente, futuro», en *Rivéase dir. int. privéase proc.*, 2000, pág. 28.

(263) Witz, «The place of performance of the obligation to pay the price», en *Journal of Law and Commerce*, 2005, págs. 330-331.

(264) En la jurisprudencia, véase OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*; OLG Köln (DE) 21.12.2005 – 16 U 47/05, *unalex DE-1066*.

(265) OLG Dresden (DE) 11.06.2007 – 3 U 336/07, *unalex DE-1708*.

(266) OLG Wien (AT) 26.02.2007 – 13R24/07f, *unalex AT-372*.

(267) En este sentido, Kropholler, «Artículo 5», *op. cit.*, pág. 137; Kannowski, Gerling y Burret, «Zum internationalen Gerichtsstand der Kaufpreisklage im Wechselspiel von EuGVVO und UN-Kaufrecht», en *Internationales Handelsrecht*,

2008, pág. 5; en la jurisprudencia, véase Corte di Cassazione (IT) 05.10.2009 – 21191, *unalex IT-439*.

(268) ECJ 20.02.1997 – C-106/95 – MSG, Mainschiffahrts-Genossenschaft / Les Gravières Rhénanes, *unalex EU-99*.

(269) Leible, «Artículo 5», *op. cit.*, pág. 114, Rn. 57; Tribunale Bolzano 18.09.2006, en *Giur. it.*, 2006, pág. 428.

(270) Franzina, «La giurisdizione in materia contrattuale. L'artículo 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni», *op. cit.*, pág. 300.

(271) BGH (DE) 02.10.2002 – VIII ZR 163/01, *unalex DE-12*.

(272) En la jurisprudencia, véase BGH (DE) 01.06.2005 – VIII ZR 256/04, *unalex DE-335*.

(273) Véase OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008 – 19 U 5/08, *unalex DE-791*; OGH (AT) 03.04.2008 – 1Ob205/07i, *unalex AT-377*; OLG Oldenburg (DE) 20.12.2007 – 8 U 138/07, *unalex DE-794*; OGH (AT) 30.01.2007 – 5Ob4/07k, *unalex AT-520*.

(274) Cour de cassation (FR) 09.07.2008 – 07.171295, *unalex FR-1016*.

(275) OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008 – 19 U 5/08, *unalex DE-791*; OLG Oldenburg (DE) 20.12.2007 – 8 U 138/07, *unalex DE-794*; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*; en doctrina, véase Czernich, Tiefenthaler y Kodek, *Kurzkommentar Europäisches Gerichtsstands und Vollstreckungsrecht. EuGVO und Lugano Übereinkommen*, 2.ª ed., Viena, 2003, pág. 71; Magnus, «Das UN-Kaufrecht und die Erfüllungsortzuständigkeit in der neuen EGVO», en *Internationales Handelsrecht*, 2002, pág. 47; Salerno, «La nozione autonoma del titolo di giurisdizione in materia di vendita», en *Rivéase dir. int. privéase proc.*, 2007, pág. 389; Schlosser, *EU-Zivilprozessrecht: EuGVVO, EuEheVO, AVAG, HZÜ, EuZVO, HBÜ, EuBVO. Kommentar*, 2.ª ed., Múnich, 2003, pág. 73.

(276) Véase, por todas, Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.

(277) Ragno, *Convenzione di Vienna e Diritto europeo*, Padua, 2009, pág. 5.

(278) Troiano, «The exclusion of the seller's liability for recognizable lacks of conformity under the CISG and the new European Sales Law: The changing fortunes of a notion of variable content», en Ferrari [ed.], *The 1980 Uniform Sales Law. Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences. Verona Conferences 2003*, Milán, 2003, págs. 147 y ss.

(279) Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*; Ferrari, «L'interpretazione autonoma del Regolamento CE 44/2001 e, in particolare, del concetto di *luogo di adempimento dell'obbligazione* di cui all'artículo 5, n. 1, lett. *b*», en *Giur. it.*, 2006, pág. 1022; Mayr y Czernich, *Europäisches Zivilprozessrecht. Eine Einführung*, Viena, 2006, pág. 81; en contra, Tribunale Rovereto (IT) 28.08.2004 – 1224/03, *unalex IT-117*, donde se afirma: «El Convenio de Viena, que es fuente de derecho material uniforme, extraña al Derecho comunitario».

(280) Para este concepto, véase Ferrari, «La vendita internazionale. Applicabilità ed applicazioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili», en Galgano [dir.], *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, 2.ª ed., vol. xxi, Padua, 2006, págs. 118-119.

(281) OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008 – 19 U 5/08, *unalex DE-791*.

(282) Tribunale Rovereto (IT) 28.08.2004 – 1224/03, *unalex IT-117*; en la doctrina, véase Lupoi, «Il nuovo "foro" per le controversie contrattuali», en *Rivéase trim. dir. proc. civéase*, 2007, pág. 504.

(283) Franzina, *La giurisdizione in materia contrattuale. L'artículo 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Padua, 2006, pág. 314.

(284) Geimer, «Artículo 5», en Geimer y Schütze [ed.], *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, EuZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht*, 2.ª ed., Múnich, 2004, pág. 176, Rn. 88.

(285) Mankowski, «Artículo 5», en Magnus y Mankowski [ed.], *Brussels I Regulation*, Múnich, 2007, Rn. 73.

(286) Mankowski, «Artículo 5», *op. cit.*, Rn. 77.

(287) Véase Audiencia Provincial Valencia (ES) 02.01.2008 – 2/2008, *unalex ES-317*.

(288) Franzina, *La giurisdizione in materia contrattuale. L'artículo 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, *op. cit.*, pág. 315.

(289) Sobre este punto, véase Wurmnest, «UN-Kaufrecht und Gerichstand des Erfüllungsort bei Nichterfüllung einer Alleinvertiebsvereinbarung», en *Internationales Handelsrecht*, 2005, pág. 113.

(290) Polymeles Protodikeio Athens (GR) 16.12.2003 – 5409/2003, *unalex GR-14*.

(291) En este sentido, véase Cour de cassation 1ère chambre civile (FR) 16.04.2008 – 07-14697, *unalex FR-450*; Cour de cassation (FR) 05.03.2008 – 06-21949, *unalex FR-407*; Audiencia Provincial Valencia (ES) 02.01.2008 – 2/2008, *unalex ES-317*; Cour d'appel Lyon (FR) 09.09.2004 – 2004/00108, *unalex FR-355*; en distinto sentido, véase OLG Köln (DE) 12.01.2007 – 19 U 11/07, *unalex DE-773*; OGH (AT) 20.02.2006 – 2 Ob 211/04z, *unalex AT-240*.

(292) Audiencia Provincial Valencia (ES) 02.01.2008 – 2/2008, *unalex ES-317*.

(293) A este propósito, véase OGH (AT) 30.01.2007 – 5Ob4/07k, *unalex AT-520*.

(294) OLG Köln (DE) 30.04.2007 – 16 U 50/06, *unalex DE-681*; OGH (AT) 30.01.2007 – 5Ob4/07k, *unalex AT-520*; BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-604*.

(295) Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*; OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008 – 19 U 5/08, *unalex DE-791*; en la doctrina, véase Mankowski, «Artículo 5 Brussels I Regulation», en Magnus y Mankowski, Múnich, 2007, Rn. 72.

(296) BGH (DE) 22.09.2008 – II ZR 288/07, *unalex DE-1583*; Theiss y Bronnen, «Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes im europäischen Zivilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung des Werklieferungsvertrages», en *EWS*, 2004, pág. 355.

(297) ECJ 25.02.2010 – C-381/09 – Car Trim GmbH KeySafety Systems SRL, *unalex xxx*.

(298) En este sentido, véase BGH (DE) 22.09.2008 – II ZR 288/07, *unalex DE-1583*; OGH (AT) 20.02.2006 – 2 Ob 211/04z, *unalex AT-240*.

(299) ECJ 25.02.2010 – C-381/09 – Car Trim GmbH KeySafety Systems SRL, *unalex IT-xxx*; OLG Karlsruhe (DE) 15.01.2009 – 4 U 72/07, *unalex DE-1680*; OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008 – 19 U 5/08, *unalex DE-791*; OLG Köln (DE) 14.03.2005 – 16 U 89/04, *unalex DE-478*.

(300) ECJ 25.02.2010 – C-381/09 – Car Trim GmbH KeySafety Systems SRL, *unalex IT-xxx*.

(301) ECJ 25.02.2010 – C-381/09 – Car Trim GmbH KeySafety Systems SRL, *unalex IT-xxx*; en sentido análogo, en la jurisprudencia nacional, véase OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008 – 19 U 5/08, *unalex DE-791*; OLG Oldenburg (DE) 20.12.2007 – 8 U 138/07, *unalex DE-794*.

(302) Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*; Corte di Cassazione (IT) 19.12.1994 – 10910, *unalex IT-79*.

(303) Ferrari, «Ancora in materia di Regolamento (CE) 44/2001 e del concetto di *luogo di consegna dei beni* di cui al suo artículo 5 n. 1 lett. *b*)», en *Giust. civéase*, vol. i, 2007, pág. 1411.

(304) Tribunale Padova (IT) 25.02.2004 – 40552 – SOMAGRI SAS / Erzeugerorga-

nisation, *unalex IT-222*; Tribunale Rimini (IT) 26.11.2002 – 3095 – Al Palazzo SRL / Bernardaud SA, *unalex IT-219*.

(305) OGH (AT) 06.02.1996 – 10 Ob 518/95 – Friedrich S. OHG / H. GmbH UA, *unalex AT-308*.

(306) LG Flensburg (DE) 19.01.2001 – 4 O 369/99, *unalex DE-1021*.

(307) OLG Köln (DE) 21.05.1996 – 22 U 4/96, *unalex DE-850*.

(308) Leible, «Artículo 5», *op. cit.*, pág. 110, Rn. 4.

(309) LG München I (DE) 29.05.1995 – 21 O 23363/94, *unalex DE-953*.

(310) Kropholler, «Artículo 5», *op. cit.*, pág. 132.

(311) Hof van Beroep Gent (BE) 24.11.2004 – 1998/AR/2613 – SRL Orintix / NV Fabelta Ninove, *unalex BE-241*; OLG Köln (DE) 26.08.1994 – 19 U 282/93, *unalex DE-874*.

(312) Ferrari, «La vendita internazionale. Applicabilità ed applicazioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili», *op. cit.*, págs. 159-162.

(313) Magnus, «Das UN-Kaufrecht und die Erfüllungsortzuständigkeit in der neuen EuGVO», *op. cit.*, pág. 47.

(314) Ferrari, «Ancora in materia di Regolamento (CE) 44/2001 e del concetto di *luogo di consegna dei beni* di cui al suo artículo 5 n. 1 lett. *b*)», *op. cit.*, pág. 1411.

(315) Así, expresamente, en la jurisprudencia, véase BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-604*.

(316) OLG Oldenburg (DE) 21.05.2008 – 5 U 27/08, *unalex DE-1686*; OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*; OLG Saarbrücken (DE) 02.08.2007 – 8 U 295/06 – 74, *unalex DE-1545*; OLG Köln (DE) 30.04.2007 – 16 U 50/06, *unalex DE-681;* OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006 – 11 U 46/06, *unalex DE-1655*; BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-604*; OLG Köln (DE) 14.03.2005 – 16 U 89/04, *unalex DE-478*; OGH (AT) 18.11.2003 – 1 Ob 63/03a, *unalex AT-12*.

(317) OLG Karlsruhe (DE) 12.06.2008 – 19 U 5/08, *unalex DE-791*; OLG Oldenburg (DE) 21.05.2008 – 5 U 27/08, *unalex DE-1686*; OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*; OGH (AT) 24.01.2008 – 2Ob 192/07k, *unalex AT-384*; OLG Köln (DE) 30.04.2007 – 16 U 50/06, *unalex DE-681;* OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006 – 11 U 46/06, *unalex DE-1655*; OLG Saarbrücken (DE) 27.10.2006 – 1 U 138/06-42, *unalex DE-639*; OLG Düsseldorf (DE) 07.03.2003 – I-23 U 199/02, *unalex DE-524*.

(318) OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*.

(319) En la jurisprudencia, véase OLG Düsseldorf (DE) 07.03.2003 – I-23 U 199/02, *unalex DE-524*; en la doctrina, véase Auer, «Erläuterungen zu der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil und Handelssachen (Europäische Gerichtsstands und Vollstreckungsverordnung – EuGVO), en Bülow, Bockstiegel, Geimer y Schütze [ed.], *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil-und Handelssachen*, Múnich, 2005, pág. 540, Rn. 56; Leible, «Artículo 5», *op. cit.*, 110, Rn. 49.

(320) En la jurisprudencia, véase OLG Düsseldorf (DE) 21.09.2007 – I-16 U 230/06, *unalex DE-806*; OLG Koblenz (DE) 13.03.2008 – 6 U 947/07, *unalex DE-793*; BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-60*; OLG Saarbrücken (DE) 27.10.2006 – 1 U 138/06-42, *unalex DE-639*.

(321) ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*.

(322) Contrariamente, en sentido favorable a una interpretación extensiva, véase, en la jurisprudencia nacional, OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*; BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-60*; OGH (AT) 07.02.2006 – 4 Nc 5/06g, *unalex AT-266*; OLG Köln (DE) 14.03.2005 – 16 U 89/04, *unalex DE-478*.

(323) ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*.

(324) OGH (AT) 08.09.2009 – 4Ob90/09b, *unalex AT-646*.

(325) ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*.

(326) En el sentido de que dicho negocio pertenece a la categoría del artículo 5, apartado 1, letra *b*), segundo inciso, véase Corte di Cassazione (IT) 19.05.2009 – 11532, en *Jurisdata*; Tribunal d'arrondissement (LU) 18.10.2007 – 109205, *unalex LU-159*.

(327) Para una afirmación favorable a la general aplicabilidad del artículo 5, apartado 1, letra *b*), con respecto a un contrato de *franchising*, Bezirksgericht Neusiedl (AT) 19.03.2009 – 6C1136/08g, *unalex AT-614*.

(328) Véase OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*; OGH (AT) 17.02.2005 – 6 Ob 148/04i, *unalex AT-109*; OGH (AT) 18.11.2003 – 1 Ob 63/03a, *unalex AT-12*; en el supuesto concreto, puede, sin embargo, aplicarse dicho criterio de competencia judicial también a un contrato de uno de los tipos mencionados, cuando no concurran los requisitos para la aplicabilidad del criterio preferente; véase Audiencia Provincial Baleares (ES) 02.12.2004 – 570/2004 – Policlínica Nuestra Señora del Rosario, SA / Leisurecare Insurance Servicens Ltd., *unalex ES-76*.

(329) Cour d'appel (LU) 12.06.2008 – 31612, *unalex LU-183*; OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*; OGH (AT) 08.05.2008 – 6Ob63/08w, *unalex AT-348*, donde, no obstante, de hecho, se procedió a localizar no la obligación que caracteriza el contrato de agencia, sino la obligación deducida en juicio; OLG Koblenz (DE) 13.03.2008 – 6 U 947/07, *unalex DE-793*; Corte di Cassazione (IT) 19.12.2007 – 26746, *unalex IT-404*; OLG Düsseldorf (DE) 21.09.2007 – I-16 U 230/06, *unalex DE-806*; OLG Köln (DE) 12.01.2007 – 19 U 11/07, *unalex DE-773*; Cour de cassation (FR) 03.10.2006 – 04-14233, *unalex FR-348*; Tribunale Genova (IT) 07.08.2006 – 2408/05, *unalex IT-276*; Corte di Cassazione (IT) 15.05.2006 – 11093, *unalex IT-205*.

(330) OGH (AT) 24.01.2008 – 2Ob192/07k, *unalex AT-384*; OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006 – 11 U 46/06, *unalex DE-1655*; OLG Köln (DE) 14.03.2005 – 16 U 89/04, *unalex DE-478*; LG Hamburg (DE) 02.05.2005 – 415 O 184/04, *unalex DE-631*; OLG Düsseldorf (DE) 07.03.2003 – I-23 U 199/02, *unalex DE-524*.

(331) OGH (AT) 07.02.2006 – 4 Nc 5/06g, *unalex AT-266*.

(332) Cour de cassation (FR) 11.07.2006 – 05-18021, *unalex FR-323*; Cour d'appel Limoges (FR) 07.06.2005 – 625, *unalex FR-351*; OGH (AT) 17.02.2005 – 6 Ob 148/04i, *unalex AT-109;* Supremo Tribunal de Justiça (PT) 15.02.2005 – 04A4419, *unalex PT-10*.

(333) OLG Saarbrücken (DE) 27.10.2006 – 1 U 138/06-42, *unalex DE-639*; OGH (AT) 17.02.2005 – 6 Ob 148/04i, *unalex AT-109*.

(334) Tribunal d'arrondissement (LU) 14.03.2008 – 109162, *unalex LU-178*; BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-60*.

(335) Véase OLG Köln (DE) 30.04.2007 – 16 U 50/06, *unalex DE-681*, según la cual el lugar de ejecución es el lugar de la sede del bufete del abogado; véase también BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-604*; Justice de Paix Namur (BE) 03.02.1990, *unalex BE-54*; BGH (DE) 29.01.1981 – III ZR 1/80, *unalex DE-734*; Tribunale Milano (IT) 23.01.1989 – Baldi / Società Metraplan, *unalex IT-141*, donde la competencia judicial de los tribunales del país en que se encuentra el

bufete del abogado se hace depender, sin embargo, de un acuerdo implícito entre los contratantes sobre el lugar de ejecución, admisible *ex* artículo 5, apartado 1, con las condiciones antes mencionadas.

(336) Cour d'appel Versailles (FR) 09.03.2006 – 04/09253m, *unalex FR-242*.

(337) OLG Brandenburg (DE) 19.12.2006 – 11 U 46/06, *unalex DE-1655*.

(338) OLG Zweibrücken (DE) 28.06.2005 – 5 U 8/05, *unalex DE-607*.

(339) OLG Oldenburg (DE) 21.05.2008 – 5 U 27/08, *unalex DE-1686*.

(340) OGH (AT) 18.11.2003 – 1 Ob 63/03a, *unalex AT-12*.

(341) OLG Saarbrücken (DE) 02.08.2007 – 8 U 295/06 – 74, *unalex DE-1545*.

(342) Véase LG Hamburg (DE) 02.05.2005 – 415 O 184/04, *unalex DE-631*.

(343) OGH (AT) 08.09.2009 – 4Ob90/09b, *unalex AT-646*.

(344) ECJ 06.10.1976 – 14/76 – De Bloos / Bouyer, *unalex EU-4*.

(345) ECJ 06.10.1976 – 12/76 – Tessili / Dunlop, *unalex EU*-129.

(346) ECJ 29.06.1994 – C-288/92 – Custom Made Commercial Ltd. / Stawa Metallbau GmbH, *unalex EU-82*; Tribunale Reggio Emilia (IT) 10.05.2005 – 770, *unalex IT-185*; Corte di Cassazione (IT) 14.12.1999 – 895, *unalex IT-105*; Corte di Cassazione (IT) 09.06.1995 – 6499, *unalex IT-85*; BGH (DE) 12.05.1993 – VIII ZR 110/92, *unalex DE-95*.

(347) OGH (AT) 08.09.2009 – 4Ob90/09b, *unalex AT-646*.

(348) Cour de cassation 1ère chambre civile (FR) 16.04.2008 – 07-14697, *unalex FR-450*; Audiencia Provincial Valencia (ES) 02.01.2008 – 2/2008, *unalex ES-317*; Cour de cassation (FR) 23.01.2007 – 05-12166, *unalex FR-163*, donde se afirma también que el contrato de distribución no constituye ni siquiera un contrato de prestación de servicios; Cour d'appel Lyon (FR) 09.09.2004 – 2004/00108, *unalex FR-355*.

(349) Audiencia Provincial Valencia (ES) 02.01.2008 – 2/2008, *unalex ES-317*; Cour de cassation (FR) 23.01.2007 – 05-12166, *unalex FR-163*; *contra* Cour de cassation 1ère chambre civile (FR) 16.04.2008 – 07-14697, *unalex FR-450*.

(350) Véase OLG Oldenburg (DE) 05.01.2000 – 4 U 34/99, *unalex DE-1018*; OLG Hamburg (DE) 05.10.1998 – 12 U 62/97, *unalex DE-882*; BGH (DE) 23.07.1997 – VIII ZR 130/96, *unalex DE-920*; en contra, Corte di Cassazione (IT) 14.12.1999 – 895, *unalex IT-105*.

(351) ECJ 20.01.2005 – C-27/02 – Petra Engler / Janus Versand GmbH, *unalex EU-110*; en la jurisprudencia nacional, véase BGH (DE) 01.12.2005 – III ZR 191/03, *unalex DE-492*; OLG Brandenburg (DE) 17.04.2002 – 7 U 199/01, *unalex DE-1563*.

(352) OLG Hamm (DE) 08.02.2007 – 21 U 138/06, *unalex DE-771*.

(353) OLG Stuttgart (DE) 19.01.2005 – 8 W 411/04, *unalex DE-797*.

(354) Véase Tribunal de commerce (LU) 14.01.1999 – 47824, *unalex LU-70*.

(355) LG Düsseldorf (DE) 11.01.2005 – 16 O 201/04, *unalex DE-480*.

(356) Junker, «Vom Brüsseler Übereinkommen zur Brüsseler Verordnung – Wandlungen des Internationalen Zivilprozessrechts», en *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2002, pág. 572.

(357) Witz, «The place of performance of the obligation to pay the price», *op. cit.*, pág. 329.

(358) Piltz, *Gerichtsstand des Erfüllungsortes in UN-Kaufverträge*, *op. cit.*, pág. 55; en la jurisprudencia, véase OGH (AT) 03.04.2008 – 1Ob205/07i, *unalex AT-377*; OLG Karlsruhe (DE) 15.01.2009 – 4 U 72/07, *unalex DE-1680*.

(359) Silvestri, «L'interpretazione del "luogo di consegna" ai sensi del novellato artículo 5, n. 1, lett. *b*) Reg. 44/2001: Qualche osservazione sui limiti del criterio fattuale», en *Int'L Lis*, 2004, págs. 134 y ss.

(360) Gsell, «Autonom bestimmter Gerichtsstand am Erfüllungsort nach der Brüssel I-Verordnung», en *IPrax*, 2002, pág. 491; Mankowski, «Der Erfullungsortsbegriff unter Artículo 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO – ein immer größer werdendes Ratsel?», en *Internationales Handelrecht*, 2009, pág. 47.

(361) ECJ 03.05.2007 – C-386/05 – Color Drack GmbH / Lexx International Vertriebs GmbH, *unalex EU-153*; OGH (AT) 30.05.2007 – 7Ob112/07g, *unalex AT-362*.

(362) ECJ 03.05.2007 – C-386/05 – Color Drack GmbH / Lexx International Vertriebs GmbH, *unalex EU-153*.

(363) En sentido crítico, Gardella, «The ECJ in Search of Legal Certainty: The Color Drack Decision», en *Yearbook of Private International Law*, 2007, pág. 447.

(364) ECJ 03.05.2007 – C-386/05 – Color Drack GmbH / Lexx International Vertriebs GmbH, *unalex* EU-*153*.

(365) Para esta solución, en la jurisprudencia, véase BGH (DE) 02.03.2006 – IX ZR 15/05, *unalex DE-60*.

(366) Leible y Reinart, «Gerichtsstand bei Verkauf beweglicher Sachen mit mehreren Lieferorten in einem Mitgliedsstaat», en *Europäischen Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2007, pág. 373.

(367) ECJ 13.07.06 – C-103/05 – Reisch Montage AG / Kiesel Baumaschinen Handels GmbHp, *unalex EU-137*.

(368) ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*.

(369) ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*.

(370) ECJ 23.04.09 – 533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*.

(371) Véase OLG Stuttgart (DE) 05.11.2007 – 5 U 99/07, *unalex DE-795*; OGH (AT) 30.05.2007 – 7Ob112/07g, *unalex AT-362*; OLG Köln (DE) 30.04.2007 – 16 U 50/06, *unalex DE-681*; OLG Köln (DE) 12.01.2007 – 19 U 11/07, *unalex DE-773*.

(372) Silvestri, «Brevi note in tema di proroga di competenza e *forum contractus* nel passaggio dalla convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 al Regolamento 44/2001», en *Foro it.*, 2006, c. 2192.

(373) Sobre esta cuestión, véase Eltzschig, «Art 5 Nr lit b EuGVO: Ende oder Fortführung von forum factoris und Erfüllungortbestimmung *lege causae*», en *IPrax*, 2002, págs. 481 y ss.; Gsell, «Autonom bestimmter Gerichtsstand am Erfüllungsort nach der Brüsseler I-Verordnung», *op. cit.*, pág. 487; Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 3.ª ed., Múnich, 2002, pág. 123.

(374) LG Freiburg (DE) 13.05.2005 – 2 O 401/04, *unalex DE-1071*.

(375) OLG Köln (DE) 30.04.2007 – 16 U 50/06, *unalex DE-681*.

(376) OGH (AT) 30.01.2007 – 5Ob4/07k, *unalex AT-520*; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*; OLG Köln (DE) 21.12.2005 – 16 U 47/05, *unalex DE-1066*.

(377) OGH (AT) 03.04.2008 – 1Ob205/07i, *unalex AT*-377; OLG Oldenburg (DE) 20.12.2007 – 8 U 138/07, *unalex DE-794*; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*; véase, en referencia al Convenio de Bruselas, BayObLG (DE) 29.06.2001 – 4Z AR 56/01, *unalex DE-548*.

(378) Carbone, «Giurisdizione ed efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale nello spazio giudiziario europeo: Dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE n. 44/2001», en Carbone, Frigo y Fumagalli [ed.], *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milán, 2004, pág. 20.

(379) OGH (AT) 20.02.2006 – 2 Ob 211/04z, *unalex AT-240*.

(380) Véase OGH (AT) 01.10.2008 – 6Ob176/08p, *unalex AT-561*.

(381) Corte di Cassazione (IT) 03.01.2007 – 20436 – Bourjois SAS / Gommatex Poliuretani SPA, *unalex IT-216*.

(382) OGH (AT) 01.10.2008 – 6Ob176/08p, *unalex AT-561*; OGH (AT) 30.01.2007 – 5Ob4/07k, *unalex AT-520*; OLG Stuttgart (DE) 05.11.2007 – 5 U 99/07, *unalex DE-795*.

(383) Corte di Cassazione (IT), 05.10.2009 – 21191, *unalex IT-439*; OLG Karlsruhe (DE) 15.01.2009 – 4 U 72/07, *unalex DE-1680*; OLG Dresden (DE) 11.06.2007 – 3 U 336/07, *unalex DE-1708*; Court of Appeal (Civil Division) England and Wales (UK) 20.12.2006 – [2006] EWCA Civ 1750 – Scottish & Newcastle International Ltd. / Othon Ghalanos Ltd., *unalex UK-242*; Tribunale Rovereto (IT) 24.08.2006 – 1537/05, *unalex IT-208*; OLG Frankfurt am Main (DE) 31.01.2006 – 16 U 103/05, *unalex DE-687*; OLG Köln (DE) 21.12.2005 – 16 U 47/05, *unalex DE-1066*; OLG Hamm (DE) 06.12.2005 – 19 U 120/05, *unalex DE-1067*; Tribunale Verona (IT) 22.02.2005 – 541/05, *unalex IT-186*; OGH (AT) 14.12.2004 – 1 Ob 94/04m, *unalex AT-11*; Tribunale Rovereto (IT) 28.08.2004 – 1224, *unalex IT-117*.

(384) Fawcett, Harris y Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford, 2005, pág. 108; Staudinger, «Einl. Brüssel I-VO», en Rauscher [ed.], *Europäisches Zivilprozeßrecht. Kommentar*, 2.ª ed., Múnich, 2006, pág. 27.

(385) Tribunale Vicenza, ord. 27.2.2009, ined.; Tribunale Bolzano (IT) 18.09.2006, en *Giur. it.*, 2006, pág. 428; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.

(386) OLG Stuttgart (DE) 05.11.2007 – 5 U 99/07, *unalex DE-795*.

(387) Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14299, *unalex IT-235*; Corte di Cassazione (IT) 14.05.2007 – 10941, *unalex IT-236*; Corte di Cassazione (IT) 03.01.2007 – 20436, *unalex IT-216*; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.

(388) Así, OLG München (DE) 17.04.2008 – 23 U 4589/07, *unalex DE-1639*; Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14300, *unalex IT-232*; Corte di Cassazione (IT) 14.05.2007 – 10941, *unalex IT-236*; Corte di Cassazione (IT) 14.01.2007 – 13891, *unalex IT-401*; Corte di Cassazione (IT) 03.01.2007 – 20436, *unalex IT-216*; Corte di Cassazione (IT) 27.09.2006 – 20887, *unalex IT-206*; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*; Tribunale Verona (IT) 09.12.2006 – 2488/2004 R. G. – Specchiasol SRL / Laboratorios Vendrell [...], *unalex IT-217*.

(389) Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14300, *unalex IT-232*; Corte di Cassazione (IT) 14.05.2007 – 10941, *unalex IT-236*; Corte di Cassazione (IT) 03.01.2007 – 20436, *unalex IT-216*; Corte di Cassazione (IT) 27.09.2006 – 20887, *unalex IT-206*; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*; en la doctrina, véase Ferrari, «L'interpretazione autonoma del Regolamento CE 44/2001 e, in particolare, del concetto di «luogo di adempimento dell'obbligazione» di cui all'artículo 5, n. 1, lett. *b*», *op. cit.*, pág. 1023; Fawcett, Harris y Bridge, *International sales of goods in the conflict of laws*, Oxford, 2005, pág. 108; Salerno, «La nozione autonoma del titolo di giurisdizione in materia di vendita», en *Rivéase dir. int. privéase proc.*, 2007, págs. 390 y ss.

(390) OLG Stuttgart (DE) 05.11.2007 – 5 U 99/07, *unalex DE-795*.

(391) Franzina, *La giurisdizione in materia contrattuale. L'artículo 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, *op. cit.*, págs. 390 y ss.

(392) Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14299 – Dpt. Duroplast-Technik Verwaltungs Gmbh / Chemiplastica SPA, *unalex IT-235*; Corte di Cassazione (IT) 24.07.2007 – 16296 – Formeco SRL / SA Eco-Dec N. V., *unalex IT-231*; Corte di Cassazione (IT) 14.05.2007 – 10941 – Euro Elevators SPRL / Centoducati SPA, *unalex IT-236*; Rechtbank van Koophandel Kortrijk (BE) 04.12.2003 – AR/04279/03, *unalex BE-459*.

(393) BGH (DE) 09.07.2008 – VIII ZR 184/07, *unalex DE-1583*.

(394) ECJ 25.02.2010 – C-381/09 – Car Trim GmbH KeySafety Systems SRL, *unalex IT-xxx*.

(395) Corte di Cassazione (IT) 5.10.2009 – 21191, in *Jurisdata*.

(396) Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.

(397) House of Lords (UK) 20.02.2008 – [2008] UKHL 11 – Scottish & Newcastle International Limited / Othon Ghalanos Limited, *unalex UK-349*; OGH (AT) 14.12.2004 – 1 Ob 94/04m, *unalex AT-11*.

(398) Sin embargo, véase la opinión contraria, constantemente expresada por la Corte di Cassazione italiana; entre otras, Corte di Cassazione (IT) 5.10.2009, n. 21191, en *Jurisdata*; Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14299 – Dpt. Duroplast-Technik Verwaltungs Gmbh / Chemiplastica SPA, *unalex IT-235*; en términos dubitativos, véase OGH (AT) 20.02.2006 – 2 Ob 211/04z, *unalex AT-240*, que considera necesario atender a las particularidades del caso concreto.

(399) Magnus y Lüsing, «CISG und INCOTERMS. Leistungsverzug und Fixgeschäft», en *Internationales Handelsrecht*, 2007, pág. 6; Piltz, *Gerichtsstand des Erfüllungsortes in UN-Kaufverträge*, *op. cit.*, pág. 55; BGH (DE) 22.04.2009 – VIII ZR 156/07, *unalex DE-1672*; House of Lords (UK) 20.02.2008 – [2008] UKHL 11 – Scottish & Newcastle International Limited / Othon Ghalanos Limited, *unalex UK-349*, con respecto a una cláusula FOB; Court of Appeal (Civil Division) (UK) 20.12.2006 – A3/2006/1245 – Scottish & Newcastle International Ltd. / Othon Ghalanos Ltd., *unalex UK-242*, con respecto a una cláusula CFR; OLG Karlsruhe (DE) 28.03.2006 – 8 U 218/05m, *unalex DE-612*, con respecto a una cláusula EXW; Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*, para una evaluación de carácter general; véase, bajo la vigencia del Convenio de Bruselas, Polymeles Protodikeio Thessaloniki (GR) 29.06.1998 – 16787/1998, *unalex GR-70*, en referencia a una cláusula FOB.

(400) Franzina, *La giurisdizione in materia contrattuale. L'artículo 5 n. 1 del regolamento n. 44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, *op. cit.*, pág. 397, Mankowski, «Artículo 5», *op. cit.*, Rn. 103; sin embargo véase, con respecto a la cláusula *cost-insurance-freight*, Ephetio Athens (GR) 27.07.1995 – 8723/1995, *unalex GR-34*.

(401) OLG München (DE) 17.04.2008 – 23 U 4589/07, *unalex DE-1649*; Corte di Cassazione (IT) 20.06.2007 – 14299, *unalex IT-235*; Tribunale Verona (IT) 09.12.2006 – 2488/2004 R. G. – Specchiasol SRL / Laboratorios Vendrell [...], *unalex IT-217*; OLG München (DE) 03.12.1999 – 23 U 4446/99, *unalex DE-701*; OLG Schleswig-Holstein (DE) 27.04.1995 – 11 U 191/93, *unalex DE-1198*; Corte di Cassazione (IT) 25.01.1995 – 892, *unalex IT-379*; Corte di Cassazione (IT) 25.10.1993 – 10600/93, *unalex IT-374*.

(402) Tribunale Padova, sez. distaccata di Este (IT) 10.01.2006 – 40346, *unalex IT-196*.

(403) ECJ 25.02.2010 – C-381/09 – Car Trim GmbH KeySafety Systems SRL, *unalex IT-xxx*.

(404) Hau, «Der Vertragsgerichtstand zwischen judizieller Konsolidierung und legislativer Neukonzeption», *op. cit.*, pág. 359; Kropholler, «Artículo 5», *op. cit.*, pág. 135.

(405) *Cfr.* Exposición de Motivos a la Propuesta de Reglamento CE del Consejo, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 14 de julio de 1999, COM (1999) 348 def., punto 4.2; BGH (DE) 22.04.2009 – VIII ZR 156/07, *unalex DE-167*.

(406) ECJ 23.04.09 – C-533/07 – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch / Gisela Weller – Lindhorst, *unalex EU-177*.

La renuncia implícita a la exención del IVA en transmisiones inmobiliarias

La renuncia a la exención del IVA constituye uno de los aspectos más conflictivos y problemáticos del panorama de la fiscalidad contenciosa. Mediante el presente artículo, se analiza la evolución doctrinal que la propia doctrina jurisprudencial ha tenido hasta llegar a la fijada por la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011.

Jorge de Juan Casadevall
Socio de Cuatrecasas Gonçalves-Pereira, Abogado del Estado y Doctor en Derecho

Laia Colomés Barbarà
Asociada de Cuatrecasas Gonçalves-Pereira y Máster AGT en ESADE

I. Planteamiento

La renuncia a la exención del IVA constituye uno de los aspectos más conflictivos y problemáticos del actual panorama de la fiscalidad contenciosa. El art. 20.1.20, 21 y 22 de la Ley 37/92, reguladora del IVA (en adelante, LIVA), contempla una exención objetiva, de carácter renunciable (art. 20.2 LIVA y art. 8 del Reglamento del IVA, aprobado por el Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre de 1992; en adelante, RIVA), que se proyecta sobre ciertas transacciones inmobiliarias y, en particular, sobre la entrega de terrenos rústicos y demás que no tengan la condición de edificables; sobre las aportaciones de terrenos a las juntas de compensación y las adjudicaciones de estas a los propietarios, y sobre las segundas y ulteriores entregas de edificaciones. Su fundamento jurídico, engarzado en la normativa comunitaria, reside en la propia naturaleza del tributo, que grava al consumidor final, y en el correlativo principio de neutralidad que informa su configuración jurídica.

Quizás por ello, el Legislador tributario nacional ha incrustado en la renuncia un cierto revestimiento formal que ha sido interpretado con mayor o menor rigor formal, según el interés recaudatorio del operador jurídico implicado. En efecto, en nuestro sistema de imposición indirecta, cohabitan el IVA, que grava las entregas de bienes,

prestaciones de servicios y adquisiciones comunitarias, realizados por empresarios o profesionales; y el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (ITP), que grava el tráfico patrimonial civil. La coordinación entre ambas piezas del engranaje tributario se realiza en base a los criterios de sujeción y/o exención: las operaciones sujetas a IVA están no sujetas a ITP (art. 4.4 LIVA), las no sujetas a IVA se someten a ITP (art. 7.5 del Real Decreto 1/1993, de 24 de septiembre, que aprueba la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; en adelante, LITP) y las operaciones sujetas y exentas de IVA se gravan por ITP (art. 7.5, párrafo 2.º, LITP). Este último es el caso que aquí nos interesa: las operaciones inmobiliarias exentas, que se sujetan al ITP, pero en las que esa exención es renunciable. Por lo demás, el IVA es un impuesto estatal cuya gestión corresponde a la AEAT[1], mientras que el ITP es un impuesto cedido cuyo rendimiento se atribuye íntegramente a la Administración tributaria autonómica, que asume y ejerce plenamente las potestades de gestión, recaudación e inspección con relación a este tributo.

No es infrecuente, en la práctica cotidiana, que el interés recaudatorio concurrente de ambas administraciones tributarias se traduzca en una descarnada conflictividad entre ellas sobre los supuestos de sujeción o no sujeción, o sobre los requisitos exigibles para validar la renuncia a la exención, en la que el contribuyente no se encuentra en una situación jurídica precisamente cómoda[2]. La duplicidad de procedimientos de inspección o de comprobación limitada (aunque, recientemente, y de forma impropia, en nuestra opinión, se viene utilizando el novedoso procedimiento de verificación de datos) concluirá en una regularización que afectará no solo a las cuotas tributarias dejadas de ingresar, sino también a los intereses de demora, lo que, eventualmente, puede dar lugar a la imposición de sanciones. Naturalmente, esa duplicidad impositiva y su respectivo y descoordinado celo hacendístico se troca en dos litigios frente a la Hacienda pública, en los que esta desplegará todas las prerrogativas funcionales que definen su posición jurídica exorbitante de *potentior persona*: presunción de legalidad de sus liquidaciones tributarias, desplazamiento de la carga de la prueba de la renuncia, preceptivo agotamiento de la vía económico-administrativa y, sobre todo, previa prestación de aval o caución suficiente para suspender la ejecutividad inmediata de las liquidaciones tributarias[3].

El mayor o menor rigor formalista con que se han interpretado los requisitos formales de la renuncia a la exención (transido siempre de una indisimulada voracidad recaudatoria) ha tenido su reflejo también en la doctrina administrativa y en la jurisprudencia, cuyo rítmico movimiento pendular no ha dibujado un panorama claro hasta fechas bien recientes. Tras algún titubeo inicial (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2004), el Tribunal Supremo (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2006) vino a acallar la doctrina contradictoria emanada de la jurisprudencia menor y de los tribunales económico-administrativos, al admitir la renuncia implícita a la exención del IVA en escritura pública. Con todo, no se produjo el aquietamiento de las comunidades autónomas sobre esta cuestión, en parte, por la existencia de doctrina contradictoria (en este caso, del propio Tribunal Supremo). Con la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011 (recurso contencioso 24/2005), pronunciada en un recurso de casación en interés de ley, instado por la Diputación General de Aragón, se ha zanjado definitivamente esta cuestión, obviando los problemas que, por un excesivo celo formalista, se suscitaban a los transmitentes que, vía repercusión del impuesto, habían recuperado el IVA soportado en operaciones anteriores, o a los adquirentes que no solo se habrían deducido improcedentemente las cuotas del IVA soportado, sino que, además, debían afrontar una nueva liquidación por ITP. El Alto Tribunal, con la función nomofiláctica cualificada que es inherente a la casación en interés de ley[4], ha admitido la renuncia implícita a la exención por la simple «constancia de haberse repercutido el impuesto en la propia escritura de compraventa». Veámoslo con mayor detenimiento, no sin antes hacer una breve exposición sobre el fundamento de la renuncia a la exención y de los requisitos legales que la condicionan.

II. Fundamento teórico de la renuncia a la exención

La característica esencial del IVA es su neutralidad, esto es, su configuración como un impuesto que grava el consumo final de productos y servicios, cualesquiera que sean las fases de producción o comercialización de su ciclo productivo. Pretende evitar la distorsión fiscal de precios y, por ello, somete a tributación tan solo el valor añadido de cada fase de producción, a diferencia de los llamados *impuestos plurifásicos en cascada*, en los que el impuesto se acumula sobre los impuestos exigidos en fases anteriores. Esa neutralidad fiscal se garantiza mediante su mecánica liquidadora, que descansa en el esquema de la repercusión/deducción, que permite deducir las cuotas soportadas o instar su eventual compensación con cuotas futuras o su devolución.

No es infrecuente, en la práctica cotidiana, que el interés recaudatorio concurrente entre Administración estatal y autonómica se traduzca en una descarnada conflictividad entre ellas sobre los supuestos de sujeción o no sujeción, o sobre los requisitos exigibles para validar la renuncia a la exención

Sin embargo, la doctrina ha advertido que esa deseable neutralidad fiscal conoce «impurezas» cuando, por ejemplo, se reconocen exenciones objetivas o subjetivas. Asistimos, entonces, a una «ventaja ficticia», porque, ciertamente, la empresa exenta se exonera del devengo del IVA, pero también se produce «una quiebra en la estructura del impuesto que se manifiesta por dos caminos diferentes. En primer lugar, la propia empresa exenta (bien subjetivamente, bien por la exención objetiva de sus productos o servicios) no podrá resarcirse del impuesto que le fue cargado en sus compras mediante la vía de la deducción, ya que no tiene impuesto sobre el valor de sus ventas del que deducir, ni mediante la vía del reembolso directo, ya que así lo dispone la norma. En segundo lugar, las empresas clientes o compradoras de los productos o servicios de la empresa exenta no podrán deducir de su cuota impuesto alguno, ya que no les fue repercutido en sus facturas de compra»[5].

Se produce así una distorsión en la mecánica del impuesto, consistente en convertir al empresario en consumidor final, disfunción que se agrava en las operaciones inmobiliarias exentas por su correlativa sujeción al ITP (art. 4, en relación con el art. 20.1.21, 22 y 23 LIVA). En este último caso, el panorama resultante es el siguiente: el empresario o profesional que, además de

las operaciones sujetas y no exentas que integran su tráfico habitual, realiza entregas inmobiliarias sujetas pero exentas del art. 20.1 LIVA, queda sometido al régimen de prorrata (art. 102 y ss. LIVA), con la consiguiente limitación del derecho a deducir el IVA soportado, mientras que el adquirente tributará por ITP, que no puede ser deducido.

La quiebra irreparable a la neutralidad fiscal de la exención que aparece en la fase intermedia del ciclo produce un doble efecto económico: el «efecto recuperación» y el «efecto piramidación»[6]. El «efecto piramidación» es el aumento de precios a consecuencia de la imposibilidad del sujeto pasivo de deducir las cuotas soportadas en las adquisiciones de bienes y servicios anteriores a la realización de las operaciones exentas. La repercusión jurídica, que hubiera permitido absorber las cuotas soportadas, se convierte en una repercusión o traslación económica del coste impositivo soportado, mediante el incremento del precio de bienes y servicios que presta el sujeto exento. El «efecto recuperación» (o «efecto acumulación») describe la inexistencia de coste recaudatorio para la Hacienda pública por la implantación de exenciones en el IVA y supone la acumulación de la cuota no repercutida correspondiente a la operación exenta a la siguiente fase del ciclo económico, en la que el adquirente no puede deducirse cuota soportada alguna y el valor añadido no gravado se acumula a la siguiente fase, recaudándose una cuota superior, de tal suerte que la recaudación global no se ve afectada.

Para obviar estas dificultades estructurales, preservar la neutralidad del impuesto y facilitar el ejercicio del derecho a la deducción, se establece la renuncia a la exención

Para obviar estas dificultades estructurales, preservar la neutralidad del impuesto y facilitar el ejercicio del derecho a la deducción, se establece la renuncia a la exención. La Sexta Directiva admitió la opción por la tributación del IVA para ciertas operaciones inmobiliarias[7], y la trasposición a nuestro Derecho interno consistió, precisamente con la vigente LIVA, en la regulación de la renuncia a la exención[8]. Como dice su Exposición de Motivos, la incorporación de la renuncia a la exención contribuye a «perfeccionar la legislación del Impuesto», al «evitar las consecuencias de la ruptura de la cadena de las deducciones producida por las exenciones».

Llegados a este punto, podemos afirmar que la exención del IVA aparece rodeada de unas circunstancias singulares. Por de pronto, no responde a exigencias del principio constitucional de capacidad económica, sino que reviste un carácter esencialmente técnico. En segundo lugar, es una exención tributaria que constituye una *rara avis* dentro del *genus* de los beneficios fiscales, porque perjudica más que beneficia al sujeto pasivo y porque no produce una minoración de ingresos fiscales para la Administración Tributaria («efecto recuperación»). En tercer lugar, trasciende la obligación tributaria bilateral entre acreedor tributario y sujeto pasivo para proyectar sus efectos fiscales en terceros, los adquirentes de inmuebles exentos, que ven como se desvanece su derecho a deducir[9].

Esta última circunstancia, su evidente proyección sobre la esfera jurídica de terceros, es la que mueve al Legislador a regular los requisitos de la renuncia, que no se configura como una simple renuncia abdicativa y meramente potestativa, sino como una renuncia condicional, que se sujeta al riguroso cumplimiento de unos requisitos subjetivos, objetivos y formales y que se exterioriza mediante una declaración de voluntad recepticia dirigida al adquirente de los inmuebles gravados[10].

III. Requisitos de la renuncia a la exención

Analizado el fundamento teórico que justifica la existencia de la renuncia al IVA, debemos centrarnos ahora en los requisitos exigidos en el art. 20.2 LIVA y en el art. 8 RIVA para que el sujeto pasivo pueda renunciar a la exención del IVA en el ejercicio de determinadas operaciones de carácter inmobiliario.

El art. 20.2 LIVA establece:

> 2. Las exenciones relativas a los números 20.º, 21.º y 22.º del apartado anterior podrán ser objeto de renuncia por el sujeto pasivo, en la forma y con los requisitos que se determinen reglamentariamente, cuando el adquirente sea un sujeto pasivo que actúe en el ejercicio de sus actividades empresariales o profesionales y, en función de su destino previsible, tenga derecho a la deducción total del Impuesto soportado por las correspondientes adquisiciones.
>
> Se entenderá que el adquirente tiene derecho a la deducción total cuando el porcentaje de deducción provisionalmente aplicable en el año en el que se haya de soportar el Impuesto permita su deducción íntegra, incluso en el supuesto de cuotas soportadas con anterioridad al comienzo de la realización de entregas de bienes o prestaciones de servicios correspondientes a actividades empresariales o profesionales.

El art. 8 RIVA añade que:

> Artículo 8. Aplicación de las exenciones en determinadas operaciones inmobiliarias
>
> 1. La renuncia a las exenciones reguladas en los números 20.º, 21.º y 22.º del apartado uno del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido deberá comunicarse fehacientemente al adquirente con carácter previo o simultáneo a la entrega de los correspondientes bienes.
>
> La renuncia se practicará por cada operación realizada por el sujeto pasivo y, en todo caso, deberá justificarse con una declaración suscrita por el adquirente, en la que este haga constar su condición de sujeto pasivo con derecho a la deducción total del Impuesto soportado por las adquisiciones de los correspondientes bienes inmuebles.

Por ende, para que proceda la renuncia a la exención del IVA, deberemos atender a los requisitos de carácter objetivo (las operaciones que pueden acogerse a la renuncia a la exención del IVA), los subjetivos (las condiciones que deben cumplir los sujetos pasivos que participen de las operaciones inmobiliarias) y, por último, los requisitos formales que debe revestir la renuncia a la exención para que sea eficaz.

1. *Requisitos objetivos*

Para acotar el ámbito objetivo de la exención renunciable, debemos detenernos en las operaciones del tráfico inmobilia-

rio susceptibles de renuncia que quedarán sujetas a tributación por IVA y no a ITP.

En primer lugar, el art. 20.1.20 LIVA prevé que los sujetos pasivos puedan renunciar a la exención del IVA en las entregas de terrenos rústicos y demás que no tengan la condición de edificables, incluidas las construcciones de cualquier naturaleza en ellos enclavada, indispensable para el desarrollo de una explotación agraria, y los destinados exclusivamente a parques y jardines públicos o a superficies viales de uso público.

En segundo lugar, el art. 20.1.21 LIVA se refiere a las entregas de terrenos realizadas a las juntas de compensación por parte de los propietarios de terrenos comprendidos en polígonos de actuación urbanística, y a la posterior adjudicación por las propias juntas a los propietarios en proporción a sus aportaciones iniciales, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en la normativa urbanística.

Respecto a este tipo de transacciones, debemos indicar que la Ley del ITP establece, en su art. 45.B.7, que estarán exentas las entregas de terrenos a las juntas de compensación, con lo que la renuncia a la exención del IVA carece de virtualidad práctica para el adquirente, ya que, en cualquier caso, la operación se halla exenta de IVA y de ITP.

En tercer y último lugar, la renuncia a la exención del IVA también se permite en la entrega de segundas y ulteriores edificaciones, incluidos los terrenos en donde están enclavadas, cuando se entreguen finalizada su construcción o rehabilitación, entendiendo por «primera entrega» la efectuada por el promotor una vez la construcción o rehabilitación del inmueble haya finalizado.

Podemos observar que el Legislador español limita a tres el número de operaciones inmobiliarias que pueden beneficiarse de la renuncia a la exención. Si bien estas se realizan con mucha frecuencia, no podemos olvidar que existen otras transacciones que se ejecutan habitualmente en el tráfico mercantil y que, al quedar fuera de las operaciones descritas en el art. 20.2, tributan en sede del ITP. Así, por ejemplo, podemos citar la exención de arrendamiento de terrenos y de inmuebles que se destinen a vivienda del art. 20.1.23 LIVA, que sería insusceptible de renuncia.

Como señala la doctrina[11], el Legislador español permite la renuncia a la exención del IVA en las operaciones inmobiliarias que tengan por objeto la entrega de inmuebles dejando al margen las prestaciones de servicios. Por ello, con independencia de que la norma comunitaria incluya los arrendamientos como operaciones que puedan beneficiarse de la exención del IVA, lo cierto es que la norma española no contempla que para estas operaciones pueda ser de aplicación el régimen. Esta postura parece lógica, desde una interpretación conjunta de los requisitos de carácter subjetivo exigidos por la norma, pues los sujetos pasivos que arriendan una vivienda actúan como particulares y no como empresarios, por lo que permitir la aplicación del régimen de renuncia a la exención del IVA en los casos de arrendamiento de viviendas supondrá el incumplimiento del segundo de los requisitos subjetivos.

Más sorprendente resulta la negativa del Legislador español a permitir la renuncia a la exención del IVA en el arrendamiento de terrenos, pues el mismo puede tener por objeto una actividad empresarial, dando cumplimiento íntegro a los requisitos subjetivos exigidos por la normativa del IVA. En nuestra opinión, tendría pleno sentido permitir la renuncia a la exención en estos supuestos siempre que el destino dado al terreno arrendado esté relacionado con la actividad empresarial desarrollada por el arrendatario, permitiendo a este deducirse íntegramente el IVA soportado.

2. *Requisitos subjetivos*

Los requisitos subjetivos abordan las condiciones impuestas a los sujetos que participan en la transacción inmobiliaria y que pretenden acogerse al régimen de renuncia a la exención del IVA.

En primer lugar, el art. 20.2 LIVA exige que transmitente y adquirente sean sujetos pasivos del IVA[12] actuando en el ejercicio de su actividad; de lo contrario, la operación no podrá ser objeto a la renuncia del IVA y, por tanto, estará sujeta al ITP.

Por este motivo, aun cuando ambos sujetos puedan habitualmente operar como sujetos pasivos, se exige adicionalmente que, para la concreta operación inmobiliaria objeto de la renuncia a la exención, ambas partes estén actuando en ese momento como sujetos pasivos del IVA y en ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

Este requisito, *a priori*, puede parecer de fácil apreciación, sobre todo en los casos en que las partes contratantes del negocio jurídico sean sociedades mercantiles, que, salvo prueba en contrario, estarán realizando el negocio jurídico en ejercicio de sus actividades[13].

> El Legislador impone la obligación al adquirente de manifestar fehacientemente que es sujeto pasivo del IVA y que tiene derecho a la deducción total del IVA soportado

En cualquier caso, la jurisprudencia ha establecido que la carga de la prueba sobre la condición del sujeto pasivo del transmitente incumbe a la Administración, virtud de la presunción de certeza de las declaraciones tributarias del art. 108.4 de la Ley General Tributaria (en adelante, LGT). Por ello, será la propia Administración Tributaria la que deberá probar que el sujeto que transmite el bien inmueble no lo entrega en ejercicio de sus actividades empresariales.

Sin embargo, y como analizaremos más detenidamente en el próximo apartado, dedicado a las formalidades del ejercicio de la renuncia a la exención del IVA, esta no es una cuestión que pueda ser apreciada sin un análisis previo de la operación realizada y del porcentaje de deducción provisional (prorrata) de la sociedad adquirente. Consciente de ello, el Legislador impone, en el art. 8.1 RIVA, la obligación al adquirente de manifestar fehacientemente que es sujeto pasivo del IVA y que tiene derecho a la deducción total del IVA soportado.

En efecto, el precepto reglamentario exige al transmitente declarar formalmente, de manera previa o simultáneamente a la realización del negocio jurídico, que actúa como sujeto pasivo, manifestación que debe complementarse con la declaración del adquirente de su condición de sujeto pasivo con derecho a la deducción total.

Nótese que esta comunicación únicamente es exigida al adquirente del bien inmueble; sin embargo, no se exige formalidad alguna al sujeto transmitente, más allá de la constancia de la renuncia.

Lo que es indudable, y así lo han manifestado nuestros tribunales y la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT), es que el régimen de renuncia a la exención del IVA deberá denegarse cuando se acredite que al menos uno de los sujetos partícipes en la transacción no actúa como empresario o profesional, lo que supondrá la tributación en sede del ITP y no del IVA.

El segundo de los requisitos subjetivos previstos en el RIVA es que el adquirente tenga derecho a la deducción total de la cuota soportada en la adquisición del bien objeto de la transacción inmobiliaria. Si, como hemos dicho, la voluntad del Legislador, plasmada en el art. 20.2 LIVA, es permitir el ejercicio de las deducciones, es lógico que el Legislador exija que el adquirente tenga derecho a deducirse íntegramente la cuota del IVA soportada en la operación inmobiliaria y no romper así la cadena de deducciones.

En relación con este segundo requisito subjetivo, el propio art. 20.2 LIVA establece que se entenderá que el adquirente tiene derecho a la deducción total del impuesto cuando el porcentaje de deducción provisional del ejercicio en el que deba deducirse el IVA permita su deducción íntegra.

El Legislador, por tanto, nos remite a las normas de prorrata (art. 92 y ss. LIVA) para determinar si el adquirente tiene derecho a la deducción total del impuesto soportado. Conviene subrayar que el régimen de prorrata se aplica cuando el sujeto pasivo efectúa, de manera indistinta, entregas de bienes o prestaciones de servicios que originan derecho a la deducción, junto con otras operaciones que no habilitan para el ejercicio del mencionado derecho, o bien porque están exentas o bien porque están sujetas a diferentes tipos impositivos.

De acuerdo con el art. 104.2 LIVA, el porcentaje de deducción provisional del ejercicio se obtiene con los porcentajes provisionales que corresponden al volumen de operaciones del ejercicio anterior a aquel en el que se efectúa la operación a cuya exención se pretende renunciar. Es decir, debemos tomar como referencia los porcentajes de prorrata del ejercicio anterior a aquel en que se realiza la operación para saber si nos hallamos ante un sujeto pasivo total.

En los supuestos en los que el adquirente del inmueble hubiera iniciado la actividad en el mismo ejercicio en el que se realiza la renuncia a la exención del IVA, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 111 LIVA, el porcentaje provisional, a falta de parámetros comparativos con el ejercicio anterior, será el propuesto por el sujeto pasivo a la Administración, que deberá ser necesariamente del 100 % de prorrata; de lo contario, no se podrá renunciar a la exención del IVA.

> La jurisprudencia ha declarado que la renuncia al IVA debe hacerse previa o simultáneamente a la entrega del bien, no pudiendo adherirse con posterioridad ni siquiera en una escritura de subsanación de otra anterior

Resulta interesante hacer una sucinta referencia a la situación que se produce cuando el porcentaje provisional de prorrata no es del 100 % y, por tanto, no se ha podido realizar la entrega del bien de acuerdo con el art. 20.2 LIVA, pero al final del ejercicio corriente (en el que se ha realizado efectivamente la operación) el sujeto pasivo tenga derecho a deducirse la totalidad del IVA soportado en la operación. En estos casos, aunque lo más justo sería permitir la deducción *a posteriori*, lo cierto es que permitir esta práctica no solo sería complejo (por los cálculos que requiere la regularización de la situación), sino que también entraría en colisión directa con uno de los requisitos formales exigidos por el RIVA: el que establece que la renuncia al IVA debe producirse con carácter previo o simultáneo.

En nuestra opinión, no resultaría posible una renuncia condicionada desde una interpretación literal del art. 8 RIVA, toda vez que la normativa expresamente prevé que la renuncia debe ser previa o simultánea a la entrega del bien. En el mismo sentido, aun cuando se estableciera en una de las cláusulas del contrato de compraventa (o en la escritura de elevación a público del mismo) una renuncia condicionada, de permitir esta práctica podríamos entrar en el peligroso sistema de incompatibilidad entre el ITP y el IVA, pues, aun cuando al final del ejercicio la operación podría sujetarse al IVA, lo cierto es que con anterioridad lo estaría por el ITP y, por tanto, el adquirente habría declarado y liquidado el ITP ante la Oficina Liquidadora de la comunidad autónoma que corresponda. Por este motivo, el transmitente debería rectificar la autoliquidación del IVA y el adquirente debería presentar una solicitud de devolución de ingresos indebidos del ITP al órgano de la comunidad autónoma, lo que supondría, durante un lapso de tiempo, que una misma operación pudiera estar sujeta a dos tributos incompatibles.

Por lo demás, y como expondremos a continuación, la jurisprudencia ha declarado que la renuncia al IVA debe hacerse previa o simultáneamente a la entrega del bien, no pudiendo adherirse al régimen del art. 20.2 LIVA con posterioridad ni siquiera en una escritura de subsanación de otra anterior. En conclusión, podemos afirmar que, a pesar de que al final del ejercicio en el que se ha producido la adquisición del bien inmueble el adquirente tenga una prorrata del 100 %, lo cierto es que no podrá aplicar con efectos retroactivos la renuncia a la exención del IVA, tributando la operación al ITP.

3. Requisitos formales

En tercer y último lugar, debemos analizar los requisitos formales que condicionan la viabilidad de la renuncia a la exención, que son los que revisten una mayor transcendencia y en los que la seguridad jurídica preventiva, que supone la intervención de un fedatario público también en este ámbito estrictamente fiscal, opta por impedir el conflicto larvado entre dos tributos incompatibles y gestionados por dos administraciones tributarias diferentes.

El art. 20.2 LIVA hace una remisión expresa al RIVA, que, en su art. 8.1, establece dos requisitos de carácter formal. Sintéticamente, exige que: I) el adquirente comunique fehacientemente al transmitente, con carácter previo o simultáneo a la entrega de los correspondientes bienes, su condición de sujeto pasivo con el derecho a la deducción total del impuesto soportado en la adquisición del correspondiente bien inmueble, y II) que, también previa o simultáneamente a la entrega del bien, el transmitente informe de que se renuncia a la exención del IVA.

Por lo demás, la renuncia a la exención del IVA debe realizarse para cada una de las operaciones de manera individual. Así, si en una misma transacción se transmiten dos o más inmuebles, el cumplimiento de los requisitos debe realizarse por separado e individualmente para cada operación; de lo contrario, no será válida la renuncia a la exención del IVA y las operaciones estarán sujetas al ITP en la modalidad TPO.

a) Comunicación fehaciente del adquirente de su condición de sujeto pasivo con derecho a la deducción total del impuesto soportado

El art. 8 RIVA exige que el adquirente comunique fehacientemente al transmitente que actúa como sujeto pasivo del IVA en el ejercicio de sus actividades como empresario o profesional y que, asimismo, tiene derecho a la deducción del 100 % de la cuota del IVA devengada en la transmisión del inmueble.

Esta declaración del adquirente reviste la misma transcendencia que la comunicación de la renuncia de la exención del IVA, de manera que, de no existir esta en el expediente, no se podrá optar por el régimen previsto en el art. 20.2 LIVA.

Nuestros tribunales han venido admitiendo que esta declaración pueda hacerse directamente en la escritura pública, sin que sea necesario que exista una declaración suscrita por el sujeto pasivo que deba adjuntarse a la escritura de compraventa o negocio análogo por el cual se entrega el bien objeto de transacción. Como analizaremos más adelante, nosotros sostenemos que, de la misma forma que cabe una renuncia implícita a la exención, también cabe entender implícito ese requisito formal, por la simple formalización de la escritura pública con la repercusión del impuesto.

b) Comunicación fehaciente del sujeto pasivo (el transmitente) de la renuncia a la exención del IVA previa o simultánea a la entrega del bien inmueble

Para que el régimen previsto en el art. 20.2 LIVA surta plenos efectos, deberá comunicar fehacientemente al adquirente la renuncia a la exención del IVA.

En relación con este requisito formal, debemos detenernos, en primer lugar, en el aspecto «temporal» (previa o simultáneamente a la entrega del bien) y en la interpretación que han dado la jurisprudencia y la doctrina al término *fehaciente*.

De la interpretación del art. 8 RIVA se desprende que carece de toda validez la renuncia realizada con posterioridad a la entrega del inmueble, incluso si se hace constar en una escritura de subsanación de otra anterior. Así lo han establecido el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en la Sentencia de 17 de enero de 2007 (recurso 285/2005); el de Madrid, en la Sentencia de 30 de diciembre de 2009 (recurso 604/2007); el de Andalucía, en las sentencias de 15 de junio de 2008 (recurso 3430/2001) y de 15 de junio de 2009 (recurso 3430/2001), y el del País Vasco, en la Sentencia de 17 de marzo de 2009 (recurso 666/2006), por citar algunos casos.

El precepto reglamentario exige que la renuncia sea fehaciente. La doctrina sostiene[14] que esta fehaciencia se obtiene a través de «cualquier medio que sirva para manifestar de modo diáfano, que no ofrezca dudas al adquirente, la voluntad del renunciante», y no cabría aceptar la comunicación verbal, debiendo constar necesariamente por escrito la intención del adquirente de aplicar la renuncia a la exención del IVA y, por tanto, someterse a tributación por este impuesto.

La DGT, en la Resolución de 10 de mayo de 1996, exigía que constara de forma clara e indubitada la comunicación del adquirente manifestando su intención de renunciar a la exención del IVA, admitiendo la renuncia en escritura pública, lo que ha dado lugar a múltiples matizaciones administrativas y jurisprudenciales.

Más recientemente, el debate jurídico no se ha centrado en si la declaración debe justificarse en un documento público o privado, sino en la posibilidad de que esta renuncia se desprenda implícitamente de la escritura pública de transmisión del bien inmueble, controversia esta que ha sido recientemente resuelta por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2011, que pasamos a analizar.

IV. La renuncia implícita en escritura pública: la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011

Partiendo del fundamento teórico de la renuncia a la exención, tal y como lo hemos expuesto más arriba, y siempre que concurran los requisitos subjetivos y objetivos que la condicionan, cabría plantearse si es admisible la renuncia implícita mediante la simple constancia de la repercusión del impuesto en escritura pública. Y, admitida esta hipótesis, cabría preguntarse también si esa renuncia implícita cubriría también el requisito de que el adquirente manifieste ser sujeto pasivo total del IVA y cuáles son los efectos jurídicos de esa manifestación del adquirente.

La primera cuestión ha sido resuelta recientemente por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de enero de 2011, que, como ya hemos señalado, ha sido dictada en un recurso de casación en interés de ley, zanjando definitivamente una descarnada controversia jurisprudencial en la que el propio Alto Tribunal no había permanecido ajeno.

La renuncia a la exención del IVA debe realizarse para cada una de las operaciones de manera individual

En efecto, desde una perspectiva netamente antiformalista, la DGT, en la consulta de 10 de mayo de 1996, ya había advertido que:

> A los efectos de la renuncia a la exención, debe considerarse suficiente que en la escritura pública se haga constar el gravamen por el Impuesto sobre el Valor Añadido, aunque no aparezca literalmente una renuncia expresa por el transmitente.

Sin embargo, en el Tribunal Económico-administrativo (en adelante, TEAC) no fueron permeables a la doctrina administrativa de este Centro Directivo, que tiene legalmente encomendada la iniciativa y propuesta de las disposiciones tributarias y la determinación de su alcance e interpretación.

Así, primeramente, el TEAC sostuvo la necesaria existencia de una comunicación expresa emitida por el transmitente mediante la cual manifestase su voluntad de renunciar a la exención del IVA, si bien no era necesario que esta comunicación debiese elevarse a público, siendo suficiente que constara en el expediente de adquisición del bien inmueble. En este sentido, podemos citar, a modo de ejemplo, las resoluciones del TEAC de 26 de mayo de 2009 (reclamación económico-administrativa, en adelante, REA, 4556/2008), de 3 de mayo de 2007 (REA 2486/2005), de 28 de junio de 2006 (REA 277/2006), de 10 de noviembre de 2005 (REA 846/2005) y de 17 de enero de 2001 (REA 846 y 244/2000).

Asimismo, el TEAC ha venido negando la aplicación del régimen de renuncia al IVA en los supuestos en que, si bien constaba la repercusión del impuesto en las escrituras públicas, no contaban en el expediente las facturas o bien estas eran incompletas o erróneas. Así, en las resoluciones de 9 de junio de 2000 y de 7 de marzo de 2001, exigió que constara de manera fehaciente un documento del adquirente que comunicara al transmitente su voluntad de renunciar a la exención del IVA, si bien no era necesario que este se realizara en documento público, aceptando, por tanto, la validez de la renuncia comunicada en escrito privado.

En la jurisdicción contenciosa hubo dos corrientes jurisprudenciales contrarias: una menos antiformalista, que admitía la renuncia a la exención del IVA cuando se desprendiera implícitamente de la escritura, y otra más próxima a la doctrina administrativa, que exigía que constara expresamente el término *renuncia*

Recientemente, había adoptado una postura menos formalista, consistente en permitir la renuncia tácita de la exención cuando conste en la escritura de compraventa la sujeción al IVA, pero exigiendo que previamente el adquirente haya manifestado expresamente su voluntad de aplicar el régimen al transmitente. Así, las resoluciones de 11 de junio de 2008 (REA 1735/2006) o de 16 de mayo de 2007 (REA 278/2006)[15].

Más fragmentario fue el panorama que se dibujó en la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, durante años han existido dos corrientes jurisprudenciales contrarias: una menos antiformalista, que viene admitiendo la renuncia a la exención del IVA cuando así se desprende implícitamente de la escritura, y otra tesis más próxima a la doctrina administrativa, que exigía la existencia de la comunicación fehaciente en el expediente e incluso la constancia expresa en la escritura del término *renuncia*.

La Audiencia Nacional admitió recientemente, en la Sentencia de 17 de junio de 2009 (recurso 15/2008), la renuncia tácita de la exención del IVA cuando en la escritura de adquisición conste la repercusión del impuesto. Lo cierto es que no existen muchos pronunciamientos de la Audiencia Nacional, ya que, habitualmente, la controversia jurídica se suscita en torno a la liquidación del ITP que dicta el órgano de la comunidad autónoma con posterioridad a la operación de adquisición del inmueble. Por este motivo, el tribunal competente resulta ser, en la mayoría de los casos, el Tribunal Superior de Justicia que corresponda; de aquí que no exista un fondo jurisprudencial muy extenso de la Audiencia Nacional relativo a esta cuestión.

Por ello, debemos acudir a la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer los distintos pronunciamientos que se han decantado en los últimos años y atender a la necesaria intervención del Tribunal Supremo, que ha casado las sentencias contradictorias y ha determinado la posibilidad de renunciar al IVA implícitamente en la escritura de transmisión del bien inmueble.

Así, existe, en primer lugar, una serie de Tribunales de Justicia desde siempre muy en pro del contribuyente, que vienen permitiendo la renuncia a la exención del IVA cuando implícitamente se desprenda de la escritura de compraventa la repercusión del IVA y no haya duda de que las partes conocen y voluntariamente quieren sujetar la operación al IVA. En efecto, lo importante para estos tribunales no es la formalidad de que aparezca en el expediente de compraventa o en la escritura de compraventa el término *renuncia*, sino que la voluntad de las partes sea efectivamente sujetar la operación al régimen del IVA, y si este hecho se desprende del propio expediente, se entiende cumplido el requisito establecido en el art. 8 RIVA. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia (sentencias de 29 de octubre de 2001, recurso 2690/1998, y de 26 de febrero de 2010, recurso 363/2005) siempre ha apoyado la tesis de la renuncia implícita, siempre que se cumplieran los demás requisitos exigidos por la normativa. En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el de Castilla-La Mancha sostienen la misma tesis.

Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, si bien inicialmente sostenía que la renuncia a la exención del IVA debía constar expresamente en la escritura, a partir de 2006 adoptó una tesis menos formalista. Por ello, la actual doctrina jurisprudencial, iniciada en la sentencia 359/2006, de 6 de abril de 2006, que se ha consolidado con las sentencias de 5 de octubre de 2006, de 19 de abril de 2007 y, más recientemente, de 22 de enero de 2009 (recurso 530/2005)[16], viene admitiendo la renuncia implícita en la escritura de transmisión del inmueble.

Por último, algunos Tribunales de Justicia, como los de las Islas Baleares o La Rioja, han resuelto de forma contradictoria supuestos similares, pues en algunos casos se ha aceptado la renuncia tácita de la exención al IVA cuando de forma indubitada se desprende del expediente la voluntad de las partes, mientras que otras veces han exigido con un formalismo férreo el cumplimiento de todos los requisitos formales enumerados en el art. 8 RIVA, esto es, la referencia expresa en la escritura de la renuncia y la comunicación fehaciente del adquirente manifestando su intención de sujetar al IVA la operación inmobiliaria.

Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja se ha mostrado excesivamente formalista en la Sentencia de 21 de diciembre de 2001, entendiendo que la comunicación no es un mero requisito de carácter formal, sino un elemento constitutivo para la validez de la renuncia realizada, cuya ausencia implica la inexistencia de esta y, por tanto, la inaplicación del régimen.

En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la Sentencia de 13 de junio de 2001, defiende que un documento privado no surte efectos frente a terceros, exigiendo, por tanto, que la comunicación deba protocolizarse en la escritura pública del contrato de adquisición del bien inmueble que corresponda.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en la Sentencia de 13 de junio de 2000, considera correcta la renuncia comunicada a través de un documento privado, indicando que no es necesario que para que este surta efectos deba presentarse en un registro público o bien ante un funcionario público por razón de su oficio, como exigiría el art. 1227 del Código civil.

En el ámbito de los Tribunales de Justicia, la tesis que se apoyó fue la más antiformalista, sin que sea necesario protocolizar la comunicación en la escritura pública o bien presentarla ante la autoridad competente

Observamos, pues, que la mayoría de los Tribunales de Justicia apoya la tesis más antiformalista, aceptando como suficiente la comunicación realizada por el adquirente cuando del expediente se pueda determinar que el transmitente es conocedor de la voluntad del primero para aplicar el régimen previsto en el art. 20.2 LIVA, sin que sea necesario protocolizar la comunicación en la escritura pública o bien presentarla ante la autoridad competente.

Finalmente, la controversia llegó al Tribunal Supremo, que, primero, en la Sentencia de 9 de noviembre de 2004, no fue muy receptivo a la admisión de la renuncia implícita. Su inicial interpretación formalista la sintetiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011 en los siguientes términos:

> El Tribunal Supremo, al responder en su Sentencia de 9 de noviembre de 2004 (LA LEY. 10914/2005) (rec. 7991/1999) a las pretensiones del recurrente en casación en relación con este tema, estableció, en su Fundamento de Derecho Quinto, que «en cuanto a la virtualidad de la posible "renuncia a la citada exención", la solución arbitrada por la sentencia de instancia es, como en ella se ha razonado, la jurídicamente correcta, pues el artículo 8.1 del RD 1624/1992, perfectamente habilitado (sin exceso alguno perceptible en lo esencial respecto al artículo 20.1.20 de la Ley 37/1992), exige, como garantía de los derechos e intereses de todas las partes afectadas, que la renuncia deba comunicarse fehacientemente al adquirente, con carácter previo o simultáneo a la entrega de los terrenos (circunstancia no concurrente en el presente caso, en cuanto tuvo que otorgarse una escritura pública posterior para intentar subsanar tal omisión formal —circunstancia, y acto propio, que demuestra que los interesados no concedían al dato de aparecer en la escritura de compraventa que "el transmitente había recibido una suma de dinero en concepto de IVA" el valor de una renuncia tácita o implícita de la exención de dicho Impuesto—), y, además, que, en todo caso, la renuncia, que se practicará por cada operación realizada por el sujeto pasivo, se justifique con una declaración suscrita por el adquirente», en la que este haga constar su condición de sujeto pasivo con derecho a la deducción total de IVA soportado por las adquisiciones de los correspondientes bienes (declaración que, lógicamente, tiene que ser, asimismo, coetánea a la comunicación fehaciente de la renuncia).
>
> Y es que, en definitiva, se ha querido revestir la renuncia de un carácter formalista que condiciona esencialmente su validez.
>
> En suma, el Tribunal Supremo negó inicialmente la pretendida virtualidad de la llamada *renuncia tácita* o *implícita* a la exención al hacer suyos los argumentos esgrimidos en la Sentencia de la Audiencia Nacional y enfatizar que el cumplimiento estricto de los requisitos formales establecidos en el artículo 8.1 del Reglamento del IVA son una condición esencial para la validez de dicha renuncia, criterio que consideramos debe extenderse al presente caso.

En definitiva, el Alto Tribunal no solo rechazaba la renuncia implícita, sino que, como pálido reflejo de la doctrina de los actos propios, extrae de la existencia de una escritura subsanatoria posterior el reconocimiento palmario de la inexistencia de una previa renuncia.

Por el contrario, en la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2006, se produce un cambio de doctrina legal[17] y se afirma que:

> Lo que verdaderamente interesa no es la constancia en la escritura del término *renuncia*, sino el dato real del cumplimiento del fin perseguido en la norma, que no es otro que el de garantizar la posición del adquirente frente a repercusiones no queridas, y este fin puede alcanzarse bien mediante la utilización del término *renuncia* en la escritura o a través de cualquier otro del que pueda derivarse que el transmitente renuncia, explícita o implícitamente, a la exención, que propicia una opción a favor de la mecánica del tributo y no la exoneración del gravamen.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2006 (recurso 4704/2001) había admitido la tesis de la renuncia implícita. Tras recordar que la finalidad de la renuncia no es otra que evitar la distorsión de la cadena de deducciones en el IVA y que no es necesaria la renuncia expresa en escritura pública, sostiene que:

> La renuncia a la exención del IVA por el sujeto pasivo no necesita de renuncia expresa por el transmitente en escritura pública. Basta que las partes se comuniquen la voluntad de renuncia y el cumplimiento de las condiciones para la misma, siendo estas comunicaciones entre las partes fehacientes y por escrito, sin que sea necesaria la protocolización notarial de las comunicaciones para que surtan efectos frente a terceros ni presentar una declaración suscrita por el adquirente ante la Administración de Hacienda de su domicilio fiscal. La renuncia a la exención del IVA se concibe como un acto inter partes y no ante la Hacienda pública, expreso y con comunicación por escrito de ciertas circunstancias. Es cierto que la renuncia se ha querido revestir de un cierto carácter formalista que condicione esencialmente su validez; por eso no basta con que pueda probarse que se cumplen los dos primeros requisitos materiales más arriba enunciados, sino que han de reflejarse y comunicarse por escrito al transmitente, de la misma forma que este ha de dejar constancia de

la renuncia a la exención, la cual debe ser comunicada fehacientemente al adquirente con carácter previo o simultáneo a la entrega del bien, pero resulta claro que en precepto alguno se exige que deba reflejarse necesariamente en documento público.

La necesidad de notificación «fehaciente» no implica necesariamente intervención del Notario, pero sí debe existir constancia efectiva de la notificación en el momento de la entrega del bien. Normalmente se suele incluir en la propia escritura pública de transmisión, habiendo entendido la Dirección General de Tributos, en la Resolución de 10 de mayo de 1996, contestando a una consulta formulada por la sociedad que comparece como recurrida, que se considera «renuncia comunicada fehacientemente» la constancia en escritura pública de que el transmitente ha recibido una suma de dinero en concepto de IVA aunque no aparezca la renuncia expresamente a la exención, toda vez que, con la referida indicación, se cumple suficientemente el requisito establecido reglamentariamente, con el que se pretende que ambas partes conozcan el Impuesto al que se somete la operación mediante una manifestación que igualmente haga fe frente a terceros (la Hacienda pública, en este caso).

Aunque no sea necesaria la formalización de escritura pública y la comunicación fehaciente no requiera de conducto notarial, es indudable su consideración de vehículo formal idóneo para la seguridad jurídica preventiva que evite pleitos y la consiguiente erosión de recursos y energías

En el supuesto de hecho que da lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011, el transmitente vende una vivienda sita en Zaragoza otorgando escritura pública el 17 de septiembre de 1997, en la que, sin contener *expresis verbis* la renuncia a la exención, se hace constar que «la operación a que esta escritura se refiere es acto sujeto al Impuesto sobre el Valor Añadido y, al efecto de la entidad vendedora, manifiesta que ha recibido del comprador, por tal concepto, la cantidad de 1.435.000 ptas.». Iniciado por la Diputación General de Aragón el procedimiento de comprobación e investigación por ITP, el adquirente aporta fotocopia de la factura emitida por el transmitente, de la comunicación de su condición de sujeto pasivo del IVA con derecho a la deducción total y de la escritura de rectificación de 27 de marzo de 2000, modificando la de 17 de septiembre de 1997, en la que se manifestaba que, «por omisión involuntaria, no se hizo constar en dicha escritura que la transmisión, aunque sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, estaba exenta del mismo, conforme a lo establecido en el art. 20.1.22 de la Ley 37/92, de 28 de diciembre, reguladora de dicho impuesto; y que, de conformidad con lo establecido en el art 20.2 de dicho texto legal, la sociedad vendedora [...] renunció a dicha exención en el mismo acto», al concurrir los requisitos legales para ello.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 31 de enero de 2005, combatida en la *litis,* admite la doctrina de la renuncia tácita o implícita, consistente en atribuir al acto de repercusión del IVA documentado en escritura pública la virtualidad de «comunicación fehaciente» de la renuncia a la exención. Contra esta Sentencia, se alza el Letrado de la Diputación General de Aragón, considerando esta doctrina antiformalista gravemente errónea y dañosa para el interés general, que justifica en el interés recaudatorio expectante de la Hacienda pública estatal y autonómica.

La sentencia de casación confirma, y básicamente reproduce, los razonamientos vertidos en su precedente Sentencia de 13 de diciembre de 2006, al afirmar que:

> Por todo ello, hay que entender que no resulta esencial que aparezca literalmente en la escritura una renuncia expresa del transmitente a la exención del IVA, siendo suficiente la constancia de haberse repercutido el Impuesto en la propia escritura de compraventa, pues, de esta forma, es incuestionable que adquirente y transmitente manifiestan su intención y conocimiento indubitado de que la operación queda sujeta al IVA.
>
> En conclusión, lo que verdaderamente interesa no es la constancia en la escritura del término *renuncia*, sino el dato real del cumplimiento del fin perseguido en la norma, que no es otro que el de garantizar la posición del adquirente, frente a repercusiones no queridas, y este fin puede alcanzarse bien mediante la utilización del término *renuncia* en la escritura o a través de cualquier otro del que pueda derivarse que el transmitente renuncia, explícita o implícitamente, a la exención, que propicia una opción en favor de la mecánica del tributo y no la exoneración del gravamen.

El interés de la Sentencia no reside tanto en una eventual innovación de la novedosa tesis antiformalista que habían inaugurado las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2005 y de 13 de diciembre de 2006, sino en la definitiva fijación de una doctrina legal que, por las propias características del recurso de casación de interés de ley, ahora deviene incontrovertida.

Quizás la única novedad reseñable sea la afirmación, referida a la previa o simultánea comunicación al adquirente, de que «ninguna norma exige que tal comunicación se realice en documento público, por eso una escritura en la que el representante de la sociedad transmitente manifiesta que ha recibido del comprador por el concepto de IVA una cantidad satisface la exigencia de que se haya comunicado fehacientemente al adquirente la renuncia con carácter previo o simultáneo a la entrega del inmueble» (FD Quinto). Por ello, más que de «renuncia tácita», hablamos de «renuncia implícita», porque parece que la sola constancia de la repercusión del gravamen en escritura equivale no solo a la renuncia, sino que, además, presupone que ha existido o constituye *per se* una comunicación fehaciente al adquirente, volviendo de este modo al sentido originario de la consulta de mayo de 1995.

Nótese que en el relato fáctico de todas las sentencias que admiten la renuncia tácita aparece, junto a una referencia explícita a la sujeción al IVA, o bien un documento privado de comunicación *inter partes* (con lo que la controversia jurídica gira en torno a la significación del término *comunicación fehaciente*), o bien una escritura de rectificación que, desbordando las estrechas costuras de las escrituras de rectificación[18], enmiende el supuesto error o la omisión padecida en la escritura originaria, en la que no constaba la renuncia expresa. En nuestra opinión, con la jurisprudencia definitivamente asentada y atendiendo a la *ratio* de la renuncia, que no es otra que evitar

la secuencia de deducciones en un tributo que se caracteriza por su neutralidad, la tesis antiformalista debe suponer que la sola referencia a la sujeción al IVA en la escritura pública (lo que impropiamente podríamos llamar *repercusión en escritura*)[19] equivale *a renuncia y a comunicación*, sin necesidad de otro aditamento documental o formal.

Es cierto que la jurisprudencia ha precisado que no es necesaria la formalización de escritura pública y que la comunicación sea fehaciente no significa que deba realizarse necesariamente por conducto notarial. Pero es indudable que la escritura pública constituye el idóneo vehículo formal para exteriorizar la voluntad del transmitente de someterse al IVA e incluso para incorporar la declaración del adquirente de ser sujeto pasivo con derecho a la deducción total, declaración especialmente apta para alojarse en una escritura pública[20]. De esta forma, la seguridad jurídica preventiva se extiende también a uno de los más esquinados conflictos jurídicos de la tributación inmobiliaria y evita la constante reproducción de litigios con la consiguiente erosión de recursos y energías.

(1) Es cierto que un porcentaje del rendimiento del IVA (el 35 %) se atribuye a la comunidad autónoma donde se recauda, pero su gestión tributaria sigue siendo privativa del Estado a través de la AEAT (art. 11.*f* de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas y art. 27 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía).

(2) En no pocas ocasiones pueden surgir situaciones de doble liquidación de IVA e ITP, incluso sobre el mismo sujeto pasivo, al que, por un lado, se le niega la deducción del IVA soportado, y, por el otro, se le exige el ITP; o con distintos sujetos pasivos, al transmitente exigiéndole el IVA que debió repercutir y al adquirente girándole una liquidación por ITP. Para obviar estas situaciones disfuncionales, se establece la Junta o Comisión mixta IVA/ITP.

(3) Como lenitivo a esa duplicidad de garantías, o de garantías y de pago, el art 62.8 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (en adelante, LGT) prevé la suspensión, total o parcial, sin aportación de garantías, *«cuando se compruebe que por la misma operación se ha satisfecho a la misma u otra administración una deuda tributaria o se ha soportado la repercusión de otro impuesto, siempre que el pago realizado o la repercusión soportada fuera incompatible con la deuda exigida»*. Con todo, la norma ha previsto el caso más sangrante, pero no agota todos los posibles supuestos conflictivos. Sin ir más lejos, en caso de controversia sobre el ámbito de la exención o de la validez de la renuncia, pueden aflorar dos procedimientos de inspección distintos: para regularizar el IVA en sede del transmitente y para exigir el ITP al adquirente. La nueva LGT también ha previsto, desde una perspectiva garantista, una norma especial de *dies a quo* para el cómputo de la prescripción del derecho a la devolución de ingresos indebidos, que el art 67.1 LGT, párrafo 5.º, para tributos incompatibles que graven una misma operación, desplaza a la fecha de *«resolución del órgano específicamente para dirimir cuál es el tributo procedente»*.

(4) En nuestro sistema procesal, la casación constituye un recurso extraordinario que solo cabe frente a determinadas resoluciones judiciales, por unos motivos tasados, y cuya función es depurar la correcta aplicación de la ley por el tribunal de instancia y garantizar su interpretación uniforme, trasunto del valor constitucional de la seguridad jurídica (9.3 CE). Esta función se revela, de forma muy significativa, en el recurso de casación en interés de ley, que solo cabe frente a las sentencias insusceptibles de recurso de casación ordinaria, cuando *«sea gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada»*, y versará sobre *«la correcta interpretación y aplicación»* de las normas jurídicas (art. 100.1 y 2 de la Ley 29/98, de 29 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa). El recurrente deberá postular la adopción de una determinada doctrina legal que, en caso de prosperar el recurso, quedará fijada en el fallo de la sentencia y se publicará en el BOE, y desde su publicación, *«vinculará a todos los jueces y tribunales inferiores en grado en este orden jurisdiccional»* (art 100.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). Es decir, la Ley Procesal Contenciosa, aun cuando la situación jurídica particular creada por la sentencia recurrida se mantiene inalterada, confiere a la sentencia un singular efecto vinculante del que carecen las demás sentencias del Tribunal Supremo, muy próximo al que, para las sentencias del Tribunal Constitucional, reserva el art. 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

(5) Lampreave, Gimeno y Terol, *La empresa española ante el Impuesto sobre el Valor Añadido, Madrid,* IEF, 1985, pág. 367.

(6) Sobre el particular, y sobre los efectos disfuncionales de la exención del IVA en la fase productiva intermedia, véase Banacloche Palao, *La renuncia a las exenciones en el Impuesto sobre el Valor Añadido,* Thomson Aranzadi.

(7) La Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 17 de mayo de 1977, conocida como Sexta Directiva, que, con el establecimiento de una base imponible uniforme, constituye el primer eslabón en el proceso de armonización del IVA, contempló una enumeración cerrada de exenciones en operaciones interiores, por razones de interés general o de carácter técnico. Entre estas últimas, y en cuanto a lo que nos interesa, implantaba, en su art. 13.*b*), una exención en el arrendamiento de bienes inmuebles, las entregas de edificios y las entregas de bienes inmuebles no edificados. En estas operaciones inmobiliarias exentas, el art. 13.*c*), con carácter potestativo, permitía a los estados miembros conceder a los sujetos pasivos exentos el derecho a optar por la tributación por IVA, facultándoles para *«restringir el alcance del derecho de opción» y «modalidades de su ejercicio».* Según Banacloche Palao, *op. cit.,* pág. 47, el Legislador comunitario preveía la renuncia a la exención porque se trataba de operaciones inmobiliarias que suelen darse en el tráfico empresarial, en las que tanto el transmitente como el destinatario son sujetos pasivos de IVA, por lo que es más lógica la tributación por este impuesto y, desde luego, más beneficiosa para ambas partes contratantes.

(8) Tras el silencio inicial de la primera Ley del IVA, la Ley 30/85, de 2 de agosto, reguladora del IVA, que incorporó la lista cerrada de exenciones pero no permitió a los sujetos pasivos renunciar a la exención, opción legislativa legítima, porque, como hemos señalado, el art. 13.*c*) de la Sexta Directiva confería a los estados miembros no solo libertad de transposición de la facultativa opción *(«los estados miembros podrán conceder a los sujetos pasivos el derecho a optar por la tributación»*), sino que, además, les permitía *«restringir el alcance del derecho de opción»* y regular las *«modalidades de su ejercicio».* Como ha señalado Varona Alabern, esta alternativa legislativa era tan válida como la que posteriormente adoptó la vigente LIVA, porque *«la Sexta Directiva no obliga a los estados miembros a que sus legislaciones admitan el derecho del sujeto pasivo a renunciar a la exención»* (Varona Alabern, «Las exenciones renunciables en la nueva Ley del IVA», *Quincena Fiscal,* n.º 18, 1993, pág. 24). En el mismo sentido, Cayón Gallardo, Falcón y Tella y De la Hucha Celador, *La armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea y el Sistema Tributario Español: Incidencia y convergencia,* IEF, 1990, pág. 246. Según estos autores, el art. 13.*c*) permitía a los estados conceder a los sujetos pasivos *«el derecho a optar entre la sujeción y la exención al IVA»*, pero no permitía limitar o condicionar el disfrute de las exenciones previstas en la propia Directiva.

(9) Como advierte Varona Alabern, *op. cit.,* pág. 15, en el IVA no se entabla una relación bilateral entre el sujeto pasivo (empresario o profesional) y el acreedor tributario, *«sino trilateral (hay que incluir al destinatario de la operación)».* En nuestra opinión, habría que añadir un cuarto sujeto imbricado: un acreedor tributario expectante, que es la Hacienda autonómica, cuyo crédito tributario por ITP pende de la existencia de una operación inmobiliaria sujeta pero exenta.

(10) Importando categorías dogmáticas del Derecho Privado, diremos que no estamos ante una renuncia en perjuicio de terceros, vedada por el art. 6.2 del Código civil, sino justo lo contrario. Este es precisamente el criterio que adoptó el Tribunal Económico-administrativo Central en su Resolución de 29 de mayo de 1997, para admitir renuncia a exenciones de IVA, cuando la Ley no lo había previsto expresamente. En Derecho Tributario, la cuestión no parece tan clara y, cuando menos, había suscitado alguna discusión doctrinal si la exención entraña un auténtico derecho subjetivo (lo que parecía claro en las exenciones rogadas, cuyo reconocimiento debía solicitarse por el sujeto pasivo, como las del art. 5 RIVA), o si se trataba de aspectos del tributo, indisponibles por el contribuyente. Sobre el particular, véase Banacloche Palao, *op. cit.,* pág. 36 y ss. En nuestra opinión, desde una perspectiva *iustributaria*, la categorización de la exención tributaria como derecho subjetivo, como poder de voluntad reconocido por el ordenamiento jurídico o como interés jurídicamente protegido, parece discutible cuando se trata de una exención objetiva de carácter técnico, que trasciende a terceros, por lo que no parece admisible en las demás exenciones del art. 20 LIVA, para las que no se contempla específicamente la facultad de renunciar. El carácter indisponible del crédito tributario (art. 18 LGT) y el carácter reglado de sus elementos abonan esta tesis o, cuando menos, la oponibilidad de la renuncia a la Hacienda pública (art. 17.4 LGT).

(11) Banacloche Palao, *op. cit.,* pág. 59.

(12) Recuérdese que, de acuerdo con el art. 5 LIVA, son sujetos pasivos del IVA, entre otros, *«las personas o entidades que realicen las actividades empresariales o profesionales».*

(13) Art. 5.1.*b*) LIVA, que establece que serán sujetos pasivos *«las sociedades mercantiles, salvo prueba en contrario».*

(14) Varona Albern, «El sector inmobiliario en el Impuesto sobre el Valor Añadido», pág. 21.

(15) Que se manifiesta en los siguientes términos: «Por todo ello, hay que entender que no resulta esencial que aparezca literalmente en la escritura una renuncia expresa del transmitente a la exención del IVA, siendo suficiente la constancia de haberse repercutido el Impuesto en la propia escritura de compraventa, pues de esta forma es incuestionable que adquirente y transmitente manifiestan su intención y conocimiento indubitado de que la operación queda sujeta al IVA.
En conclusión, lo que verdaderamente interesa no es la constancia en la escritura del término *renuncia*, sino el dato real del cumplimiento del fin perseguido en la norma, que no es otro que el de garantizar la posición del adquirente, frente a repercusiones no queridas, y este fin puede alcanzarse bien mediante la utilización del término *renuncia* en la escritura o a través de cualquier otro del que pueda derivarse que el transmitente renuncia, explícita o implícitamente, a la exención, que propicia una opción en favor de la mecánica del tributo y no la exoneración del gravamen. En este mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo en las sentencias de 5 Oct. 2005 (rec. de casación núm. 7352/2000) y de 13 Dic. 2006 (rec. de casación núm. 4704/2001)».

(16) En concreto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 22 de enero de 2009 establece, en el Fundamento de Derecho 3.º, lo siguiente: «La renuncia a la exención del IVA por el sujeto pasivo no necesita de renuncia expresa por el transmitente en escritura pública. Basta que las partes se comuniquen la voluntad de renuncia y el cumplimiento de las condiciones para la misma, siendo estas comunicaciones entre las partes fehacientes y por escrito, sin que sea necesaria la protocolización notarial de las comunicaciones para que surtan efectos frente a terceros ni presentar una declaración suscrita por el adquirente ante la Administración de Hacienda de su

domicilio fiscal. La renuncia a la exención del IVA se concibe como un acto inter partes y no ante la Hacienda pública, expreso y con comunicación por escrito de ciertas circunstancias. No puede, pues, negarse validez a la comunicación por el hecho de que no se entregue a la Administración Tributaria con carácter previo a la realización de la operación. La norma únicamente exige que tal comunicación se realice al adquirente. Pero no es exigible, en ningún caso, que el adquirente comunique a la Hacienda pública que cumple los requisitos exigidos para una válida renuncia a la exención del IVA.

Es cierto que la renuncia se ha querido revestir de un cierto carácter formalista que condicione esencialmente su validez; por eso no basta con que pueda probarse que se cumplen los dos primeros requisitos materiales más arriba enunciados, sino que han de reflejarse y comunicarse fehacientemente al adquirente con carácter previo o simultáneo a la entrega del bien, pero resulta claro que en precepto alguno se exige que deba reflejarse necesariamente en documento público.

La necesidad de notificación "fehaciente" no implica necesariamente intervención del Notario, pero sí debe existir constancia efectiva de la notificación en el momento de la entrega del bien. Normalmente, se suele incluir en la propia escritura pública de transmisión, habiendo entendido la Dirección General de Tributos, en la Resolución de 10 de mayo de 1996, que se considera "renuncia comunicada fehacientemente" la constancia en escritura pública de que el transmitente ha recibido una suma de dinero en concepto de IVA, aunque no aparezca la renuncia expresamente a la exención, toda vez que, con la referida indicación, se cumple suficientemente el requisito establecido reglamentariamente, con el que se pretende que ambas partes conozcan el Impuesto al que se somete la operación, mediante una manifestación que igualmente haga fe frente a terceros (la Hacienda pública, en este caso).

Por todo ello, hay que entender que no resulta esencial que aparezca literalmente en la escritura una renuncia expresa del transmitente a la exención del IVA, siendo suficiente la constancia de haberse repercutido el Impuesto en la propia escritura de compraventa, pues de esta forma es incuestionable que adquirente y transmitente manifiestan su intención y conocimiento indubitado de que la operación queda sujeta al IVA.

En conclusión, lo que verdaderamente interesa no es la constancia en la escritura del término *renuncia*, sino el dato real del cumplimiento del fin perseguido en la norma, que no es otro que el de garantizar la posición del adquirente, frente a repercusiones no queridas, y este fin puede alcanzarse bien mediante la utilización del término *renuncia* en la escritura o a través de cualquier otro del que pueda derivarse que el transmitente renuncia, explícita o implícitamente, a la exención, que propicia una opción en favor de la mecánica del tributo y no la exoneración del gravamen».

(17) Con anterioridad a esta Sentencia, había existido otro pronunciamiento del Tribunal Supremo, aunque se refería a un caso de renuncia expresa por documento privado (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2005). Y más tarde se acogió de nuevo la tesis de la renuncia tácita en un supuesto en que resultaba inaplicable por no reunir el adquirente los requisitos necesarios para su deducibilidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2007).

(18) No parece que la falta de constancia de la renuncia expresa constituya un simple error de hecho, susceptible de rectificarse en una escritura subsanatoria posterior (art. 153 del Reglamento Notarial).

(19) Impropiamente, porque la repercusión debe realizarse mediante la emisión de la correspondiente factura (art. 88.2 LIVA y Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación y se modifica el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido), que, por cierto, bien puede entenderse también como una comunicación tácita de la renuncia, al menos desde una óptica antiformalista que, ciertamente, no se compadece con el celo reglamentista de la Administración.

(20) Al menos en la medida en que la fe pública notarial se extiende a la veracidad extrínseca de la declaración del sujeto pasivo adquirente, pero no penetraría en la verdad material de si el adquirente estaba sujeto o no al régimen de prorrata o cuál era su prorrata provisional. Es más, el propio Legislador tributario, tan amigo de exigir certificados administrativos para obviar derivaciones de responsabilidad subsidiarias (art. 43.1.*f* LGT) o solidarias (art. 42.1.*c* LGT), ha renunciado a establecer aquí una norma específica de previa acreditación de la veracidad intrínseca mediante la exhibición del oportuno certificado expedido por la Administración. Por lo demás, la propia jurisprudencia ha impuesto una cierta relajación de este requisito, al interpretarlo como una simple exteriorización de un presupuesto material para la deducción. Y, más recientemente, el TEAC, en su Resolución de 22 de marzo de 2011, ha admitido la renuncia a la exención válida, ya que, en el momento en que se produjo la operación, se cumplían todos los requisitos, sin perjuicio de que, en un momento posterior y como consecuencia de una comprobación de oficio de la Administración, se advierta una incorrecta determinación del porcentaje de prorrata provisional debida a un error fundado en derecho.

El plazo para impugnar ante los tribunales la desestimación por silencio del recurso gubernativo

(Breve reflexión en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2011)

La sentencia objeto de análisis del presente artículo aborda los efectos que tiene el silencio administrativo no en una actividad estrictamente administrativa, sino en la función de calificación que realizan los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles cuando se les presentan documentos para su inscripción en los registros correspondientes. Más en concreto, es objeto de análisis si el transcurso del plazo de tres meses (art. 327, párrafo 9.º, LH) convierte en firme la desestimación del recurso gubernativo o si, por el contrario, aplicando la regulación administrativa y como consecuencia de la obligación de resolver que tiene la Administración, permite una resolución expresa posterior al vencimiento del plazo sin vinculación alguna al sentido del silencio.

Benjamín Górriz Gómez
Juez sustituto de Barcelona y profesor tutor de la UNED

I. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

1. Origen del silencio administrativo

La institución del silencio administrativo está íntimamente ligada a la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa y su consecuente necesidad de que exista un acto administrativo previo, cuya conformidad al ordenamiento jurídico es revisada por dicho orden jurisdiccional. Consecuencia directa de esta necesidad es que, en principio, quedan fuera del ámbito de fiscalización por el orden jurisdiccional contencioso aquellas situaciones en las que no haya un previo acto administrativo o,

dicho en otras palabras, la inexistencia de un acto administrativo expreso determina la imposibilidad de acceder a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. Para solucionar el problema, surge la doctrina del silencio administrativo, que, inspirada en la Ley francesa de 17 de julio de 1900, aparece plasmada con carácter general en el art. 38 LJCA, de 27 de noviembre de 1956, y, posteriormente, en el art. 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958.

Si se considera que la desestimación por silencio administrativo negativo es firme en vía administrativa por el transcurso del plazo establecido para resolver, la consecuencia obligada es la de la nulidad radical de cualquier resolución del recurso dictada con posterioridad por carecer la Administración de competencia para modificar una resolución administrativa firme

El origen de la institución está incuestionablemente ligado a la ausencia de una respuesta por parte de la Administración y su aplicación práctica se concretó en el ámbito procesal administrativo, posibilitando interponer el recurso procedente. No obstante, el silencio administrativo, como patología del procedimiento ajena al correcto funcionamiento de la Administración (según palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero, modificadora de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, precisamente en materia de silencio administrativo), sigue siendo fuente de polémica doctrinal y jurisprudencial.

2. *Configuración del silencio administrativo*

Según el sentido que la Ley dé al silencio, cabe hablar de *silencio negativo* o *desestimatorio* y de *silencio positivo* o *estimatorio*. En relación con el silencio administrativo negativo (que es el que interesa ahora), puede considerarse que, tras la Ley 4/1999, de 13 de enero[1], su configuración en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es sustancialmente igual a la de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. En ambas regulaciones se configura (a diferencia del positivo) no como un verdadero acto administrativo, sino como una mera ficción legal a efectos exclusivamente procesales, con la finalidad de permitir al interesado interponer el recurso jurisdiccional o administrativo pertinente; y la Administración sigue obligada a dictar una resolución expresa, sin estar vinculada por el sentido negativo del silencio.

II. APLICACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO DE CALIFICACIÓN REGISTRAL

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2011, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil, aborda los efectos que deba tener el silencio administrativo no en una actividad estrictamente administrativa, sino en una actividad en la que interviene la Administración, pero sin que pueda calificarse netamente de «administrativa»[2]; cuál es la función de calificación que realizan los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles cuando se les presentan documentos para su inscripción en los registros correspondientes, y, en concreto, se plantea la Sentencia si el transcurso del plazo de tres meses a que se refiere el art. 327, párrafo 9.º, LH[3] convierte en firme la desestimación del recurso gubernativo, o si, por el contrario, debe entenderse aplicable supletoriamente la regulación que sobre el silencio administrativo negativo contiene la Ley 30/1992 (LRJAP-PAC), de manera que la obligación de resolver que tiene la Administración *ex* art. 42 LRJAP-PAC[4] permite una resolución expresa posterior al vencimiento del plazo sin vinculación alguna al sentido del silencio (art. 43.3.*b* LRJAP-PAC)[5]. El Tribunal Supremo ya adelanta que, en el caso de que se considere que la desestimación por silencio administrativo negativo es firme en vía administrativa por el transcurso del plazo establecido para resolver, la consecuencia obligada es la de la nulidad radical de cualquier resolución del recurso dictada con posterioridad, por carecer la Administración de competencia para modificar una resolución administrativa firme, salvo cuando se trate de los procedimientos específicamente establecidos para ello con carácter extraordinario.

La importancia de la Sentencia comentada radica en que es la primera vez que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la cuestión y el pronunciamiento lo es del Pleno de la Sala de lo Civil, a efectos de unificar doctrina en la materia, ante la existencia de criterios opuestos en las diferentes audiencias provinciales.

1. *Posiciones de las audiencias provinciales*

Algunas audiencias provinciales se han inclinado por admitir la validez de la resolución recaída extemporáneamente fundándose, esencialmente, en la consideración de la DGRN como órgano administrativo que resuelve mediante un procedimiento de esta naturaleza los recursos interpuestos contra las calificaciones negativas del registrador, por lo que consideran de aplicación los arts. 42 y 43 LRJAP-PAC.

Otras, por contra, se han inclinado por entender que la Resolución de la DGRN recaída con posterioridad al momento en que debe entenderse producido el silencio negativo incurre en nulidad fundándose, esencialmente, en las particularidades de la calificación del registrador, que no permite considerarla como un acto administrativo ordinario; en el carácter específico del procedimiento regulado en la LH frente al régimen general del procedimiento administrativo; en el mandato expreso contenido en el art. 327, párrafo 9.º, LH; en la falta de remisión de la LH en materia de silencio administrativo a la LRJAP-PAC; en la falta de seguridad jurídica que genera la existencia de posibles resoluciones contradictorias, y en la naturaleza de los intereses afectados en los procedimientos registrales.

2. *Antecedentes de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2011*

Se presenta para su inscripción, en el Registro de la Propiedad correspondiente, una escritura de compraventa. La Registradora de la Propiedad suspende la inscripción por no relacionarse en ella los términos del poder de la representante de la vendedora de forma suficiente para permitir su calificación y no acompañarse tampoco copia autorizada de la escritura de poder.

El día 15 de julio de 2002, el Notario autorizante interpone recurso gubernativo.

La DGRN, por Resolución de 29 de septiembre de 2005 (habiendo transcurrido más de tres años desde la interposición),

estimó el recurso y revocó la calificación de la Registradora.

La Registradora acudió al Juzgado de Primera Instancia correspondiente, interponiendo demanda en solicitud de que se dejase sin efecto la Resolución de la DGRN, por considerar que el recurso gubernativo debía entenderse desestimado por el transcurso de tres meses, en virtud del art. 327, párrafo 9.º, LH.

En la regulación general del silencio administrativo, la voluntad de favorecer al administrado frente al ejercicio de las potestades exorbitantes de la Administración es un principio básico; sin embargo, en el ámbito registral, predomina la protección de los derechos de los terceros que pueden resultar afectados por el acceso al Registro de un derecho reconocido con carácter extemporáneo

El Juzgado estimó la demanda y declaró la nulidad de la Resolución de la DGRN porque, en síntesis, una vez transcurrido el plazo de tres meses, el acto presunto por silencio administrativo es firme en vía administrativa y tampoco puede modificarse cuando no cabe ya impugnarlo en vía judicial por haber transcurrido el plazo de un año desde la interposición del recurso gubernativo.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, argumentando que no puede admitirse la aplicación automática de las normas administrativas ordinarias para colmar sus lagunas en todos los casos de las resoluciones de la DGRN, dadas sus peculiares características. En este caso, no resulta de aplicación supletoria la normativa sobre el silencio administrativo, habida cuenta de que:

— El art. 327, párrafo 10.º, LH no se remite a ella, a diferencia de lo que sucede en otros pasajes del mismo artículo.

— El art. 327, párrafo 11.º, LH hace desaparecer la protección que otorga el asiento de presentación, ya que vence su prórroga al año y un día hábil desde la fecha de interposición del recurso gubernativo, que es el plazo para recurrir la desestimación presunta que se consuma a los tres meses, lo cual lleva a concluir que, al menos desde ese momento, no cabe ya modificación jurídica del *statu quo* (estado del asunto) creado por dicha desestimación presunta, ni por interposición de un recurso judicial, ni por una ulterior resolución expresa de la DGRN.

— Las funciones y objetivos que nuestro ordenamiento atribuye al Registro de la Propiedad y las especialidades del procedimiento registral respecto a la actividad estrictamente administrativa aconsejan en este punto una regulación diversa, como preconiza una parte importante de la doctrina.

— La solución adoptada no causa indefensión, dado que el transcurso del plazo de tres meses permite la apertura de la vía judicial y, con ella, se evita una situación de incerteza *sine die*.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial, el Abogado del Estado interpuso recurso de casación, que fue admitido al amparo del art. 477.2.3 LECv, por razón de interés casacional y que es resuelto por el Tribunal Supremo en la Sentencia objeto de este comentario.

3. *Fundamentos del Tribunal Supremo*

La Sentencia del Tribunal Supremo considera que la cuestión debe resolverse en el sentido de que el transcurso del plazo impuesto a la DGRN, en el párrafo 9.º del art. 327 LH, para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del Registrador, determina que se entienda desestimado el recurso y comporta la nulidad de la resolución del recurso recaída con posterioridad al transcurso de este plazo. Las razones en las que se funda son las siguientes:

— La aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo al ámbito de la calificación registral no puede aceptarse con carácter general ni de manera abstracta. La función de calificación presenta particularidades de notoria importancia respecto del régimen de las actividades de las administraciones públicas que justifican su tratamiento específico desde el punto de vista científico, normativo y jurisdiccional.

— Desde el punto de vista jurisdiccional, la revisión de la actividad registral inmobiliaria no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino al civil, por razón de la naturaleza privada y patrimonial de los derechos que constituyen su objeto [art. 3.*a*) LJCA].

— La DGRN es un órgano administrativo y sus resoluciones tienen naturaleza administrativa, pero con características muy especiales frente al régimen de la actividad administrativa. La Resolución de la DGRN no es, en consecuencia, un acto administrativo abstracto, sino que tiene como presupuesto y objeto un acto de calificación del Registrador, que no puede ser considerado por razón de su contenido como acto sujeto al Derecho Administrativo, y su consecuente jurídico es el examen de su legalidad por parte del orden jurisdiccional civil.

— De lo anterior, se sigue que la naturaleza de acto administrativo que tienen las resoluciones de la DGRN por las que se resuelven recursos contra las calificaciones negativas de los registradores de la propiedad no permite, sin más, proyectar el régimen administrativo general sobre su regulación, pues esto podría determinar efectos incompatibles con los principios del sistema registral en el que se desenvuelve la función de calificación de los registradores y el examen de su legalidad por la jurisdicción civil.

— Si no puede partirse de una aplicación automática del régimen administrativo a las resoluciones de la DGRN por las que se resuelven recursos contra calificaciones negativas de los registradores, parece razonable esperar del Legislador una remisión específica a los aspectos de dicho régimen que considere aplicables a la función registral.

— El art. 327 LH contiene remisiones concretas al régimen administrativo, pero no con respecto al silencio administrativo, sino que los efectos del silencio se regulan de manera específica, estableciendo que el recurso se entenderá desestimado por el transcurso de un determinado plazo.

— La LRJAP-PAC no sigue principios que puedan considerarse generales en la regulación de esta institución y, de hecho, estos han sido modificados de manera relevante por la Ley 4/1999.

Mientras que, en la primera redacción de la LRJAP-PAC, el silencio negativo tenía características más próximas a las de un acto presunto, en ciertas condiciones de carácter irrevocable, a partir de la Ley 4/1999, el silencio negativo se configura como una mera ficción que no permite sostener la existencia de un acto administrativo.

— Finalmente, resulta decisivo para el Tribunal Supremo el hecho de que la DGRN pudiera modificar la decisión una vez transcurrido el plazo para resolver, lo que crearía una situación de inseguridad jurídica. En efecto, el sistema registral está encaminado a la protección de derechos de carácter privado (que no son los propios del interés general, a cuya consecución va dirigida la actividad administrativa). Mientras que en la regulación general del silencio administrativo opera de manera prevalente la voluntad de favorecer al administrado frente al ejercicio de las potestades exorbitantes por parte de las administraciones públicas, en el ámbito registral predomina, en este supuesto, la protección de los derechos de los terceros que, habiendo obtenido la inscripción de su derecho, pueden resultar afectados por el acceso al Registro de un derecho reconocido por la DGRN con carácter extemporáneo, como ocurre en el caso examinado, con varios años de retraso respecto del momento en que debió decidirse el expediente.

4. Consecuencias

De la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2011 cabe extraer dos importantes consecuencias:

a) La desestimación del recurso gubernativo por el transcurso del plazo de que dispone la DGRN para resolver (*ex* art. 327, párrafo 9.º, LH, tres meses), esto es, por el silencio de la DGRN, es firme en vía administrativa.

b) Dado que la Administración carece de competencia para modificar una resolución administrativa firme, salvo por los procedimientos específicamente establecidos al efecto, la consecuencia obligada es la nulidad radical de la Resolución expresa posterior del recurso.

La Sentencia del Tribunal Supremo se pronuncia exclusivamente sobre la cuestión de la firmeza de la desestimación por silencio administrativo del recurso gubernativo, pero no lo hace sobre otra cuestión sobre la que sí se pronunció la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de que trae causa la sentencia de casación: la Sentencia del Tribunal Supremo no se pronuncia sobre cuál es el plazo de interposición de la demanda judicial contra la desestimación por silencio del recurso gubernativo o, mejor dicho, sobre cuál es el *dies a quo* del plazo previsto en el art. 328, párrafo 2.º, LH. A este respecto, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia afirmó que el acto presunto de desestimación del recurso gubernativo era inmodificable porque también había transcurrido el plazo de un año desde la interposición del recurso gubernativo (Antecedente de Hecho 1.º de la Sentencia del Tribunal Supremo).

La pregunta debe ponerse en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo en los casos de desestimaciones por silencio administrativo, previsto en el art. 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, a cuyo tenor el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso; si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

III. EL PLAZO PARA IMPUGNAR ANTE LOS TRIBUNALES LA DESESTIMACIÓN POR SILENCIO DEL RECURSO GUBERNATIVO

El art. 328 LH establece que las resoluciones presuntas de la DGRN en materia del recurso contra la calificación de los registradores serán recurribles ante los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, debiendo interponerse la demanda, en el caso de recursos desestimados por silencio administrativo, en el plazo de cinco meses y un día desde la fecha de interposición del recurso (según redacción del art. 328, párrafo 2.º, LH, dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad; antes de dicha modificación, el plazo era de un año desde la fecha de interposición del recurso gubernativo).

a) El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo en los casos de silencio administrativo negativo según el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el silencio administrativo en casos en los que resultaban afectados derechos fundamentales, esencialmente el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE). Entre otros, cabe destacar los siguientes pronunciamientos:

— El silencio administrativo negativo es una ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración. [STC 6/1986, de 21 de enero (rec. 797/1984), FJ 3.*c*; STC 72/2008, de 23 junio (rec. 6615/2005) FJ 3.º]

— La doctrina constitucional sobre el silencio administrativo negativo ha sido construida desde la perspectiva de garantizar el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción. En este sentido, la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo solicitudes de los ciudadanos, deber este que entronca con la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), así como con los valores que proclaman los arts. 24.1, 103.1 y 106.1 CE. [STC 188/2003, de 27 de octubre (rec. 1497/2000), FJ 6.º]

— Si el silencio negativo es una institución creada para evitar los efectos paralizantes de la inactividad administrativa, es evidente que, ante una resolución presunta de esta naturaleza, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir, siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento con el acto presunto, exigiéndosele un deber de diligencia que no le es exigido a la Administración en el cumplimiento de su deber legal de dictar resolución expresa en todos los procedimientos.

[STC 188/2003, de 27 de octubre (rec. 1497/2000), FJ 6.º; STC 72/2008, de 23 de junio (rec. 6615/2005), FJ 3.º]

— Frente a las desestimaciones por silencio, el ciudadano no puede estar obligado a recurrir, siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento del acto presunto, imponiéndole un deber de diligencia que, sin embargo, no le es exigible a la Administración en el cumplimiento de su deber legal de dictar resolución expresa en todos los procedimientos. [STC 72/2008, de 23 de junio (rec. 6615/2005), FJ 3.º; STC 175/2008, de 22 de diciembre (rec. 3389/2005), FJ 3.º]

— Deducir de ese comportamiento pasivo (que, no lo olvidemos, viene derivado de la propia actitud de la Administración) un consentimiento con el contenido de un acto administrativo que fue impugnado en tiempo y forma supone una interpretación absolutamente irrazonable desde el punto de vista del derecho de acceso a la jurisdicción. [STC 188/2003, de 27 de octubre (rec. 1497/2000), FJ 6.º]

Por todo ello, y aunque el art. 46.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa establece que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, cuando el acto no sea expreso, será de seis meses y se contará a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto, la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional con los anteriores pronunciamientos (y otros muchos que conforman un consolidado cuerpo de doctrina al respecto) es que, desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, no son admisibles las resoluciones judiciales que declaran la extemporaneidad y consiguiente inadmisión del recurso contencioso-administrativo por haber sido interpuesto una vez transcurrido el plazo previsto para recurrir en vía judicial contra la desestimación presunta, porque esa declaración de extemporaneidad toma como presupuesto la obligación del administrado de reaccionar en vía jurisdiccional contra la desestimación presunta por silencio administrativo negativo. En otras palabras, no son constitucionalmente admisibles las decisiones judiciales de inadmisión del recurso contencioso-administrativo (que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión) cuando la Administración ha incumplido su obligación de resolver expresamente, lo que en la práctica se traduce en que, con arreglo a esta doctrina del Tribunal Constitucional, las desestimaciones producidas por silencio administrativo pueden ser recurridas en vía contencioso-administrativa sin sujeción a plazo.

b) Y, llegados a este punto, cabe preguntarse: ¿es aplicable esta doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo, en el caso de la interposición de la demanda frente a la desestimación por silencio del recurso gubernativo?

Debe partirse de que las decisiones de inadmisión de los órganos jurisdiccionales afectan al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, y, por tanto, de lo que se trata es de evitar decisiones que, por su rigorismo o por su formalismo excesivo, impidan que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre el fondo del asunto.

Estando, por tanto, en juego el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, deben resultar indiferentes tanto el orden jurisdiccional al que se pretende acceder (sea el contencioso-administrativo o el civil) como la naturaleza de la actividad previa cuyo enjuiciamiento pretende someterse a la jurisdicción (sea estrictamente administrativa, no lo sea o sea civil). Por ello, entendemos que, con independencia de la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2011, que afecta a la declaración de firmeza de la desestimación por silencio administrativo (lo cual es una cuestión de pura legalidad ordinaria)[6], la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho de acceso a la jurisdicción en los casos de interposición de recurso contencioso-administrativo frente a desestimaciones por silencio administrativo debe ser igualmente aplicable en el caso de interposición de la demanda civil frente a la desestimación por silencio del recurso gubernativo, puesto que no puede desconocerse que la DGRN es un órgano administrativo y que, con independencia de la concreta regulación del silencio administrativo en la Ley 30/1992, el deber de la Administración de resolver expresamente en plazo las solicitudes de los ciudadanos entronca con la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), así como con los valores que proclaman los arts. 24.1, 103.1 y 106.1 CE [STC 188/2003, de 27 de octubre (rec. 1497/2000), FJ 6.º], por lo que tal deber tiene un origen constitucional y es independiente de la naturaleza de la actividad que lleve a cabo la Administración.

Por tanto, lo esencial no es la naturaleza de la actividad en que se produce el silencio de la Administración, sino que la Administración no ha contestado (hay silencio administrativo). A ello debe añadirse que los legitimados para interponer el recurso gubernativo no son exclusivamente el Notario autorizante, sino también los propios particulares interesados[7], con lo que la situación de partida podría ser exactamente la misma que en el caso de una desestimación por silencio de un recurso administrativo: frente a la decisión (calificación) negativa de un funcionario[8] se interpone, por el particular afectado, un recurso (gubernativo) ante un órgano administrativo (la DGRN) y este no contesta en plazo.

Sentado que, a juicio de quien esto escribe, la doctrina del Tribunal Constitucional debe ser aplicable también en el caso de la desestimación por silencio del recurso gubernativo, con el resultado práctico de que, frente a lo afirmado por el Juzgado de Primera Instancia, la desestimación del recurso gubernativo por silencio administrativo debe ser recurrible ante los órganos del orden jurisdiccional civil sin sujeción a plazo alguno, no puede concluirse sin recordar que la doctrina del Tribunal Constitucional encierra una cierta contradicción, consistente, muy en síntesis, en que el Tribunal Constitucional reprocha que, en los casos de silencio administrativo negativo, se compute el plazo para recurrir, sin ninguna otra consideración, como si de una notificación con todos los requisitos se tratara, y reprocha, igualmente, la contradicción existente entre el régimen aplicado a las notificaciones defectuosas y el aplicado al silencio negativo, pero sin plantearse la constitucionalidad de los preceptos legales implicados. Hemos defendido en trabajos anteriores sobre la cuestión[9] que tales reproches no derivan de una determinada interpretación de las normas jurídicas aplicables (que el propio Tribunal Constitucional reconoce que no es arbitraria o irrazonable, sino, simplemente, no ajustada al principio de proporcionalidad), sino que derivan de la propia Ley. La contradicción no deriva tanto del establecimiento por la Ley de un plazo

para interponer el recurso jurisdiccional en los casos de desestimaciones presuntas por silencio administrativo como de la forma de computarlo y, más concretamente, de cómo ha sido fijado el *dies a quo* (o día inicial de ese cómputo). El Legislador no se ha limitado, en el art. 46.1 LJCA, de 1998, a establecer un plazo, sino que ha sido una determinada interpretación de los órganos jurisdiccionales la que ha concretado el *dies a quo* en uno u otro caso; es el Legislador el que ha fijado el *dies a quo* para el cómputo del plazo en los casos de silencio negativo, estableciendo, además, que se compute, sin ninguna otra consideración, a partir del día siguiente a aquel en que, con arreglo a su normativa específica, se produzca el acto presunto, y es el Legislador el que ha fijado el *dies a quo* para el cómputo del plazo, cuando de impugnación de actos notificados defectuosamente se trata, a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y el alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o interponga cualquier recurso que proceda.

Lo esencial no es la naturaleza de la actividad en que se produce el silencio de la Administración, sino que la Administración no ha contestado (que hay silencio administrativo). A ello debe añadirse que los legitimados para interponer el recurso gubernativo no son exclusivamente el Notario autorizante, sino también los propios particulares interesados

La interpretación del Tribunal Constitucional salva el problema planteado por la existencia de la contradicción a que hemos hecho referencia más arriba, resultante del distinto régimen aplicable a las notificaciones defectuosas y a los supuestos de silencio negativo, y que es considerada por el Tribunal Constitucional contraria al principio *pro actione*, pero crea otro problema no menos importante: choca frontalmente con lo previsto por el Legislador. Y, siendo ello así, los reproches de inconstitucionalidad no deberían recaer sobre las resoluciones judiciales que aplican la legislación en los propios términos establecidos por el Legislador y, consecuentemente, no salvan la contradicción existente, sino, en su caso, sobre los preceptos legales que originan la contradicción.

(1) No debe olvidarse que, en la redacción originaria de la Ley 30/1992, el silencio negativo no era una mera ficción, sino un auténtico acto administrativo, un acto presunto inmodificable salvo por los procedimientos de revisión.

(2) La propia Sentencia citada recoge tres posiciones respecto de la naturaleza de la calificación registral: 1) la de quienes defienden su naturaleza administrativa, al emanar los actos de calificación de auténticas administraciones públicas que ostentan potestad administrativa; 2) la de un sector minoritario de la doctrina civilista, que defiende su naturaleza judicial, y 3) la de quienes consideran que se asemeja más a los procedimientos de jurisdicción voluntaria.
La DGRN, por su parte, ha sentado que la calificación registral no es ni un acto de jurisdicción voluntaria ni un *tertius genus* entre el procedimiento administrativo y el de jurisdicción voluntaria, sino que participa de los caracteres propios de una función pública cuyo ejercicio ha de sujetarse al régimen jurídico propio de actuación de las administraciones públicas; además, el Legislador ha ido progresivamente administrativizando esta función. Véase, al respecto, la Resolución de 14 de julio de 2006, que destaca algunos ejemplos de dicha administrativización: en la configuración del recurso frente a la calificación negativa, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, optó por tomar como modelo el recurso de alzada previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, demostrando de ese modo que el Registrador, en el ejercicio de su función, está sujeto a dependencia jerárquica de la DGRN. Por esa misma razón, el art. 322, párrafo 2.º, LH ordena que se apliquen a la notificación de la calificación negativa los requisitos de la notificación del acto administrativo (arts. 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre); por idéntica razón, el art. 327, párrafo 3.º, LH aplica las previsiones del art. 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Y, por último y de enorme trascendencia, el párrafo 2.º del art. 19 bis LH ordena la forma de efectuar la calificación negativa y exige su motivación tomando como clara referencia el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

(3) Art. 327, párrafo 9.º, LH: «*La Dirección General deberá resolver y notificar el recurso interpuesto en el plazo de tres meses, computados desde que el recurso tuvo su entrada en Registro de la Propiedad cuya calificación se recurre. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se entenderá desestimado el recurso, quedando expedita la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que ello diere lugar*».

(4) Art. 42.1 de la Ley 30/1992: «*La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación*».

(5) Art. 43.3 de la Ley 30/1992: «La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen: *a)* En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto solo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo. *b)* En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio».

(6) En relación con la firmeza de resoluciones administrativas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 243/2006, de 24 de julio (Sala Primera, rec. 1878/2002, ponente D.ª María Emilia Casas Baamonde), estableció que, si el transcurso del plazo fijado para resolver un recurso sin haber recaído resolución (que permite tenerlo por desestimado) autoriza o no a la Administración a considerar firme el acto expreso originario, es una cuestión de legalidad ordinaria ajena, en principio, a la jurisdicción constitucional.

(7) Según el art. 325 LH, están legitimados para interponer el recurso gubernativo, entre otros, «la persona, natural o jurídica, a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción, quien tenga interés conocido en asegurar los efectos de esta, como transferente o por otro concepto, y quien ostente notoriamente o acredite en forma auténtica la representación legal o voluntaria de unos y otros para tal objeto».

(8) La Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1999, de 11 de noviembre (Pleno, rec. 1840/1989, ponente D. Pablo García Manzano), FJ 8.º, afirmó el carácter de funcionarios públicos de los registradores.

(9) «El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo en los casos de desestimaciones presuntas por silencio administrativo», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 2099, 15 diciembre 2009, págs. 7-36; «La inexistencia de plazo para recurrir el silencio administrativo», *IURIS. Actualidad y Práctica del Derecho*, n.º 150, junio 2010, págs. 55-59.

Recomendaciones sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera

La Junta Europea de Riesgo Sistémico ha recomendado un control de los préstamos concedidos en moneda extranjera a prestatarios no cubiertos para evitar la creación de «burbujas» en los precios de los activos.

Elisabeth García Cueto
Notaria de Santa Coloma de Queralt

La Recomendación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (DOUEC de 22 de noviembre de 2011), se fundamenta en el aumento, en varios estados miembros de la Unión Europea, de la concesión de préstamos en moneda extranjera a prestatarios no cubiertos. Se prevé que un aumento exagerado en la concesión puede conllevar ciertos riesgos y efectos negativos indirectos entre los distintos estados. Es por ello que se busca limitar la exposición a los mismos, aumentando (aún más, si cabe) la fortaleza del sistema financiero mediante un control de los préstamos concedidos, el precio del riesgo vinculado a la concesión de estos, y evitando la creación de «burbujas» en los precios de los activos. Y, por ende, el contagio a otros miembros.

Para poder articular esta regulación, se debe comenzar mediante la mejora de la consciencia del riesgo que implican estas operaciones por parte de los prestatarios y, de este modo, fomentar la concesión de préstamos de una manera responsable. Los prestatarios muchas veces no son conscientes de que las alteraciones en los tipos de cambio pueden verdaderamente afectar a su capacidad de pago de las deudas en moneda extranjera; es por eso que la fase previa de verificación de la solvencia de los prestatario antes de la concesión del préstamo no es solo capital, sino que se tiene que ir revisando durante toda la vida de este.

Exigencias del Estado miembro a las entidades financieras

Por otro lado, no menos importante es determinar las exigencias del Estado miembro a las entidades financieras. En este sentido, se recomienda:

a) Exigir a las instituciones financieras que faciliten a los prestatarios la información adecuada sobre los riesgos que suponen los préstamos en moneda extranjera. Dicha información debe ser suficiente para que los prestatarios puedan tomar decisiones fundadas y prudentes y comprender, al menos, los efectos que se pueden producir en las cuotas como consecuencia de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero.

b) Vigilar los niveles de concesión de préstamos en moneda extranjera. Las autoridades, además, deberán estar pendientes también de los desajustes monetarios del sector privado no financiero y adoptar las medidas necesarias para limitar la concesión de préstamos en moneda extranjera.

c) Conceder préstamos en moneda extranjera solo a aquellos prestatarios que demuestren su solvencia, teniendo en cuenta la estructura de reembolso de los préstamos y la capacidad de estos para resistir perturbaciones adversas de los tipos de cambio y del tipo de interés extranjero.

d) Mejorar la incorporación de los riesgos en la concesión de estos préstamos mediante un cambio en los sistemas internos de gestión de riesgos. Las directrices a tener en cuenta giran en torno a la determinación interna del precio del riesgo y la asignación interna de capital; aplicándolas, las entidades financieras, de manera proporcional a su tamaño y complejidad.

Papel de las autoridades nacionales de supervisión

Y, finalmente, las autoridades nacionales también deben tener un papel de vital importancia, como se pone de manifiesto a partir de la Recomendación E. Así, se prevé que las autoridades nacionales deberían aplicar las medidas específicas del segundo pilar del marco revisado de Basilea II y, en especial, exigir a las instituciones financieras que mantengan un capital adecuado que cubra los riesgos relacionados con la concesión de préstamos en moneda extranjera (en particular, todos aquellos derivados de la relación no lineal entre los riesgos de crédito y mercado). Las entidades deben someterse a ciertas pruebas. La evaluación correspondiente deberá hacerse conforme al examen supervisor y al proceso de evaluación descrito en el artículo 124 de la Directiva 2006/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, o conforme a una futura legislación análoga que lo prevea, en su caso.

Todo ello, sin perjuicio de que la Unión Europea pueda llegar a establecer los requisitos de capital de las entidades de crédito. Se recomienda, en este punto relativo a la revisión o control de las instituciones financieras, que la autoridad encargada de la entidad de crédito de que se trate tome, en primer lugar, medidas reguladoras; si el supervisor consolidado considera que estas medidas son insuficientes para responder adecuadamente a los riesgos relacionados con la concesión de préstamos en moneda extranjera, este podrá tomar medidas apropiadas para mitigar los riesgos observados, en particular, mediante la imposición de requisitos de capital adicionales a la entidad de crédito matriz de la Unión.

Se recomienda de nuevo a las autoridades nacionales de supervisión que vigilen atentamente los riesgos de financiación y liquidez a que se expongan las instituciones financieras en relación con la concesión de préstamos en moneda extranjera, además de sus posiciones de liquidez generales. Deben prestar especial atención a los riesgos relativos a:

a) Todo aumento de los desajustes de vencimientos y monedas entre activos y pasivos.

b) La dependencia de los mercados extranjeros para los swaps de divisas (incluidos los swaps de tipos de interés de divisas).

c) La concentración de las fuentes de financiación.

Se debe evitar que la exposición a los riesgos mencionados llegue a niveles excesivos, pudiendo las autoridades nacionales de supervisión, si lo creen oportuno, considerar que deben de limitarla sin que se deshagan de manera desordenada las estructuras financieras existentes.

> Se recomienda a las autoridades nacionales de supervisión que vigilen atentamente los riesgos de financiación y liquidez a que se expongan las instituciones financieras en relación con la concesión de préstamos en moneda extranjera, además de sus posiciones de liquidez generales

Finalmente, y ya en el marco de cooperación y reciprocidad entre los distintos estados miembros de la Unión Europea, se recomienda a las autoridades nacionales de supervisión de los miembros de origen de las instituciones financieras pertinentes que impongan medidas a la concesión de préstamos en moneda extranjera que sean, al menos, tan estrictas como las vigentes en los estados miembros de acogida donde esas instituciones operen mediante la prestación de servicios transfronterizos o mediante sucursales. La recomendación se aplica solo a los préstamos en moneda extranjera concedidos a prestatarios domiciliados en los estados miembros de acogida. En su caso, las medidas deben aplicarse a nivel individual, subconsolidado y consolidado.

Reseñas de Normativa y Jurisprudencia

Modificación en la Ley de Extranjería

Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

La presente modificación de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero) atiende, de una manera específica, a resolver dos situaciones muy concretas: la de la mujer extranjera que está siendo víctima de la violencia de género y la de aquellas víctimas de trata de seres humanos. En ambos casos, es preciso que se denuncie dicha situación de hecho y al maltratador o agresor.

La consecuencia de encontrarse en dicha situación es que las citadas mujeres van a ser objeto de un expediente administrativo sancionador por encontrarse de forma irregular en nuestro país; este, a su vez, quedará suspendido hasta la resolución del procedimiento penal relacionado con el maltrato o la trata de seres humanos. Asimismo, y paralelamente, como novedad introducida por esta Ley, se va a poder solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias extraordinarias. Pues, si no se concede dicha autorización, nos encontraríamos (y es lo ha estado pasando hasta ahora) con que muchas mujeres no quieran denunciar esta situación.

Ante estos hechos, el Legislador español ha querido dar mayor importancia a los hechos constitutivos de delito, frente a la situación de irregularidad de la denunciante. Y de ahí que el fundamento de la norma resida, tal y como menciona la Exposición de Motivos de la misma, en que se deba de primar la protección de los derechos a la integridad física y moral de la mujer cuando padece situaciones especiales, como la de violencia de género, y su derecho a la tutela judicial efectiva, frente a una sanción por estar en situación de irregularidad. Hay que, en definitiva, dar una adecuada protección a las víctimas de estos delitos por parte de la Administración.

Ahora bien, para evitar el uso fraudulento de la norma, si se diera el caso de que judicialmente se haya considerado que no existe la situación de violencia de género, el expediente sancionador de irregularidad que estaba suspendido continuará su curso.

Siendo así las cosas, ya en la propia Exposición de Motivos se hace un especial énfasis en la situación «límite» en que se encuentran o pueden encontrarse estas personas. De ahí que también se introduzca lo que se denomina un período de «restablecimiento y reflexión», que tendrá una duración mínima de treinta días, durante el cual la víctima debe decidir si coopera con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el proceso penal subsiguiente.

En definitiva, de lo que se trata es de proporcionar medidas de protección a las mujeres víctimas de violencia de género y a aquellas víctimas de la trata de seres humanos que tengan el valor de denunciar a sus maltratadores o explotadores, según el caso. Medidas que, en todo caso, se encuentran dentro de la tutela de los derechos constitucionales de la víctima y, en específico, del derecho a la tutela judicial efectiva.

Europa

Reglamento interno del Comité de Vigilancia de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF)

El Comité de Vigilancia de la OLAF tiene como finalidad principal el desempeño de las funciones establecidas en el Reglamento CE n.º 1073/1999 y en la Decisión 1999/352/CE, CECA, Euratom de la Comisión, de 28 de abril de 1999, por la que se creó la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF).

Uno de los pilares básicos de esta institución es la independencia en su actuación, realizando un control periódico a toda la información y documentación que le transmita el Director General de la OLAF que ataña a cualquier hecho, posible actividad ilegal o conducta inapropiada.

Convenios entre España y diversos países

Panamá

Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y prevenir la evasión fiscal (7 de octubre de 2010, en Madrid), aplicándose a cualquier residente en uno de los dos estados firmantes.

Los impuestos actuales a los que se aplica este Convenio son, en particular y respecto a España: 1) el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; 2) el Impuesto sobre Sociedades; 3) el Impuesto sobre el Patrimonio; 4) el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, y 5) los impuestos locales sobre la renta y el patrimonio.

Túnez

Acuerdo para el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales (22 de junio de 2010, Madrid).

Ambos países reconocen recíprocamente el permiso de conducir en vigor y expedido por las autoridades competentes en cada uno de ellos, cuando el titular tenga la residencia legal fijada en el otro territorio.

Chile

Acuerdo para la aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (11 de septiembre de 2009, Lisboa).

Se ha procedido a la firma, por parte de la República de Chile, el día 1 de septiembre de 2011.

Ecuador

Acuerdo de carácter administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Ecuador (18 de julio de 2011, Madrid).

Se crean unos enlaces entre ciertos organismos: se establecen como tales, en Ecuador, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para todas las prestaciones. Por su parte, en España, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina y la Tesorería General de la Seguridad Social.

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Supremo

Por Redacción de LA LEY

Fechadas entre junio y septiembre de 2011

COMPRAVENTA

Falta de legitimación del tercero a quien los vendedores cedieron determinados derechos que formaban parte del precio, para exigir la elevación del contrato privado a escritura pública

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 400/2011, de 1 de junio. (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 71515/2011

Las sentencias de instancia estimaron la demanda en la que se interesaba que se declarase válido un contrato privado de compraventa y un contrato privado de transmisión a la demandante de los derechos de la vendedora derivados de aquella compraventa, y se condenase a las entidades compradora y vendedora a elevar a público tales documentos privados. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, casa la sentencia recurrida y, en su lugar, desestima íntegramente la demanda.

Nos encontramos, no ante una cesión de contrato sino, por el contrario, ante una simple cesión de derechos derivados del mismo. El objeto de la transmisión no fue una posición jurídica contractual sino que únicamente la parte vendedora realizó una dación en pago cuyo objeto eran determinados derechos que formaban parte de la contraprestación que había de satisfacer la compradora, cuya cesión habían previsto los propios contratantes y que efectivamente queda amparada por lo dispuesto en el artículo 1112 del Código Civil aun cuando ni siquiera tal previsión contractual hubiera sido necesaria, ya que ello resultaría así en el caso de cesión del contrato o, lo que es lo mismo, de transmisión de la relación contractual en su integridad, mientras que la cesión de derechos no requiere, por lo general, el consentimiento del deudor cedido ya que el artículo 1112 del Código Civil dispone que «todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario». Partiendo de las anteriores consideraciones, es claro que no se ha producido una correcta aplicación de lo dispuesto por los artículos 1257 del Código Civil, sobre los efectos personales del contrato, y 1279 del mismo Código, sobre la facultad de exigencia recíproca por los contratantes del cumplimiento de la obligación de elevación del contrato a escritura pública en determinados casos, porque —como ya se ha reiterado— la actora Tenerife Canaria Compañía Internacional Tecacin S.L. no asumió la condición de parte en el contrato, sino de mero cesionario de derechos derivados del mismo, por lo que no puede exigir la elevación a escritura pública de la pactado en un contrato en el que no ha sido parte, de lo que además constituye buena prueba la extraña petición que se incorpora al «suplico» de la demanda en el sentido de que se condene a las demandadas a elevar a escritura pública el contrato «a favor de la demandante».

JUICIO CAMBIARIO

El librador de un pagaré «de favor» puede oponer el «pacto de favor» frente a quienes se hallan en la misma posición que el tomador favorecido

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 341/2011, de 6 de junio. (Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) LA LEY 72135/2011

Las sentencias de instancia desestimaron la oposición deducida frente a la demanda de juicio cambiario formulada y declaró pro-

cedente el despacho de ejecución. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, casa la sentencia recurrida y estima la demanda de oposición.

El pagaré de favor o de complacencia, caracterizado porque la causa externa de la declaración cambiaria está constituida por el designio del declarante de favorecer al tomador para aumentar su crédito y, en su caso, facilitar su descuento bancario, responde a un contrato por el que el librador se obliga frente al tomador tan solo aparentemente, sin perjuicio de que asuma una posición próxima a la del avalista cambiario para el caso de que el título circule cambiariamente. El pacto de favor es determinante de que el tomador asuma frente al librador la obligación de mantenerle indemne pese a la asunción de la obligación cambiaria frente a terceros acreedores cambiarios y, en el caso de ejercitar el mismo la acción cambiaria, de conformidad con los arts. 20 y 67 LCCh, el deudor cambiario favorecedor puede oponer al acreedor favorecido la excepción personal de «pacto de favor» o «pacto de no pedir». De conformidad con lo expuesto, el obligado de favor puede oponer el «pacto de favor» frente a quienes se hallan en la misma posición que el tomador favorecido por ostentar la condición de cesionarios ordinarios subrogados en su posición, que no han adquirido los derechos derivados del título cambiario, dada la inexistencia de endoso o circulación cambiaria, sin perjuicio, claro está, de las acciones civiles no cambiarias o penales que en otro procedimiento pudieran asistir a quien con desconocimiento del pacto de favor descontó el título, frente a quien creó la apariencia de crédito al emitir una declaración cambiaria.

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO

Inmatriculación de la finca de los demandados con declaración de mayor cabida, lo que provocó una doble inmatriculación de ese exceso de cabida en perjuicio de la finca colindante, propiedad de la demandante. Identificación de la finca de la actora. Doctrina jurisprudencial sobre la doble inmatriculación

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 429/2011, de 9 de junio. (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 83101/2011

Las sentencias de instancia estimaron la acción declarativa de dominio y rectificación del Registro de la Propiedad. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por los demandados.

Esta es una situación patológica que se produce en el Registro de la Propiedad consistente en que una misma finca consta inmatriculada dos veces en folios diferentes y con distinto número. Como dice la sentencia de 11 de octubre de 2004, se genera una situación irregular que, como contraria a la exigencia de folio único para cada finca, determina la neutralización de cualquier efecto positivo de la publicidad registral que pudiera derivar de los respectivos asientes. A ello se refiere el artículo 313 del Reglamento Hipotecario que contempla la situación, regula el trámite, pero a falta de acuerdo, simplemente se reserva a los interesados, titulares registrales contradictorios las acciones de que se consideren asistidos sobre declaración del mejor derecho al inmueble, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente. Este es el proceso que ahora llega a esta Sala en virtud de los recursos formulados por los codemandados. El criterio que, a falta de una normativa sobre ello, se ha mantenido por doctrina y jurisprudencia es el de prevalencia de la inscripción de la finca, cuyo dominio sea de mejor condición conforme al Derecho civil puro, con omisión de las normas de índole hipotecaria contenida en la Ley de esa materia, ya que la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular, porque la protección a uno de los titulares supondría para el otro el desconocimiento de los mismos principios básicos de la publicidad, legitimación y prioridad, que son los que en el recurso se consideran infringidos por inaplicación, como expresa la sentencia de 30 de diciembre de 1993 y la de 29 de mayo de 1997 lo reitera y advierte que una de tales normas es la de la preferente cualidad del título prioritario, utiliza como criterio accesorio el de la inmatriculación anterior del título.

COMPRAVENTA

De inmueble. Acción de cumplimiento formulada por los compradores. Incumplimiento de la parte actora que impide el éxito de su acción. Falta de pago del precio en el plazo acordado que motivó la resolución del contrato por el vendedor

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 457/2011, de 27 de junio. (Ponente: Antonio Xiol Ríos) LA LEY 182065/2011

Las sentencias de instancia desestimaron la acción de cumplimiento de contrato de compraventa de inmueble formulada por los compradores. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

Aunque, en supuestos como el de autos, de ventas de bienes inmuebles por precio aplazado, el art. 1504 CC permite a los compradores pagar incluso después del plazo convenido mientras, como fue el caso, no hubieran sido requeridos por el vendedor judicial o notarialmente, se trata de un beneficio del comprador, que impide a la parte vendedora instar la resolución, aun cuando se hubiera pactado expresamente, cuyo presupuesto es que haya habido pago. Puesto que suele ser lo habitual que el pago del precio aplazado se financie con un préstamo hipotecario, caso de encontrarse en esta situación la parte compradora, tiene lógica su argumentación referente a que no podía reprochársele que no pagara ni consignara, ni judicial ni notarialmente, la referida suma, antes de la fecha máxima convenida para el otorgamiento de la escritura. Pero, por el contrario, sí que podía exigírsele que acreditara que había gestionado esa financiación, a fin de valorar si el retraso se debía a que la elección del notario y la fecha para el otorgamiento de la escritura estaba supeditada a la conformidad de la entidad bancaria. En el caso, es un hecho probado que en ningún momento los compradores acreditaron estos extremos frente al vendedor, ni lo hicieron después en el proceso. Esta circunstancia justifica el rechazo de su acción de cumplimiento del contrato, pues no puede decirse que estuvieran en condiciones de cumplir ni antes de agotarse el término contractual, ni después, sin que resulte razonable que el cumplimiento del contrato quede en manos de una sola de las partes, o lo que es lo mismo, que la parte compradora pueda permanecer en la pasividad más absoluta, y que esta conducta no permita a la contraparte valorar su incumplimiento en orden a desentenderse del contrato, como así ocurrió.

RETRACTO DE COMUNEROS

Reembolso por el retrayente al comprador-retraído de la comisión pagada por este al mediador en la compra

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 441/2011, de 30 de junio. (Ponente: Francisco Marín Castán) LA LEY 119767/2011

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por caducidad de la acción de retracto. La AP Valencia revocó la sentencia del Juzgado y estimó parcialmente la demanda y declaró el derecho de la demandante a retraer la parte indivisa de las fincas vendidas con obligación de abonar a la demandada determinadas cantidades. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y casa en parte la sentencia recurrida dejando sin efecto su fallo en cuanto dispone que la actora abone a la demandada la comisión del intermediario, la comisión de apertura de crédito y los intereses devengados con arreglo a lo establecido en el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.

El Tribunal Supremo ratifica la doctrina jurisprudencial que establece que en caso de retracto, el retrayente no debe reembolsar al comprador los gastos e intereses del préstamo o crédito obtenido por este para financiar la adquisición de la finca, pues no merecen la consideración de «gastos del contrato» ni de «pagos legítimos» hechos para la compra: en primer lugar porque su relación con la compra es solamente indirecta, y en segundo lugar porque son la consecuencia de un riesgo que libremente decide correr el comprador cuando carece de liquidez para la adquisición o prefiere realizarla acudiendo a la financiación de un tercero. Sin embargo, sí matiza o precisa la referida doctrina jurisprudencial en el sentido de considerar reembolsable la comisión del mediador satisfecha por el comprador cuando se pruebe que la mediación fue razonablemente necesaria para la compra y se hubiera comunicado el importe de la comisión al retrayente junto con las condiciones esenciales de la compraventa, es decir, como uno más de los datos con base en los cuales el facultado para el retracto ha de decidir si lo ejercita o no. El Alto Tribunal considera que la importancia económica de la compraventa y la dedicación profesional o actividad de los sujetos intervinientes, comprador, vendedor y retrayente, no son razones suficientes para justificar un cambio de jurisprudencia ya que la consecuencia serían dos regímenes diferentes cuya frontera nunca estaría bien delimitada, o incluso que como regla general, prescindiendo ya de la importancia económica de la compraventa y de la condición de los sujetos intervinientes, se incluyeran en el concepto legal «gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta» los que en rigor no lo son o, al menos, no tienen por qué serlo.

TÍTULOS NOBILIARIOS

Improcedencia de la aplicación retroactiva de la Ley 33/2006, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, a un supuesto de distribución de títulos efectuada cuando regía el principio de varonía.

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 314/2011, de 4 de julio. (Ponente: Antonio Xiol Ríos) LA LEY 119765/2011

Las sentencias de instancia desestimaron la acción de reclamación del mejor derecho a poseer unos títulos nobiliarios. El Tribunal Supremo desestima los recursos de extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos.

El de autos es el primer caso en el que el Tribunal Supremo debe pronunciarse sobre la aplicación retroactiva de la Ley 33/2006 de 30 de octubre (igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios) —en adelante LITN— a un proceso en el que una mujer reclama el mejor derecho a poseer unos títulos nobiliarios frente a sus hermanos menores, a quienes les fueron distribuidos los títulos en un momento en el que regía el principio de varonía. Pues bien, el Alto Tribunal considera que el acto de distribución de los títulos no está en el ámbito objetivo de la retroactividad que contempla la disposición trans. única, apartado 3 de dicha Ley y ello en virtud de los siguientes razonamientos: a) la citada disposición no supone la aplicación indiscriminada de la LITN a cualesquiera situaciones en litigio, relacionadas en mayor o menor medida con la aplicación del principio de varonía. El ámbito objetivo de esta norma viene delimitado por vía negativa, es decir, solo se aplica a aquellas situaciones que no estén agotadas o consagradas, pues se trata de una previsión de retroactividad impropia; b) la distribución de los títulos hecha en testamento por el antecesor común de los litigantes, en 1974, se ajustó a los requisitos establecidos por la ley vigente en el momento de realizarse, por lo que el acto de la distribución quedó agotado con el ejercicio de la facultad, y produjo plenos efectos en el momento en el que se otorgaron las Reales Cartas de sucesión por distribución a favor de los dos demandados, en 1983 y en 1985, también ajustadas a la ley entonces vigente, y c) la LITN únicamente permitiría dejar sin efecto el acto de distribución en el caso de que este no pueda considerarse generador de una situación consolidada. Sin embargo, las características del acto de distribución permiten considerarlo como un supuesto de tal naturaleza, pues se trata de una situación en la que, para dejar sin efecto la preferencia del varón sobre la mujer, sería necesario declarar la nulidad radical de un negocio jurídico de contenido dispositivo ajustado a la legislación vigente en el momento en que se produjo.

FILIACIÓN

La acción de impugnación de la filiación extramatrimonial, determinada por un reconocimiento de complacencia, puede ejercitarse dentro de los cuatro años siguientes a la fecha del reconocimiento

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 318/2011, de 4 de julio. (Ponente: Antonio Xiol Ríos) LA LEY 165555/2011

Las sentencias de instancia desestimaron la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, casa la sentencia recurrida y, en su lugar, estima la demanda.

El reconocimiento de hijo extramatrimonial, prescindiendo de que sea un reconocimiento de complacencia, está sometido a la normativa general de todo reconocimiento, como medio de determinación de la filiación extramatrimonial —art. 120.1.º CC—, y dentro del mismo, a la acción de impugnación que contempla el art. 140 CC. Esta acción es distinta de la que contempla el art. 141 CC, que es la acción de impugnación, no de la filiación en sí misma considerada, sino del reconocimiento, que lleva consigo necesariamente la de la filiación, y se ejerce con fundamento en la existencia de un vicio de

la voluntad: error, violencia e intimidación, con la breve caducidad de un año. La acción de impugnación derivada del art. 141 CC no tiene como fin poner en entredicho determinadas situaciones que, por el transcurso del tiempo, pueden entenderse como situaciones sociales o familiares consolidadas, por haber alcanzado permanencia y general reconocimiento, en las que debe prevalecer el principio de seguridad jurídica y el carácter indisponible del estado civil. Sin embargo, nada obsta al ejercicio de la acción de impugnación durante el plazo de caducidad de cuatro años establecido con carácter general para la impugnación de la filiación ordinaria. Atendiendo a lo expuesto, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo fija la siguiente doctrina: la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial, determinada por un reconocimiento de complacencia, puede ejercitarse por quien ha efectuado dicho reconocimiento, al amparo del art. 140 CC, dentro de los cuatro años siguientes a la fecha del reconocimiento.

COMPRAVENTA DE INMUEBLE

Ineficacia del requerimiento resolutorio de la compraventa de inmuebles efectuado mediante burofax

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 315/2011, de 4 de julio. (Ponente: Antonio Xiol Ríos) LA LEY 119766/2011

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción declarativa de resolución de compraventa de inmueble formulada por el vendedor y estimó la reconvención en la que el comprador instaba el cumplimiento del contrato y la condena del vendedor a la entrega de la nave y al otorgamiento de la escritura o, subsidiariamente, de no ser posible el cumplimiento *in natura*, a que le indemnizara con el precio de la finca. La AP Castellón revocó la sentencia del Juzgado en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento estimatorio de la pretensión de condena principal (relativa a la entrega de la nave y el otorgamiento de escritura pública), y en cuanto a la petición subsidiaria, de limitar la condena del actor a la entrega al demandado de la cantidad entregada a cuenta, en vez de el precio total de la nave. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación formulado por el vendedor, casa y anula la sentencia recurrida y, en su lugar, estima íntegramente la demanda y desestima la reconvención, declarando resuelto el contrato de compraventa, por incumplimiento del comprador, con devolución a este del importe actualizado de la suma en su día entregada a cuenta del precio.

Respecto a la forma de llevar a cabo el requerimiento resolutorio de la compraventa de inmuebles, partiendo del tenor literal del art. 1504 CC, que habla de requerimiento judicial o mediante acta notarial, la jurisprudencia ha declarado tradicionalmente que tales formas, en las que se incluye el acto de conciliación, son las únicas fehacientes y garantizadoras de la realidad del hecho notificado. Es cierto, sin embargo, que en algunas sentencias recientes del TS se ha admitido el requerimiento efectuado por medios fehacientes distintos, como a través de telegrama, e incluso, mediante burofax, en lo que se ha considerado como una interpretación extensiva de aquel precepto, más conforme a la realidad social —art. 3.1 CC—. Llegados a este punto, razones ligadas con la especial protección que otorga el CC a las transmisiones de bienes inmuebles, unidas a la conveniencia de entender el precepto en sus estrictos términos, en tanto que no cabe interpretar extensivamente un presupuesto que, de darse, va a impedir que el comprador haga uso de la facultad de pagar después de expirado el plazo, la cual se le reconoce expresamente en la citada norma y constituye la razón fundamental de su especialidad, llevan a la Sala 1.ª del TS, reunida en Pleno, a mantener el criterio tradicional y fijar doctrina jurisprudencial en el sentido de que no procede reconocer válidos efectos resolutorios en el ámbito del art. 1504 CC al requerimiento efectuado mediante burofax, por continuar siendo imprescindible en la actualidad —el legislador ha tenido oportunidad de mitigar el rigor del precepto y no lo ha hecho— que el conocimiento fehaciente del hecho notificado cuente con la singular garantía que le otorga la supervisión de la autoridad judicial o de un fedatario público notarial.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

Cuando el art. 51 LAU 1964 sanciona al arrendatario con la resolución de la compra del piso que adquirió por tanteo o retracto, si lo vende antes de 2 años, se refiere tanto a viviendas como a locales de negocio

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 680/2011, de 26 de septiembre. (Ponente: Antonio Xiol Ríos) LA LEY 186199/2011

El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción de resolución de contrato de compraventa, prevista en el artículo 51 LAU 1964, realizada entre el propietario de un inmueble con el que la demandante había firmado un contrato para su adquisición y el arrendatario que ejercitó la acción de tanteo. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

Los derechos de tanteo y retracto del inquilino y del arrendatario del local de negocio tienen como finalidad facilitar el acceso a la propiedad del inmueble que tienen arrendado, con preferencia o en sustitución de un tercer adquirente. En el marco de este fin debe ser entendido el art. 51 LAU 1964, que establece que el retrayente o el que hubiera adquirido por derecho de tanteo no podrá transmitir por actos intervivos el piso adquirido hasta que transcurran dos años desde la adquisición, resolviéndose el contrato originario y el de la segunda transmisión en caso de incumplimiento de dicha prohibición. El criterio sostenido en el caso por la Audiencia Provincial, referente a que la limitación temporal del art. 51 LAU 1964, y su correspondiente sanción, no son de aplicación a los locales de negocio no es aceptable, pues el fundamento del ejercicio del tanteo y retracto es único, facilitar el acceso a la propiedad, tanto para viviendas como para locales de negocio. El hecho de que el precepto utilice el término piso no es relevante, en tanto el legislador de 1964 no usa ese término como sinónimo de vivienda en la totalidad de su articulado. En el mismo Capítulo VI LAU 1964, dedicado al tanteo y retracto, el art.55, regulador de los documentos necesarios para la inscripción en el Registro de la Propiedad, usa el término fincas urbanas en el primer apartado y el de pisos en el segundo; en el art. 54.1 el legislador habla de pisos y en el art. 54.2 de viviendas; el art. 52 distingue entre pisos y departamentos. No obstante, cuando quiere establecer una distinción clara entre vivienda o local de negocio, así se recoge de modo expreso —art. 47.2 o art. 50—.

DONACIÓN

Nulidad. Actuación dolosa de los donatarios que determina la nulidad del consentimiento prestado por la donante

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 658/2011, de 28 de septiembre. (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 185794/2011

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de nulidad de donaciones de inmuebles. La AP Castellón de la Plana revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante, casa la sentencia recurrida y, en su lugar, confirma la de primera instancia.

El art. 1265 CC dispone que «será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo». Y el art. 1269 CC dispone que «hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». Pues bien, la actuación de los demandados en el caso incurre en dolo que alcanza la suficiente gravedad para determinar la nulidad de los contratos de donación a los que se refiere la demanda. No se discute que el hijo de la actora, demandado, actuando por sí y en favor de sus hijos, también demandados, acudió a la Notaría aportando la documentación necesaria para la preparación de las escrituras de donación y precisando cuáles eran los bienes inmuebles donados por su madre, todo ello sin contar con la voluntad y el consentimiento de esta, que convencida de que se trataba de la donación a su hijo de un solo inmueble se vio sorprendida cuando, ya en la Notaría, se encuentra con la presencia de sus nietos y con el hecho de que las escrituras que habían sido preparadas se referían a otros inmuebles y habían de otorgarse no sólo a favor de su hijo sino también de sus nietos; situación de sorpresa que, ante la presión que imponían las circunstancias configuradas conscientemente por el hijo con tal finalidad, le llevó a prestar en el acto un consentimiento que evidentemente estaba viciado. Lógicamente se ha de entender que la donación de bienes inmuebles integra un negocio jurídico de suficiente relevancia y trascendencia económica como para exigir que el consentimiento del donante sea meditado y reflexivo y no prestado, como ocurrió en el caso, bajo un estado emocional provocado por la situación deliberadamente creada por el demandado para arrancar dicho consentimiento de forma irreflexiva.

Wolters Kluwer España

Este es el fruto de la **ALIANZA entre dos grandes Editoriales,** para proveerle a Usted con el **mayor fondo editorial jurídico**

BOSCH

FORMULARIOS PROCESALES. PROCESO CIVIL

- Con acceso on-line a los formularios.
- **Adaptados a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal**
- Una obra eminentemente práctica cuyo objeto es facilitar la redacción de demandas y otros escritos de parte en el proceso civil buscando la máxima eficiencia profesional.

AUTOR: **Alberto M. Santos Martínez**
Páginas: 1.214 • Encuadernación: Cartoné • ISBN: 978-84-9790-899-3

ADQUIERA SU EJEMPLAR. Servicio de Atención al Cliente 902 250 500

Consígalo también en Internet
http://tienda.laley.es

Reseña de las principales sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña(*)

Publicadas durante el tercer trimestre de 2011

Por Víctor Esquirol Jiménez. Notario de El Masnou

PROPIEDAD HORIZONTAL: CAMBIO DE USO

El cambio de uso no requiere el consentimiento de la Junta de Propietarios, salvo que los Estatutos lo exijan, incluso en la normativa anterior al libro V

Sentencia 23/2011, de 3 de junio (ponente: M.ª Eugenia Alegret Burgués)

Resumen: Con anterioridad a la entrada en vigor del libro V del CCCat, una comunidad de propietarios demanda al propietario de un local comercial del edificio por haber cambiado su uso a vivienda. En el título constitutivo no se incluye de forma específica la prohibición de cambiar el destino del inmueble.

El Tribunal desestima la demanda en base a que:

- Las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse restrictivamente.
- La mera descripción del uso y destino de la entidad en el título constitutivo no supone de por sí una limitación del uso o de las facultades dominicales.
- Las limitaciones o prohibiciones referidas al cambio de uso del inmueble deben constar de forma expresa.
- En tal sentido se ha pronunciado el TS en las sentencias de 5 de marzo de 1998 y de 27 de noviembre de 2008, entre otras.
- No se declara probado que el cambio produzca a la comunidad de propietarios una perturbación inadmisible.
- La nueva regulación del libro V del CCCat, art. 553-10.1.*c*), establece que no es preciso el consentimiento de la Junta de Propietarios para modificar el título constitutivo por alteración del destino de los elementos privativos, salvo que los Estatutos lo prohíban.

Comentario: La presente Sentencia ha perdido gran parte de su interés a efectos prácticos tras la promulgación del libro V del CCCat, cuyo art. 553-10, como acabamos de ver, exonera del consentimiento de la Junta de Propietarios para cambiar el uso de un elemento privativo, y cuya DT 6.ª establece la aplicación de las normas del CCCat a los edificios establecidos en régimen de propiedad horizontal antes de su entrada en vigor. En el presente supuesto se aplica la Ley de la Propiedad Horizontal de 1960, ya que la demanda se presentó antes de la entrada en vigor del libro V, pero, para todas las demandas presentadas después del 1 de julio de 2006, ya se aplicará lo previsto por el art. 553-10.1.*c*) CCCat. En el mismo sentido se pronunció la RDGRN de 23 de marzo de 1998.

CENSOS

La inscripción por el censualista de una escritura relativa al derecho de censo equivale a la acreditación de su vigencia a los efectos de la DT 3.ª de la Ley 6/1990

Sentencia 24/2011, de 3 de junio (ponente: Carlos Ramos Rubio)

Resumen: Se plantea la prescripción de un censo cuya pensión dejó de pagarse en 1971 y del que la censualista inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad en 1992. El TSJC reitera su doctrina (sentencias 29/1993, 21/2003, 26/2003, 44/2003, 10/2009, 2/2011 y 10/2011) de que:

1. A los censos constituidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 6/1990, de 16 de marzo, les es de aplicación la Ley de 31 de diciembre de 1945, lo que no obsta para que se puedan

(*) El texto íntegro de las sentencias se puede consultar en *www.poderjudicial.es.*

ver afectados por las causas de extinción previstas en la Ley de 1990, derivadas del incumplimiento de la obligación de acreditar la vigencia en el plazo establecido legalmente, así como las contenidas en la nueva regulación del libro V CCCat.

2. Las inscripciones registrales realizadas por el censualista o por el censatario (en este caso, solo cuando impliquen reconocimiento del censo) en el plazo de cinco años previsto por la DT 3.ª de la Ley de 1990 tienen la misma virtualidad que la anotación marginal de vigencia del censo exigida por dicha DT, claro está, siempre que la prescripción no hubiere operado ya por el previo transcurso de los treinta años, puesto que no será posible revivir el censo por los indicados mecanismos registrales una vez consumado el lapso temporal extintivo.

   Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, el plazo de la prescripción empezó a correr en 1971 por el impago de la pensión, pero se interrumpió en 1992 por la inscripción del censo por el censatario. A consecuencia de la interrupción, empezó de nuevo a correr el plazo de la prescripción, pero en la fecha en que se interpuso la demanda no se había completado, por lo que el censo está vigente.

Comentario: La presente Sentencia tiene su interés por el compendio que realiza de la abundante doctrina del TSJC en materia de prescripción de los censos. Podemos aprovechar igualmente este comentario para hacer un esquema de la aplicación de dicha doctrina y de la legislación relativa a la prescripción de los censos.

I. El plazo de prescripción de los censos es de diez años (art. 121-20 CCCat). Sin embargo, dado que la inmensa mayoría de los censos existentes en Cataluña se constituyó antes de la entrada en vigor de dicho precepto (el 1 de enero de 2004, establecido por la Ley 29/2002), debemos tener en cuenta la legislación vigente en el momento de su constitución y las disposiciones transitorias de las leyes que posteriormente han regulado la materia. Así, el art. 44 de la Ley de Inscripción, División y Redención de Censos, de 31 de diciembre de 1945, fijó el plazo de prescripción general de los censos en treinta años; posteriormente, la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de los censos, derogó la Ley de 1945, pero no fijó un plazo especial de prescripción, por lo que pasó a aplicarse el plazo general, también de treinta años, del art. 344 CDCC, que todavía se aplica hoy en día a los censos constituidos antes del 1 de enero de 2004, salvo que sea más favorable para la prescripción el de diez años de la Ley 29/2002 [DT Única, apartado *c*), de la Ley 29/2002].

II. El problema radica en determinar desde cuando se cuenta este plazo de diez años, ya que la Ley 29/2002 dispuso, con carácter general, que era efectivo desde el 1 de enero de 2004, pero, posteriormente, la DT 15.ª de la Ley 5/2006, que aprobó el libro V CCCat, relativo a los derechos reales, estableció, en su apartado 1.º, que las normas de esta Ley que regulan la prescripción de los censos se aplican a todos los censos, sean de la clase que sean y sean cuales sean la fecha de constitución y la normativa aplicable; como ya comenté a propósito de la STSJC 2/2011, de 13 de enero, sorprendentemente, la Ley 5/2006 no regula la prescripción de los censos, sino que el art. 565-11.1 se remite a las causas generales de extinción de los derechos reales; en sede de derechos reales, el art. 532-1, que trata de su extinción, no habla de la prescripción y se limita a decir que los derechos reales se extinguen cuando lo establece este código, lo que nos lleva de nuevo al plazo general de diez años del art. 121-20. La cuestión que se deja sin resolver es la incongruencia entre: *a*) la DT Única de la Ley 29/2002, que dice que los diez años de la prescripción, en general, se cuentan desde la entrada en vigor de dicha Ley, o sea, desde el 1 de enero de 2004, y *b*) la DT 15.ª de la Ley 5/2006, apartado 2.º, que dispone que el plazo de prescripción de los censos se cuenta desde la entrada en vigor del libro V, esto es, desde el 1 de julio de 2006. El TSJC todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta contradicción, pero, por su especialidad y posterioridad, creo que deberíamos decantarnos por la fecha de 1 de julio de 2006.

III. La prescripción se inicia el día en que el censatario deja de pagar la pensión. La Ley 5/2006 no lo dice, porque, como hemos dicho, no regula la prescripción de los censos, pero así lo disponía el art. 10.*d*) de la Ley 6/1990 y así lo ha interpretado la jurisprudencia del TSJC. La carga de la prueba del pago de las pensiones corresponde al censualista (STSJC 10/2009, de 12 de marzo). En los censos sin pensión, el plazo corre desde la fecha de la última inscripción registral (STSJC 10/2011, de 28 de febrero).

IV. La prescripción se interrumpe por las causas generales de interrupción de la prescripción y, además, si antes del 16 de abril de 1995 (fecha de entrada en vigor de la Ley 6/1990 más los cinco años de su DT 3.ª) el censualista acreditó su vigencia o practicó alguna inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad (SSTSJC 26/2003 y 44/2003), siempre que la prescripción no hubiese operado ya por el transcurso de los treinta años, puesto que no es posible revivir el censo por los indicados mecanismos registrales una vez consumado el lapso temporal extintivo (STSJC 10/2011, de 28 de febrero); o si el censatario practicó alguna inscripción reconociendo el derecho de censo (STSJC 10/2009, de 12 de marzo).

V. No es necesaria la existencia de la prescripción para cancelar el censo en el Registro de la Propiedad: *a*) si el censualista no acreditó su vigencia antes del 16 de abril de 1995 (DT 3.ª de la Ley 6/1990); *b*) si entre el 16 de abril de 1960 y el 16 de abril de 1995 no practicó ninguna inscripción relativa al censo (DT 2.ª de la Ley 6/1990 y STSJC que comentamos), o *c*) si el censo afecta a varias fincas, no se dividió entre ellas antes del 16 de abril de 1993 y la escritura de división no se inscribió antes del 1 de julio de 2007 (DT 1.ª de la Ley 6/1990 y DT 13.ª de la Ley 5/2006). Todo ello sin perjuicio de que, pese a la cancelación registral, el censualista pueda acreditar la existencia civil del censo si ha continuado percibiendo la pensión o por haber concurrido cualquier otra causa general de interrupción de la prescripción (STSJC 21/2008, de 5 de junio).

USUCAPIÓN

No es útil para usucapir la detentación de la vivienda por tolerancia de la propietaria. La realización de obras de reforma y ampliación no implica posesión en concepto de dueño

Sentencia 30/2011, de 23 de junio (ponente: M.ª Eugenia Alegret Burgués)

Resumen: El matrimonio demandante pretende haber adquirido por usucapión una vivienda cuyo uso les cedió la madre de uno de ellos y en la que hicieron obras de reforma (acondicionamiento como vivienda) y de ampliación (una nueva planta), pero sin haber pagado nunca el IBI ni las tasas de basuras y vado.

La argumentación del Tribunal para denegar la pretensión de los demandantes se centra en el art. 531-24 CCCat, conforme al cual, para usucapir, se precisa, entre otros requisitos, la posesión de la cosa en concepto de dueño. En el presente supuesto, entiende que no hay verdadera posesión, sino una mera detentación, que el art. 521-1.2 CCCat define como el ejercicio de un poder de hecho sobre la cosa con la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho o bien aquella tenencia de la cosa con la tolerancia de los titulares, la cual no es útil para la usucapión. Añade el TSJC que «el poder de hecho o señorío sobre la cosa ha de ser ejercido como titular del derecho, sea el de propiedad, si lo que se pretende es usucapir este derecho, o bien de algún otro derecho real de contenido posesorio. Por el contrario, la posesión de un bien como un derecho obligacional, como sería, por ejemplo, el caso del comodato o del arrendamiento, no da lugar a la posesión *ad usucapionem*. De la regulación anterior se infiere que poseer en concepto de titular no es poseer creyéndose dueño, sino que a la tenencia de la cosa debe unirse un concreto *animus domini* materializado a través de actos externos. Lo que es, pues, más relevante es cómo se exteriorice este ánimo, esto es, cómo se comporte el poseedor de cara al exterior, de forma que, según el estándar o modelo de comportamiento dominical, el sentido razonable de esta conducta suscite en los demás la creencia que el poseedor es dueño». También indica que «es importante el título en virtud del cual se empiece a poseer o de la cesión de la posesión, que no el título de propiedad, que solo se exige, así como su validez, en la llamada *prescripción adquisitiva ordinaria*, no aplicable en Cataluña, porque la ley presume que continua la posesión en el mismo concepto en que se adquirió (art. 521-6.3 CCCat), salvo prueba de la interversión de la posesión (interversión: modificación del título o concepto posesorio; por ejemplo, pasar de poseer en concepto de arrendatario a poseer en concepto de dueño). Cabe recordar al efecto que la donación verbal de un bien inmueble (que es como habría que traducir jurídicamente la cesión de propiedad que se afirma en la demanda) no constituiría nunca un título válido por impedirlo el art. 633 CC y el actual art. 531-12.1 CCCat [...]. Tanto la jurisprudencia del TS como la de esta Sala de Casación han venido entendiendo que no basta el ánimo o deseo de tener la cosa para sí, sino que se exige también la objetivación de este ***animus*** (subrayado en el texto original)». Para ello cita la STS, Sala 1.ª, de 30 de diciembre de 2010, que añade que dicho elemento objetivo consiste en la «existencia de actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico», «realización de actos que solo el propietario puede por sí realizar» y «actuar y presentarse en el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa sobre la que se proyectan los actos posesorios». También cita la doctrina anterior de la propia Sala (SSTSJC de 29 de julio de 2002 y de 15 de julio de 2008) en el sentido de que, si la posesión no se adquirió a título de dueño, debe presumirse que continuó en el mismo concepto.

En el caso que nos ocupa, entiende el TSJC que no se ha probado la posesión de los demandantes en concepto de titulares de un derecho de propiedad, «ni han pagado contribuciones en tal concepto, ni han tratado de vender, gravar o ceder a terceros la finca por otros medios, ni se han presentado externamente como tales, dándose de alta, por ejemplo, en organismos oficiales». A pesar de admitir que el *ius edificandi* pueda llegar a constituir un poderoso indicio, concluye que las obras de acondicionamiento pueden ser realizadas por diferentes títulos, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que se puedan generar para su resarcimiento.

Comentario: El CCCat contiene la primera regulación de la posesión en el Derecho catalán. Para ello podía haber establecido una gradación de la posesión según sus efectos, comenzando por una posesión que, por sus características, no confiriera más derecho que el ser mantenido su titular en la posesión frente a terceras personas con peor derecho que el suyo, pasando por la posesión de buena fe, que da derecho al poseedor a hacer suyos los frutos de la cosa, y finalizando por la posesión en concepto de titular del derecho que se aparenta poseer que le otorga la posibilidad de usucapir tal derecho.

Pero el Legislador de 2006 no quiso hacer una gradación de las distintas clases de posesión, sino que prefirió distinguir entre la posesión y la tenencia sin posesión, a la que denomina *detentación*. Esta diferenciación de nomenclatura tiene a su favor la facilidad de atribución de efectos a una y otra [la detentación solo produce los efectos que para cada caso concreto establecen las leyes (art. 521-1.2 *in fine*) y no permite la usucapión (art. 531-24.2)], pero, al estar basada la diferenciación en un mismo hecho posesorio, tiene en su contra la dificultad de su conceptualización, que se evidencia en el art. 521.1, al establecer en su n.º 1 una definición parcial de la posesión («poder de hecho sobre una cosa o un derecho» y, en su n.º 2, una definición casuística de la detentación («poder sobre una cosa o un derecho sin la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho» y «tenencia con la tolerancia de los titulares»). Parece, por lo tanto, que la posesión requiere, al menos, tres requisitos: poder sobre una cosa o un derecho, voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho y sin la tolerancia del titular de ese derecho.

En el caso que nos ocupa, se debate sobre la usucapión del derecho de propiedad y el Tribunal considera que las personas que ostentan el poder de hecho sobre la cosa no tienen la posesión de la misma, ya que no cumplen con dos de los requisitos antes citados: la voluntad aparente externa de actuar como propietarios y la falta de tolerancia de la propietaria.

Para apreciar la voluntad aparente externa de actuar como propietarios, ha tenido en cuenta, sin duda, la circunstancia de que los demandantes hicieron en su momento obras de reforma y de ampliación de la finca, pero, sin duda, ha pesado mucho más en la consideración del Tribunal la circunstancia de que la propietaria había continuado pagando el IBI y las tasas municipales del inmueble, lo que constata una doble circunstancia: que la propietaria no hizo dejación de sus obligaciones como tal y que los demandantes no completaron la «voluntad aparente externa» de aparecer como propietarios o, mejor dicho, de poseer en concepto de dueños.

En cuanto a la tolerancia de la propietaria, el Tribunal considera probado que la relación entre las partes comenzó marcada por dicha tolerancia, dadas las circunstancias del caso: matrimonio recién casado sin medios para conseguir una vivienda, relación de parentesco entre la propietaria (madre) y una de las detentadoras (hija), contigüidad entre la vivienda en cuestión y la de la madre, etc. Parece claro que los demandantes iniciaron la tenencia de la vivienda en concepto de precaristas y no en concepto de dueños, por lo que el art. 521-6.2 completa la solución del presente caso al decir que «se presume que los poseedores mantienen el mismo concepto posesorio que tenían cuando adquirieron la posesión». Puede argüirse que las obras de reforma y de ampliación de la finca podrían ser un indicio de la interversión o inversión del concepto posesorio, pero lo cierto es que, por sí solos, no indican que se haya pasado de poseer en concepto de precarista a poseer en concepto de dueño, lo que quizás hubieran conseguido si más o menos simultáneamente hubieran realizado los trámites necesarios para que el IBI y las tasas municipales correspondientes a la finca que ocupaban figurasen a su nombre en los organismos correspondientes y fuesen satisfechos por ellos.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles

Publicadas en julio, agosto y septiembre de 2011

Por Fernando Agustín Bonaga. Notario de Calatayud

ANOTACIÓN PREVENTIVA

Resolución de 18 de junio de 2011 (BOE n.º 165, 12 de julio de 2011, 12024)

Reitera la doctrina de la Dirección sobre vigencia de anotaciones preventivas tras la LEC-2000. Hay tres posibles situaciones:

– Anotaciones solicitadas tras la entrada en vigor de la LEC-2000: caducan a los cuatro años, pero son susceptibles de prórrogas sucesivas (art. 86 LH, redactado por la LEC-2000).

– Anotaciones practicadas antes de la vigencia de la Lec-2000: mismo régimen.

– Anotaciones prorrogadas en virtud de mandamiento presentado antes de la entrada en vigor de la LEC-2000. A ellas se refiere la Instrucción de la DGRN de 12 de diciembre de 2000, que les aplica transitoriamente el art. 199-2 RH (tácitamente derogado tras la nueva LEC): quedan indefinidamente prorrogadas hasta la firmeza de la resolución judicial que ponga fin al procedimiento. La anotación no caduca automáticamente en el momento de la firmeza, sino que solo puede pedirse la cancelación a los seis meses desde la emisión de la resolución firme (por analogía con el art. 157 LH), para dar tiempo al anotante a presentar esta antes de que el anotado pudiera realizar enajenaciones a terceros. [Es doctrina constante, que solo fue abandonada por una Resolución aislada (de 21 de julio de 2005)].

Resolución de 3 de marzo de 2011 (BOE n.º 174, 21 de julio de 2011, 12602)

Tomada anotación preventiva letra E, la Dirección desestima la pretensión del recurrente de asignarle la letra A, basada en el carácter preferente del crédito salarial anotado. El recurso gubernativo no es cauce apropiado: no cabe contra calificaciones positivas de las cuales se derive la práctica de un asiento; una vez practicado un asiento, está bajo la salvaguarda de los tribunales. Además, tal preferencia crediticia tiene carácter sustantivo y no registral: si no se hace valer mediante tercería de mejor derecho, la ejecución de los gravámenes anteriores determinará, conforme a los principios de prioridad y legitimación, la cancelación de toda carga posterior.

Resolución de 18 de julio de 2011 (BOE n.º 234, 28 de septiembre de 2011, 15248)

Resolución de 28 de junio de 2011 (BOE n.º 224, 17 de septiembre de 2011, 14837)

La Dirección matiza su anterior doctrina sobre interpretación del art. 8 de la Ley de Haciendas Locales, diferenciando entre actuaciones estrictamente ejecutivas, especialmente la realización forzosa del bien, donde sigue en vigor la doctrina tradicional de falta de competencia sobre inmuebles ubicados fuera de término municipal y necesidad de obtener auxilio de otra Administración supralocal), y mandamiento de anotación preventiva, donde, por razones de eficacia y economía, debe reconocerse competencia al órgano de recaudación municipal incluso respecto de inmuebles fuera de su término.

Resoluciones

Resolución de 14 de julio de 2011 (BOE n.º 228, 22 de septiembre de 2011, 15017)

La Dirección confirma su doctrina anterior sobre ampliación de anotaciones de embargo, extendiéndola a los apremios fiscales: cabe ampliar una anotación de embargo sobre lo inicialmente previsto en la ejecución en que se acordó, aunque la finca se halle ahora inscrita a nombre de otra persona o se hayan anotado posteriormente otros derechos.

El art. 613 LEC dispone que el embargo da al acreedor el derecho a cobrarse íntegramente con el valor del bien trabado (excepciones: cuando otro acreedor haya sido declarado preferente en tercería de mejor derecho, o en el caso de adquirente en otra ejecución, solo respecto del cual la cantidad que figure en la anotación al tiempo de inscribir su adquisición es límite de responsabilidad del bien).

Resolución de 21 de julio de 2011 (BOE n.º 235, 29 de septiembre de 2011, 15307)

Deniega la inscripción de un auto de adjudicación con mandamiento de cancelación de cargas, derivado de procedimiento de quiebra. Se trata de una quiebra que se rige por la normativa anterior a la Ley Concursal. Sobre la finca en cuestión, con posterioridad a la inscripción de la quiebra, se anotó un embargo derivado de un procedimiento de reclamación de créditos salariales e indemnizaciones por despido que gozaban del privilegio de ejecución separada, según el antiguo art. 32-5 del Estatuto de los Trabajadores. La adjudicación derivada de este segundo embargo, así como los actos posteriores de transmisión y gravamen sobre la finca, no son posteriores en rango, aunque hubieran accedido al Registro más tarde.

Resolución de 3 de agosto de 2011 (BOE n.º 235, 29 de septiembre de 2011, 15319)

Declara inscribible una escritura otorgada en 1999 por la que se transmitió un inmueble mediante escisión societaria, a pesar de ser presentada al Registro cuando ya consta anotada desde 2007 una prohibición judicial de disponer.

El art. 145 RH dispone que este tipo de anotación de prohibición de disponer impide inscribir actos dispositivos posteriores a la misma, pero no es obstáculo para inscripciones basadas en asientos anteriores al de dominio objeto de la anotación. La Dirección interpreta actualmente este artículo en el sentido de no impedir la inscripción de actos dispositivos anteriores a la anotación de prohibición, pero tal inscripción no implica la cancelación de dicha anotación, sino que esta se arrastrará, de modo que corresponderá al titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la anotación pedir el levantamiento de esta, de forma similar a como pasa con las anotaciones de embargo a través de las tercerías de dominio.

APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

Resolución de 14 de junio de 2011 (BOE n.º 175, 22 de julio de 2011, 12681)

Como cuestión previa, la Dirección se declara competente porque el recurso no se fundamenta de forma exclusiva en normas de Derecho catalán (si así fuese, la competencia sería de la Dirección General del Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña).

En cuanto al fondo, la Dirección deniega la inscripción de una escritura de compraventa de derechos de aprovechamiento urbanístico sujeta a la condición suspensiva de autorización administrativa de la transferencia a finca concreta.

El RD 1093/1997 admite que el aprovechamiento urbanístico de una finca pueda independizarse y, a modo de agregación, pasar a formar parte de la finca a la que se incorpora (art. 77), o bien que, a modo de segregación, pueda pasar a formar finca registral independiente (pero solo en los casos tasados del art. 39: aprovechamiento titularidad de la Administración; ocupación directa de la finca de origen; expropiación forzosa; urbanización de un sector, polígono o unidad de actuación). En el caso resuelto, ni consta la finca de destino, ni concurre ninguno de los casos del art. 39 RD 1997/1093 para que el aprovechamiento se inscriba en folio independiente. Además, la Administración ha reconocido la existencia y la transmisibilidad de un exceso de edificabilidad, pero está pendiente que autorice su incorporación a finca concreta.

Es cierto que la Dirección ha admitido la inscripción de opciones de compra y anotaciones de embargo sobre el exceso de edificabilidad, pero en ambos casos se trata de actos preparatorios que pueden derivar en transmisiones posteriores, pero que no lo son *per se*. En caso de ejecución del embargo o ejercicio de la opción, la situación registral deberá cambiar, configurándose el aprovechamiento como finca independiente o adscribiéndolo por nota marginal a otra finca.

EXCESO DE CABIDA

Resolución de 2 de junio de 2011 (BOE n.º 156, 1 de julio de 2011, 11315)

Admite la inscripción de una escritura de rectificación de cabida que declara un exceso del 6,43 % basado en certificación catastral descriptiva y gráfica, coincidente con la descripción registral en cuanto a la calle y número y los linderos (salvo un lindero no fijo). Las dudas registrales sobre la identidad de la finca se basan en que esta procede de una previa agrupación de dos fincas, una de las cuales había sido ya previamente rectificada en su cabida. Tal argumento no es suficiente para la Dirección, porque en la agrupación solo se sumaron aritméticamente las superficies de las fincas sin constar una medición exacta de las mismas. Cierto es que en el Registro consta la previa rectificación de cabida de una de las fincas, pero la otra siempre estuvo inscrita con la misma superficie.

Resolución de 5 de mayo de 2011 (BOE n.º 174, 21 de julio de 2011, 12603)

Los excesos de cabida solo pueden inscribirse si resulta indubitado que se está rectificando un erróneo dato descriptivo inscrito, sin alteración de la realidad física exterior que se acota. Fuera de esta hipótesis, pretender la rectificación de cabida encubre el intento de aplicar el folio registral original a una superficie colindante adicional. El cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente.

Tal doctrina general de la Dirección es aplicable también a los excesos de cabida en fincas que forman parte de una propiedad horizontal. En principio, la delimitación de la superficie de cada piso o local tiene alcance negocial: solo cuando conste indubitadamente que se está ante la rectificación de un dato cierto, quedará excluida

la normativa sobre modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. Por ello, en el caso resuelto, se deniega la inscripción de la modificación de un elemento en propiedad horizontal otorgada solo por su titular, por la que se pretende duplicar la superficie del mismo y disminuir en un 25 % la de su anejo, pues de la documentación aportada no resulta indubitadamente que el elemento no ha sufrido alteración.

Resolución de 28 de mayo de 2011 (BOE n.º 191, 10 de agosto de 2011, 13681)

Deniega la inscripción de una sentencia declarativa de dominio y de exceso de cabida por tres motivos:

– Una de las fincas aparece inscrita a favor de persona distinta de las partes. La inscripción a favor de este tercero se practicó en virtud de título de fecha posterior a la sentencia, pero presentado antes que esta, sin que la demanda se hubiese anotado preventivamente. El principio de tracto sucesivo es la manifestación registral del principio constitucional de tutela judicial efectiva y proscripción de la indefensión (art. 24 CE). No se pueden practicar asientos que comprometan una titularidad registral sin que el titular consienta o haya intervenido en el procedimiento.

– Aunque es posible inscribir un exceso de cabida mediante un procedimiento distinto de los especialmente establecidos en la legislación hipotecaria, siempre han de cumplirse los requisitos materiales del art. 201 LH (especialmente, notificaciones y citaciones a colindantes).

– La sentencia ordena la inscripción de una edificación sobre fincas de los dos litigantes a favor de ambos en una determinada proporción. Falta la previa declaración de obra nueva (cumpliendo los requisitos de los arts. 45 y ss. RD 1093/97), así como la ubicación precisa de la casa y la determinación de cómo debe crearse este régimen de dominio compartido (segregación de una finca en régimen de cotitularidad, agrupación con cuotas ideales de participación...).

Resolución de 13 de julio de 2011 (BOE n.º 234, 28 de septiembre de 2011, 15247)

Encuentra fundadas las dudas del Registrador y deniega la inscripción de un exceso de cabida, en una finca urbana inscrita con 117,83 m, sobre la base de una certificación catastral descriptiva y gráfica donde la finca mide 175 m. Las dudas del Registrador consisten en que una de las fincas colindantes tiene más metros inscritos que los que resultan del Catastro, siendo el defecto de una proporción similar al exceso cuya inscripción se pretende.

HIPOTECA

Resolución de 8 de junio de 2011 (BOE n.º 156, 1 de julio de 2011, 11318)

Admite la inscripción de una hipoteca de máximo (art. 153 bis LH) a favor de varios acreedores colectivamente, sin distribución de cuotas entre ellos, en garantía de un conjunto de créditos independientes pero vinculados entre sí a través de un pacto de sindicación en un acuerdo de refinanciación paraconcursal, y dotados de un régimen unificado en sus condiciones financieras mediante la correspondiente novación de los contratos primitivos, de modo que cada acreedor pierde su autonomía individual en cuanto al ejercicio de las acciones derivadas de su derecho (facultad que todos atribuyen, mediante mandato representativo irrevocable, a uno de los acreedores como banco agente), a cambio de que todas y cada una de las obligaciones queden garantizadas con el total importe de la responsabilidad hipotecaria.

Al ser la hipoteca accesoria del crédito que garantiza, su titularidad será la misma que la del crédito. Hay varias posibilidades, en caso de pluralidad de titulares de un crédito (créditos solidarios, mancomunados, parciarios). Si el crédito es solidario, también lo será la titularidad de la hipoteca, que se inscribirá haciendo constar la solidaridad, en lugar de la determinación de cuotas (Resolución de 10 de febrero de 2003). Caben otras formas de titularidad del crédito en el marco del principio de autonomía de la voluntad. En el caso resuelto, se trata de un crédito sindicado, admitido por la jurisprudencia (STS de 20 de enero de 2004), que puede ser garantizado mediante hipoteca constituida de forma unitaria, sin división de cuotas. Así, la Resolución de 10 de septiembre de 2009 permite la inscripción a favor de una pluralidad de titulares, sin cuotas, cuando su titularidad ostente el carácter de «en mano común», siempre que dicha titularidad colectiva esté articulada a través de un órgano legitimado para el ejercicio de los derechos en nombre de los titulares.

Además, la Dirección resuelve sobre la inscribibilidad de ciertas cláusulas, a la luz de su doctrina (resoluciones de 1 de octubre de 2010, de 4 de noviembre de 2010, de 21 de diciembre de 2010 y de 11 de enero de 2011) sobre interpretación del art. 12-2 LH en su redacción tras la Ley 41/2007:

– Tiene naturaleza real y es inscribible: extensión de la garantía hipotecaria a las primas de seguro satisfechas por los acreedores.

– No son inscribibles por carecer de naturaleza financiera ni real: obligación de otorgar las escrituras oportunas para dejar constancia de las edificaciones en las fincas; obligación de conservar las fincas haciendo las reparaciones necesarias.

– No es inscribible la obligación de no vender, gravar o arrendar, pues infringe los arts. 27 y 107-3 LH, y ha sido declarada abusiva en la STS de 16 de diciembre de 2009 (sí es admisible la prohibición de arrendar cuando se ciñe a los arrendamientos exentos del principio de purga de cargas posteriores, que son los de vivienda en los primeros cinco años). También son abusivas las siguientes cláusulas de vencimiento anticipado: iniciación de cualquier procedimiento que lleve aparejado embargo o ejecución de bienes; existencia de «cambio material adverso» apreciado por la mayoría de los acreedores; incumplimiento de cualquier obligación del deudor (solo cabría la resolución si la obligación no es accesoria, el incumplimiento es relevante y hay justa causa).

Resolución de 4 de julio de 2011 (BOE n.º 175, 22 de julio de 2011, 12683)

Declarado judicialmente nulo el título de adquisición del hipotecante, sin haber sido parte en el procedimiento el acreedor hipotecario; la hipoteca subsiste por ser el acreedor un tercero protegido por el art. 34 LH. Sin embargo, esta subsistencia no impedirá cancelar la inscripción de dominio del hipotecante.

Resoluciones

Resolución de 27 de junio de 2011 (BOE n.º 224, 17 de septiembre de 2011, 14836)

Deniega la inscripción de un auto judicial de adjudicación en ejecución hipotecaria, porque la titular registral (hipotecante no deudora) no fue demandada en el procedimiento y requerida de pago, sino que fue meramente notificada con posterioridad. Según la STS de 3 de diciembre de 2004, la falta de requerimiento de pago determina la nulidad del procedimiento, sin que pueda suplirse con una providencia de subsanación posterior.

Resolución de 23 de julio de 2011 (BOE n.º 235, 29 de septiembre de 2011, 15311)

Admite la inscripción de un decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas dictados en procedimiento de ejecución hipotecaria. No constituye defecto la discrepancia en cuanto a nombre, tipo social y domicilio, entre los datos de la entidad demandada y los de la deudora hipotecante según Registro, porque, en una inscripción posterior a la de hipoteca, resulta la transformación de tal sociedad y el cambio de sus anteriores datos. Por otro lado, consta, antes de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, la venta con subrogación de hipoteca al actual titular registral, pero sin que conste la aceptación del acreedor. En tal situación, no hay obligación de requerir de pago al tercer poseedor, sino solo de realizarle una mera notificación, que corresponde al Registrador.

INMATRICULACIÓN

Resolución de 26 de julio de 2011 (BOE n.º 235, 29 de septiembre de 2011, 15313)

Admite la inmatriculación de varias fincas mediante escritura de segregación y disolución de comunidad (otorgada en febrero de 2007), en la que se adjudica cada finca segregada a un comunero, siendo el título previo una aportación al matrimonio (otorgada en julio de 2006) de la cuota que cada uno tenía en la finca matriz. No hay indicios suficientes para pensar que los títulos hayan sido preparados al único efecto de conseguir la inmatriculación.

Doctrinalmente, se discute si la disolución de comunidad es título traslativo o meramente especificativo. La Dirección, desde el punto de vista de la capacidad, ha exigido la autorización judicial propia de los actos de disposición sobre inmuebles cuando hay varios bienes en comunidad y se rompe la regla de la posible igualdad del art. 1061 Cc, y no la ha exigido cuando existe una sola finca en común, aunque se compense al menor (Resolución de 2 de enero de 2004), o cuando se forman lotes iguales (Resolución de 28 de junio de 2007). En el caso que se resuelve ahora, la Dirección asume la doctrina de la STS de 25 de febrero de 2011: la división de cosa común tiene naturaleza jurídica compleja; sea o no traslativa, lo cierto es que produce una mutación jurídico-real esencial, pues extingue la situación de comunidad preexistente y modifica el derecho y el poder del comunero sobre el bien, por lo que es una verdadera atribución patrimonial apta como título inmatriculador de la totalidad del pleno dominio de la cosa adjudicada. Respecto de la virtualidad inmatriculadora de la aportación a gananciales, también comporta un verdadero desplazamiento patrimonial y una mutación de la situación jurídica previa.

Deben acompañarse al Registro, junto con el título inmatriculable, el título previo. La calificación del título previo por el Registrador es requisito necesario para la inmatriculación.

MEDIOS DE PAGO

Resolución de 2 de julio de 2011 (BOE n.º 175, 22 de julio de 2011, 12682)

Como cuestión previa, el recurso está presentado en plazo, pues el sello de presentación en la oficina de Correos lleva fecha del día en que se cumplía el mes de plazo. La fecha de recepción en el Registro prima solo a los efectos de prórroga del asiento de presentación, de modo que si el recurso llega al Registro una vez terminado el plazo de vigencia del asiento de presentación, este no podrá prorrogarse.

En cuanto al fondo, la Dirección, tras exponer su doctrina consolidada sobre acreditación de medios de pago, entiende cumplida esta normativa en la escritura calificada, mediante la constancia de los dígitos de las respectivas cuentas de cargo y abono de las transferencias, sin necesidad de expresar la entidad emisora y receptora, circunstancias que son contempladas en el art. 177-5 RN como elementos de identificación supletorios para el caso de no aportar dichos códigos. Además, la identidad de las entidades puede conocerse mediante los cuatro primeros dígitos de las cuentas

Resolución de 6 de julio de 2011 (BOE n.º 192, 11 de agosto de 2011, 13725).

Recapitula el régimen legal sobre acreditación de medios de pago, incluyendo la regla flexibilizadora del actual art. 177-5.º RN, introducido por el RD 1/2010.

En el caso resuelto, es conforme a dicha regla la expresión de que el pago de cierta cantidad se ha hecho mediante cheque bancario, cuya fotocopia se incorpora a la matriz (de la cual resultan librador y librado, beneficiario, el carácter nominativo del efecto, fecha e importe), aunque no se haya expresado la cuenta de cargo. No es conforme la mera expresión de una transferencia por determinado importe, sin expresión de los demás datos obligatorios (bien las cuentas de cargo y abono; bien ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria).

MENCIONES

Resolución de 20 de junio de 2011 (BOE n.º 174, 21 de julio de 2011, 12604)

Solo existe propiamente mención cuando el asiento registral se refiere a derechos, cargas o afecciones que, pudiendo acceder al Registro, no lo han hecho. Quedan fuera del concepto legal de *mención* otras situaciones o expresiones con mero alcance descriptivo o identificativo.

En el supuesto resuelto, la Dirección no considera *mención* (y deniega su cancelación) la expresión contenida en la descripción de una finca de que se halla atravesada por un ferrocarril minero abandonado. No hace referencia a un derecho, carga o afección.

MONTES

Resolución de 13 de julio de 2011 (BOE n.º 234, 28 de septiembre de 2011, 15246)

Deniega la inmatriculación de una finca colindante con monte demanial del Ayuntamiento, sobre la base de un informe municipal de fecha anterior al título inmatriculable emitido meramente «a efectos catastrales», y existiendo un informe de la comunidad autónoma desfavorable a la inmatriculación. Es cierto que el art. 22 de la Ley Estatal de Montes exige, a estos efectos, informe de la Administración titular del monte, pero, además, exige, para los montes catalogados, el informe de la comunidad autónoma; y para la legislación forestal andaluza, todos los montes públicos deben catalogarse (arts. 24 y 25 de la Ley de Patrimonio Forestal de Andalucía).

OBRA NUEVA

Resolución de 11 de abril de 2011 (BOE n.º 191, 10 de agosto de 2011, 13679).

El art. 52 RD 1093/97 se aplica tanto a fincas urbanas como rústicas. La acreditación del transcurso del plazo de prescripción de la posible infracción urbanística debe excluir la aplicación de la norma sancionadora. Cuando no resulte claramente del título la inexistencia de obstáculos administrativos, no cabrá la inscripción de la obra nueva.

En el caso resuelto, la Dirección deniega la inscripción de obra pretendida por dos razones. Primero, porque de la certificación municipal aportada resulta una antigüedad de siete años, mientras que del certificado catastral (cuyo valor resulta del art. 3 de la Ley del Catastro), solo de uno. Pero es que, además, dada la regulación gallega de las clases de suelo rústico y usos permitidos en cada uno, con diferente tipificación de infracciones (graves y muy graves) y plazos de prescripción, llegando incluso a prohibirse ciertas edificaciones, al Registrador hay que ponerle de manifiesto un triple pronunciamiento: tipo de suelo, tipo de construcción y antigüedad de la misma.

PARCELACIONES

Resolución de 14 de mayo de 2011 (BOE n.º 175, 22 de julio de 2011, 12677)

La Dirección reitera su actual doctrina fundada en la STS (3.ª) de 28 de enero de 2009, que considera norma estatal básica la que prohíbe la adquisición por silencio de licencias contrarias a la ordenación territorial o urbanística [art. 242-6 LS-1992 y art. 8-1-*b*) LS-2008], sin que esto contradiga la regla general de silencio positivo del art. 43 LRJAP-PAC, pues esta norma permite previsión en contra por otra ley.

En el caso concreto, ante una escritura de segregación en suelo rústico cuya licencia se pretende haber obtenido por silencio, el Registrador actúa según lo previsto por el art. 79 RD 1093/1997, de 4 de julio, y, como consecuencia de la comunicación pertinente, el Ayuntamiento deniega la licencia, basándose en la prohibición de parcelaciones contrarias al Plan Territorial Insular de Ibiza, contenida en el art. 15 del mismo. La Dirección deniega la inscripción de la segregación.

Resolución de 14 de mayo de 2011 (BOE n.º 191, 10 de agosto de 2011, 13679)

La Dirección reitera su actual doctrina fundada en la STS (3.ª) de 28 de enero de 2009. En el caso resuelto, ante una escritura de segregación cuya licencia se pretende haber obtenido por silencio, el Registrador actúa según lo previsto por el art. 79 RD 1093/1997, de 4 de julio, y, como consecuencia de la comunicación pertinente, el Ayuntamiento emite un certificado por el que deniega la licencia de segregación solicitada, porque la reparcelación de ese polígono fue anulada por el TSJ de Asturias, no siendo posible, por tanto, realizar parcelaciones sin tramitar previamente una nueva reparcelación. La Dirección deniega la segregación pretendida.

PRIORIDAD REGISTRAL

Resolución de 6 de julio de 2011 (BOE n.º 192, 11 de agosto de 2011, 13724)

Se refiere a un acta de manifestaciones otorgada por el Presidente de una comunidad de propietarios, con la que se pretende inscribir a nombre de esta el resto de una finca, destinado a zona recreativa, cuyo titular actual fue segregando de ella y vendiendo a cada comunero. El acta incorpora las escrituras de venta de las que resulta que en cada venta el titular fue vinculando dicho resto a las fincas segregadas. El Registrador se opone, porque, después de presentada el acta, se ha presentado un título incompatible en el cual el titular de la finca niega las manifestaciones y la vinculación que fundamentan el acta y vende la zona recreativa a otros compradores.

Es doctrina reiterada de la Dirección que la calificación de un título debe hacerse según su contenido y la situación registral existente al presentarlo. El Registrador puede y debe tener en cuenta documentos pendientes de despacho, aunque hayan sido presentados con posterioridad, a fin de evitar asientos inútiles que deberían ser cancelados a continuación. Pero esta doctrina exige que se respete el principio de prioridad registral. En el caso concreto, si el acta reúne los requisitos de inscripción, el Registrador no puede alterar el orden de presentación por la existencia de un título incompatible presentado después, respecto del cual debe operar el cierre registral.

Resolución de 15 de junio de 2011 (BOE n.º 234, 28 de septiembre de 2011, 15242)

Hallándose inscritos los Estatutos de una comunidad de propietarios compuesta por dos fases, la Dirección deniega ahora la inscripción de una modificación de tales Estatutos adoptado por acuerdo de la comunidad de solo la segunda fase (la modificación consiste en que los Estatutos pasen a regir no a la comunidad general de las dos fases, sino solo a la segunda). Es precisa también la conformidad de la comunidad de vecinos de la primera fase.

Resolución de 30 de julio de 2011 (BOE n.º 235, 29 de septiembre de 2011, 15317)

Sintetiza la doctrina de la DGRN sobre delimitación de materias competencia de la Junta y materias que exigen consentimiento individual de los propietarios, distinguiendo entre:

– Actos colectivos, que se imputan a la Junta como órgano comunitario. Son inscribibles en virtud de certificación de Junta de Propietarios con unanimidad de asistentes y notificación (sin oposición)

a los no asistentes. Casos: desafectación y venta de determinados elementos comunes (Resolución de 30 de noviembre de 2006, en *BOE* de 28 de diciembre de 2006, 22838; Resolución de 4 de marzo de 2004; Resolución de 23 de marzo de 2005); vinculación *ob rem* de los trasteros a las viviendas, como anejos (Resolución de 31 de marzo de 2005); determinadas modificaciones de los estatutos (Resolución de 5 de julio de 2005).

– Actos que afectan al contenido esencial del derecho de dominio: requieren consentimiento individualizado de los titulares, como: especificación del trastero que corresponde a cada piso (Resolución de 12 de diciembre de 2002); conversión de elemento privativo en común, que requiere el consentimiento de los titulares registrales y de sus cónyuges en régimen de gananciales (Resolución de 23 de junio de 2001).

El supuesto resuelto se refiere a la segregación de un desván, el cual venía siendo anejo de un piso, y su transformación en vivienda, con redistribución de cuotas que no afecta a las de los demás elementos. Estas operaciones se realizan mediante escritura otorgada por quienes dicen ser la totalidad de los propietarios constituidos en Junta universal de vecinos. Sin embargo, falta la esposa de uno de los dueños que adquirió el elemento para su sociedad de gananciales. La Dirección admite la inscripción por considerar que estamos ante un acto colectivo de la Junta y que basta con el consentimiento del marido por aplicación de la regla del art. 15-1 LPH, que, en caso de proindivisos, obliga a nombrar un representante para asistir y votar en las juntas.

PROTECCIÓN OFICIAL

Resolución de 7 de junio de 2011 (BOE n.º 175, 22 de julio de 2011, 12680)

Exige autorización administrativa para inscribir la venta de una vivienda que obtuvo en 2001 financiación cualificada mediante un préstamo que fue ejecutado en 2008, siendo el adjudicatario quien en 2010 realiza la venta. En el Registro consta prohibición de disponer durante los diez años siguientes al préstamo, salvo autorización de la Administración, previa cancelación del préstamo y reintegro de las ayudas. La adjudicación en ejecución hipotecaria implica la aplicación al actual propietario de cuantas obligaciones vengan determinadas por la legislación especial y que, además, constan inscritas.

RECTIFICACIÓN Y SUBSANACIÓN

Resolución de 24 de junio de 2011 (BOE n.º 224, 17 de septiembre de 2011, 14835)

La titular registral adquirió mediante escritura en la que declaró estar casada con quien la asistió en tal otorgamiento para ratificar el carácter privativo del precio. Ahora, los herederos de la titular pretenden la rectificación de la inscripción, acreditando con certificados del Registro Civil que la titular estaba casada al adquirir con persona distinta de quien la asistió. No es preciso el consentimiento de quien compareció sin ser esposo, pues, cuando una rectificación de errores registrales se refiere a hechos susceptibles de prueba absoluta mediante documentos fehacientes independientes de la voluntad de los interesados, no son de aplicación los arts. 40.*d*) y 82 LH.

Resolución de 21 de junio de 2011 (BOE n.º 234, 28 de septiembre de 2011, 15243)

Se halla inscrito un exceso de cabida en virtud de acta de notoriedad. Ahora se pretende rectificar la inscripción del exceso mediante acta de manifestaciones otorgada por el titular registral. Pero la Dirección no considera inscribible este acta de manifestaciones, pues el error procede (según reconoce el mismo requirente) de defectos graves procedimentales contenidos en el título por el que se inscribió el exceso. Sería preciso rectificar previamente este.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Resolución de 13 de abril de 2011 (BOE n.º 191, 10 de agosto de 2011, 13680).

Deniega la inscripción de la escritura de venta de una finca adquirida por la vendedora en 1974 mediante escritura en la que su esposo, ya fallecido, reconoció que el dinero invertido era parafernal de aquella, por lo que se inscribió a favor de la misma sin prejuzgar la naturaleza privativa o ganancial, de acuerdo con la normativa entonces vigente. No consta acreditado el carácter privativo del bien, ni la manifestación fehaciente de los herederos forzosos del confesante de ser privativo de su madre, sin que este carácter privativo pueda sobreentenderse del hecho de que la escritura de partición de la herencia del padre no incluyese referencia alguna a este bien.

Resolución de 15 de julio de 2011 (BOE n.º 229, 23 de septiembre de 2011, 15075)

Reitera la doctrina de la Dirección en materia de adquisiciones por cónyuges extranjeros. Aunque el Notario no está obligado a conocer la ley material extranjera, debe reflejar en la comparecencia de la escritura cuál es la norma aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges. Ahora bien, el art. 92 RH permite inscribir a favor de ambos con sujeción a su régimen económico matrimonial, con indicación de este, si consta en el título. La determinación de tal régimen y la acreditación de su contenido y vigencia serán exigibles en la enajenación o gravamen, pudiendo obviarse, si consta el consentimiento de o la demanda a ambos.

En el caso resuelto, un bien figura inscrito por mitad a nombre de dos ciudadanos portugueses: uno divorciado y el otro casado «en el régimen legal de Portugal» (conforme al art. 92 RH). Ahora se pretende inscribir una escritura de hipoteca sin intervención del cónyuge del segundo titular. La Dirección entiende aplicable al régimen económico matrimonial la Ley portuguesa, como ley personal común de los cónyuges al contraer matrimonio. La inscripción de la hipoteca exige acreditar el contenido de dicha Ley para comprobar que, según la misma, un solo cónyuge tiene facultades dispositivas, o que es admisible considerar que se trata de un negocio jurídico adquisitivo complejo y unitario equiparable a la adquisición de un bien gravado previamente con hipoteca.

Resolución de 19 de julio de 2011 (BOE n.º 234, 28 de septiembre de 2011, 15249)

Declara inscribible una escritura de liquidación de sociedad de gananciales como consecuencia de divorcio, en la que se adjudican activo y pasivo (vivienda e hipoteca que la grava) a la esposa, quien compensa económicamente el exceso. No es preciso aportar

el convenio regulador para comprobar si la escritura lo contradice, puesto que no es obligatorio hacer la liquidación de gananciales en convenio. Se trata de una cuestión puramente patrimonial para la cual los cónyuges no ven limitada su libertad contractual por dicho convenio. La liquidación tampoco perjudicaría una eventual asignación del derecho de uso de la vivienda familiar al esposo, porque tal derecho de uso tiene una naturaleza peculiar no de derecho real, sino familiar.

Resolución de 21 de julio de 2011 (BOE n.º 234, 28 de septiembre de 2011, 15251)

Admite la inscripción de una escritura de liquidación de gananciales y herencia, en la cual se incluyen bienes adquiridos en régimen de gananciales en 1978 y 2000, así como bienes adquiridos en separación de bienes en 1990. El Registrador no puede fundar su calificación en la mera sospecha de que afirmó un régimen de separación inexistente. El carácter de cada adquisición resulta de los títulos y del Registro, cuyos asientos gozan de presunción de exactitud.

Resolución de 22 de julio de 2011 (BOE n.º 235, 29 de septiembre de 2011, 15308)

Recoge la doctrina consolidada de la Dirección sobre embargo de bienes de extranjeros: es obligatorio demandar conjuntamente a los dos cónyuges extranjeros para embargar bienes inscritos a nombre de ambos con sujeción a su régimen económico, cuando no conste, por acreditación del derecho extranjero o conocimiento de este por el Notario o Registrador, que rige un sistema de mera notificación al otro cónyuge similar al previsto en el art. 144-1 RH para los regímenes de comunidad de bienes.

No obstante, en el concreto caso resuelto, se admite la anotación del embargo con la mera notificación al cónyuge del deudor, por haberse acreditado que la finca era privativa de este y tratarse de la vivienda familiar, ya que el art. 144-5 RH contiene una regla específica: si el régimen del matrimonio exige el consentimiento del cónyuge del embargado, basta con notificarle el embargo.Resolución de 23 de julio de 2011 (BOE n.º 235, 29 de septiembre de 2011, 15310)

Admite una anotación de embargo sobre la tercera parte de una vivienda perteneciente por herencia al deudor casado, sin que en el Registro ni en el mandamiento conste su carácter de vivienda habitual y sin que tampoco se acredite el conocimiento del otro cónyuge.

El Registrador solo puede calificar con los asientos y los títulos. Si de ellos no resulta el carácter de vivienda familiar, es más coherente, con la celeridad que se precisa en una medida cautelar, acceder a la anotación que rechazarla. Además, en este caso, el deudor solo tiene un tercio de la vivienda, por lo cual no puede tener el uso total y exclusivo de la misma, ya que impediría a los otros utilizarla conforme a su destino.

Resolución de 29 de julio de 2011 (BOE n.º 235, 29 de septiembre de 2011, 15316)

La obligación de acreditar el NIF de los comparecientes en escrituras relativas a inmuebles (art. 254-2 LH) no se extiende al cónyuge del comprador que adquiere para su sociedad conyugal. El cónyuge del comprador no es ni compareciente ni representado.

REPRESENTACIÓN

Resolución de 9 de junio de 2011 (BOE n.º 156, 1 de julio de 2011, 11319)

Resolución de 10 de junio de 2011 (BOE n.º 156, 1 de julio de 2011, 11320)

Resolución de 11 de junio de 2011 (BOE n.º 156, 1 de julio de 2011, 11321)

Se trata de tres escrituras autorizadas por la misma Notaria y presentadas a la misma Registradora. La Dirección entiende bien realizado el juicio notarial de suficiencia en todas ellas. En cada escritura, la Notaria autorizante detalla las circunstancias identificadoras de la persona representada, los datos de la escritura de apoderamiento, cuya copia autorizada declara haber tenido a la vista, y juzga al compareciente especialmente facultado para el otorgamiento de esta escritura de compraventa (en las resoluciones de 9 y 10 de junio) o de herencia (en la Resolución de 11 de junio).

Resolución de 27 de junio de 2011 (BOE n.º 174, 21 de julio de 2011, 12607)

La disolución de una sociedad no provoca la ineficacia de los poderes sociales anteriores, que se mantienen durante la liquidación, si no concurre revocación u otro supuesto de extinción de la representación.

La Dirección entiende bien realizado el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas, sin que sea necesario (como exigía el Registrador) que conste una relación de las facultades del apoderado y de quien se las confirió.

Resolución de 1 de julio de 2011 (BOE n.º 229, 23 de septiembre de 2011, 15074)

Se refiere a la escritura de constitución de una SL, en la cual uno de los socios fundadores está representado mediante un apoderado. La Dirección considera debidamente reseñada la escritura de poder y realizado el juicio de suficiencia de facultades representativas (el Notario expresa que se le exhibe copia autorizada y juzga suficiente el poder conferido «para el otorgamiento de esta escritura de constitución de sociedad limitada»).

Resolución de 27 de julio de 2011 (BOE n.º 235, 29 de septiembre de 2011, 15314)

La Dirección considera correctamente realizado el juicio de suficiencia en una escritura de préstamo hipotecario en la cual el Notario, tras reseñar correctamente los datos de la escritura de poder y su inscripción, afirma que de ella resultan facultades para conceder y tomar préstamos y cuentas de crédito, recibiendo hipotecas y garantías reales, y, más adelante, formula el juicio de suficiencia en términos genéricos, «para el otorgamiento del negocio jurídico contenido en esta escritura». Es cierto que el juicio de suficiencia debe ser expresado no de forma genérica o abstracta, sino necesariamente concretado al acto o negocio al que el instrumento se refiera, pero, en este caso, esta exigencia queda cumplida con creces mediante la reseña de la escritura de poder realizada por el Notario.

Resoluciones

SERVIDUMBRES

Resolución de 3 de junio de 2011 (BOE n.º 156, 1 de julio de 2011, 11316)

Admite la inscripción de una escritura de 1992 por la que el titular cedía el «aprovechamiento de piedra» sobre su finca, hasta el agotamiento de esta y en su defecto, durante quinientos años. Hoy este derecho podría encajar en la figura de los «derechos de aprovechamiento parcial» regulados en el Código civil de Cataluña de 2006, que les impone una duración máxima de noventa y nueve años, pero no cabe aplicación retroactiva del nuevo Código a una escritura de 1992. Tampoco cabe aplicarle las reglas del Código común sobre el usufructo, que, a falta de previsión contractual, es vitalicio (art. 513-1), porque las partes no han querido tal constricción temporal. Un derecho de este tipo ya fue calificado por el TS (STS de 30 de enero de 1964) como servidumbre personal, cuya temporalidad forzosa ya fue rechazada en la STS de 8 de mayo de 1947, que rechazó también el recurso a la aplicación analógica de las reglas del usufructo.

SOCIEDADES MERCANTILES

Administradores sociales

Resolución de 9 de julio de 2011 (BOE n.º 191, 10 de agosto de 2011, 13686)

Admite la inscripción de un poder general otorgado por quien comparece como administrador único de la sociedad, aunque realmente, y según el Registro, se trata de un administrador solidario. Este error material es irrelevante, ya que el ámbito de actuación es idéntico en caso de administrador único y solidario.

Resolución de 22 de julio de 2011 (BOE n.º 235, 29 de septiembre de 2011, 15309)

Admite la inscripción del nombramiento de once miembros de la Comisión Delegada del Consejo de Administración de una SA, pese a que los Estatutos establecen que el número de miembros de la misma debe ser de doce.

Los Estatutos no imponen que todas las vacantes de la Comisión hayan de cubrirse simultáneamente. Por el contrario, sí imponen que uno de los miembros de la Comisión sea el Consejero Delegado, cargo que ahora mismo está vacante, sin que parezca razonable concluir la imposibilidad actual de constituir la Comisión. Finalmente, la existencia de una vacante no impide el funcionamiento de la Comisión, que continuará pudiendo adoptar válidamente sus acuerdos.

Resolución de 26 de julio de 2011 (BOE n.º 235, 29 de septiembre de 2011, 15312)

En los casos de convocatoria judicial de la Junta, no es preciso incorporar a la escritura de elevación a público el auto judicial en que se acuerda la convocatoria. Del título presentado resulta el cumplimiento de los requisitos calificables y, en particular, los anuncios incorporados a la escritura están suscritos por el Secretario Judicial. Por otro lado, pese a estar cerrada la hoja de la sociedad por falta de depósito de cuentas, el cese de administrador es una de las excepciones inscribibles a tenor del art. 378 RRM (no así el nombramiento de nuevo administrador).

Competencia del registrador

Resolución de 11 de julio de 2011 (BOE n.º 224, 17 de septiembre de 2011, 14839)

En un cambio de domicilio de una SL, el Registrador de origen emite la certificación de folio y practica el cierre provisional a que se refiere el art. 19 RRM, a fin de facilitar el traslado del historial registral de la sociedad al nuevo Registro, cuyo titular se niega, sin embargo, a inscribir la certificación, alegando falta de competencia del Registrador de origen, al haber sido anulado judicialmente su nombramiento para la plaza que sirve. La Dirección no admite este defecto, basándose en la falta de firmeza de las resoluciones alegadas por el Registrador de destino, hasta que no se resuelva sobre los exactos términos en que deberán ser ejecutadas. Entre tanto, razones de interés general, orden público y seguridad jurídica impiden paralizar la actividad del Registro de origen.

Conflicto de intereses

Resolución de 7 de julio de 2011 (BOE n.º 191, 10 de agosto de 2011, 13683)

El único otorgante de una escritura de constitución de SL interviene en su propio nombre y derecho y, además, como administrador único de otra sociedad. Además, se designa a sí mismo como administrador único de la nueva sociedad. A efectos de autocontratación, hay que distinguir entre contratos onerosos (con obligaciones recíprocas entre las partes, en los cuales, por naturaleza, hay intereses contrapuestos) y contratos asociativos en los que concurren declaraciones convergentes para la consecución de un fin común, quedando excluida la confrontación de intereses entre las partes. Si respecto de un aspecto concreto del negocio pudiera existir conflicto por anteposición de intereses de unos respecto de otros, el Registrador debe concretarlo y determinarlo, sin que pueda deducirse automáticamente del simple hecho de existir una misma persona representante de otras.

Sí se confirma el segundo defecto invocado: los Estatutos exigen el voto favorable del 60 % del capital para determinados acuerdos, entre los que se incluyen algunos de los previstos en el art. 199-*b*) LSC (que exigen mayoría de dos tercios). Esta cláusula contradice una norma imperativa y no contiene salvedad alguna, sin que sea suficiente la genérica previsión de respeto a la legislación aplicable contenida en el art. 1 de los Estatutos Sociales.

Resolución de 5 de julio de 2011 (BOE n.º 224, 17 de septiembre de 2011, 14838)

No considera que haya conflicto de intereses por el solo hecho de que el otorgante de una escritura de constitución de SL intervenga como administrador de las dos sociedades fundadoras. A efectos de autocontratación, hay que distinguir entre contratos onerosos (con obligaciones recíprocas entre las partes, en los cuales, por naturaleza, hay intereses contrapuestos) y contratos asociativos en los que concurren declaraciones convergentes para la consecución de un fin común, quedando excluida la confrontación de intereses entre las partes. Si respecto de un aspecto concreto del negocio pudiera existir conflicto de intereses por anteposición de intereses de unos respecto de otros, el Registrador debe concretarlo y determinarlo, sin que pueda deducirse automáticamente del simple hecho de existir una misma persona representante de otras.

Declara inscribible la cláusula estatutaria por la cual la Junta General será convocada, alternativamente, bien mediante anuncio publicado en su página web, bien por carta certificada con acuse de recibo, debiéndose realizar obligatoriamente por este último medio, si la sociedad no tiene página web. En aras de los principios de flexibilidad y simplificación perseguidos por el RD-Ley 13/2010, la Dirección interpreta que tal cláusula no contraviene el art. 173 LSC (según el cual el anuncio de convocatoria de la Junta de todas las sociedades capitalistas se publicará en el BORME y en la página web de la sociedad o, en caso de que no exista, en un diario de circulación en el término del domicilio, pudiendo, para las SL, sustituir la publicación en tal diario por un procedimiento de comunicación individual y escrita que asegure la recepción por todos los socios).

Constitución exprés (RD-LEY 13/2010)

Resolución de 4 de junio de 2011 (BOE n.º 156, 1 de julio de 2011, 11317)

Aplica el criterio sentado por la Instrucción de la DGRN de 18 de mayo de 2011: para la calificación e inscripción de sociedades de capital en el Registro Mercantil, no será necesaria la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención del impuesto de operaciones societarias establecida por el RD-Ley 13/2010.

Además, resuelve sobre otras cuestiones referidas a los Estatutos Sociales adaptados a los estatutos tipo aprobados por OJ/3185/2010:

– Basta con incluir alguna de las actividades relacionadas en la Orden (en el caso concreto, «construcción, instalaciones y mantenimiento», «prestación de servicios, actividades de gestión y administración»), sin ser necesario (aunque nada lo impide) referirla a productos o servicios concretos. No vulnera el principio de determinación del objeto social.

– La previsión de la Orden sobre posibilidad de notificar a los socios la convocatoria de la Junta «a través de procedimientos telemáticos, mediante el uso de firma electrónica», asegura razonablemente la recepción del anuncio por el socio personal e individualmente.

– La previsión de la Orden, como una de las posibilidades de administración [art. 8-*b*)] de «varios administradores con facultades solidarias», es meramente indicativa y debe completarse, a los efectos del art. 23 LSC, con la exigencia de concretar el número de ellos o, al menos, el número mínimo y máximo.

Resolución de 21 de junio de 2011 (BOE n.º 165, 12 de julio de 2011, 12025)

Reitera que para la calificación e inscripción de sociedades de capital en el Registro Mercantil no será necesaria la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención del impuesto de operaciones societarias establecida por el RD-Ley 13/2010.

Resolución de 29 de junio de 2011 (BOE n.º 174, 21 de julio de 2011, 12608)

Reitera que para la calificación e inscripción de sociedades de capital en el Registro Mercantil no será necesaria la presentación del documento de autoliquidación con alegación de la exención del impuesto de operaciones societarias establecida por el RD-Ley 13/2010.

No es defecto que impida la inscripción de una escritura de constitución la existencia de un simple error material de escasa entidad que no plantea dudas, si se atiende al contenido íntegro de la escritura. En efecto, el art. 1 de los Estatutos recoge erróneamente el nombre «Alja Investements 1, SL», pero, en el resto del texto de la escritura y sus documentos unidos (certificado de denominación, documento sobre comunicación del NIF), se recoge reiteradamente la denominación que debe reputarse correcta: «Alja Investement 1, SL».

Además, resuelve sobre otras cuestiones referidas a los Estatutos Sociales adaptados a los estatutos tipo aprobados por OJ/3185/2010:

– Basta con incluir alguna de las actividades relacionadas en la Orden (en el caso concreto, «comercio al por mayor y al por menor», «prestación de servicios, actividades de gestión y administración»), sin ser necesario (aunque nada lo impide) referirla a productos o servicios concretos. No vulnera el principio de determinación del objeto social.

– Admite la cláusula estatutaria que prevé la convocatoria de la Junta por procedimientos telemáticos con uso de firma electrónica y, de no ser posible, mediante cualquier otro procedimiento de comunicación individual y escrito que asegure la recepción por los socios.

– La previsión de la Orden, como una de las posibilidades de administración [art. 8-*b*)] de «varios administradores con facultades solidarias», es meramente indicativa y debe completarse, a los efectos del art. 23 LSC, con la exigencia de concretar el número de ellos o, al menos, el número mínimo y máximo.

Resolución de 6 de julio de 2011 (BOE n.º 234, 28 de septiembre de 2011, 15244)

Resolución de 6 de julio de 2011 (BOE n.º 234, 28 de septiembre de 2011, 15245)

Se refieren a la constitución de sociedades de responsabilidad limitada ajustada al apartado 3.º del art. 5 RD-Ley 13/2010, por preverse como uno de los modos alternativos de administración social la existencia de Consejo de Administración. La Dirección confirma que debe acreditarse la correspondiente provisión de fondos por la publicación en el BORME (art. 426-1 RRM).

Depósito de cuentas

Resolución de 1 de junio de 2011 (BOE n.º 156, 1 de julio de 2011, 11314).

Declarada en concurso una SA, subsiste la obligación de auditar sus cuentas anuales, si bien quedan exentas las primeras cuentas anuales preparadas durante la administración concursal (art. 46 de la Ley Concursal).

Resolución de 1 de junio de 2011 (BOE n.º 175, 22 de julio de 2011, 12679)

Las sociedades que sobrepasen durante dos ejercicios consecutivos dos de los límites relacionados en el antiguo art. 181 LSA tienen la obligación de someter las cuentas del siguiente ejercicio a la verificación de un auditor de cuentas nombrado por la Junta. Así ocurre en la sociedad del supuesto, la cual, además del informe

de auditoría, tendrá que presentar los otros documentos contables exigidos legalmente: el estado de flujos de efectivo y el informe de gestión de los administradores, todos ellos en los modelos aprobados oficialmente.

Resolución de 4 de julio de 2011 (BOE n.º 192, 11 de agosto de 2011, 13723)

Deniega el depósito de cuentas de una SL en concurso, cuando quien expide la certificación acreditativa de su aprobación es el liquidador, pero con cargo ya cesado.

Dentro de un mismo concurso, puede haber situaciones en que las facultades del concursado estén suspendidas o meramente intervenidas. En la sociedad del supuesto, aunque inicialmente fue objeto de mera intervención, existe un auto inscrito por el que se declaró la conclusión de la fase común del concurso y la apertura de la fase de liquidación, dejando sin efecto las facultades de administración y disposición del concursado (art. 145-1 LC). La formulación de las cuentas anuales corresponde ahora a los administradores concursales (art. 46 LC).

Junta general

Resolución de 8 de julio de 2011 (BOE n.º 191, 10 de agosto de 2011, 13685)

El art. 173-1 LSC (reformado por el RD-Ley 13/2010) dispone que el anuncio de convocatoria de la Junta de las sociedades capitalistas se publicará en la página web de la sociedad y, en caso de que no exista, en un diario de circulación en el término municipal, pudiéndose, para las sociedades limitadas, sustituir tal procedimiento por otro de comunicación individual y escrita que asegure la recepción por todos los socios.

En el caso resuelto, la Dirección declara inscribible la disposición estatutaria que reproduce tal dicción legal genérica, pero sin especificar un único y concreto sistema de comunicación individual y escrita que asegure la recepción por todos los socios (correo certificado, burofax...), tal y como exigía el Registrador.

Sociedad profesional

Resolución de 21 de julio de 2011 (BOE n.º 234, 28 de septiembre de 2011, 15250)

Admite la inscripción de la constitución de una SL no profesional, el 55 % de cuyo capital es suscrito por una SL profesional. Es cierto que la Ley 2/2007 parte del principio de exclusividad del objeto social: las sociedades profesionales solo pueden tener por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales (art. 2), pero esto no implica una limitación a su capacidad de obrar. El TS (por ejemplo, STS de 29 de julio de 2010) tiene declarada la plena capacidad jurídica y de obrar de las sociedades mercantiles, que pueden desplegar lícitamente actividades estatutarias, neutras e incluso extraestatutarias. Es obvio que la mera participación de una sociedad profesional en el capital de una sociedad no profesional no implica la principalidad de las actividades de la segunda respecto de las de la primera. Por ello, cuando, como en este caso, las actividades no profesionales son puramente auxiliares, no se infringe la regla de la exclusividad y las actividades accesorias estarían amparadas por el sistema de capacidad *ultra vires*.

Unipersonalidad

Resolución de 22 de junio de 2011 (BOE n.º 174, 21 de julio de 2011, 12605)

Declara inscribible una elevación a público de acuerdos de Junta de una SL (cambio de sistema de administración y nombramiento de administrador único), aunque en el Registro consta que la sociedad es unipersonal y de la escritura calificada resulta que ya ha dejado de serlo.

El Mercantil es un registro de personas, en el que el principio de tracto sucesivo no tiene igual alcance que en un registro de bienes. La circulación de participaciones sociales opera al margen del Registro. No hay en la LSC sanción para la falta de constancia del cambio de socio único. El hecho de que el Registro publique una situación de unipersonalidad no impide la inscripción de acuerdos sociales adoptados por el órgano competente.

SUCESIONES

Resolución de 20 de mayo de 2011 (BOE n.º 175, 22 de julio de 2011, 12678)

La testadora legó a un sobrino «la participación que le corresponde» en una vivienda. La Dirección interpreta que la testadora está legando solo la participación de la que era titular a la fecha de otorgar su testamento, pero no la participación que le correspondería por herencia de un hermano fallecido antes de que la testadora otorgase su testamento. Como la testadora falleció sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su hermano, este derecho pasará a sus propios herederos (art. 1006 Cc), los cuales deberán ser declarados *ab intestato*, ya que la testadora distribuyó toda su herencia en legados.

Resolución de 7 de julio de 2011 (BOE n.º 192, 11 de agosto de 2011, 13726)

Resolución de 2 de agosto de 2011 (BOE n.º 235, 29 de septiembre de 2011, 15318)

Declaran inscribibles sendas escrituras de herencia de causante holandés, en las cuales la Notaria española manifiesta conocer la legislación holandesa, incorpora el acta de declaración de herederos apostillada y redactada en idioma holandés, la traduce al español parcialmente y declara que en lo omitido no hay nada que desvirtúe lo trascrito. No es necesario que la Notaria traduzca totalmente el acta.

Es doctrina de la Dirección que para inscribir escrituras de herencia es suficiente la presentación de las primeras copias, testimonios por exhibición y traslados directos del testamento, o bien que figuren insertos en la escritura (pero no basta relacionar cláusulas sucintamente sin que el Notario afirme la exactitud de concepto de lo relacionado y que no hay cláusulas que amplíen o modifiquen lo inserto). Esta doctrina fue flexibilizada para la sucesión intestada: basta testimoniar los particulares del documento básicos para la calificación.

Una de las formas de acreditar la observancia del Derecho holandés (aplicable al caso por el art. 9-8 Cc) es el informe de Notario español (art. 36 RH). En este caso, la Notaria asume la obligación de conocer la legislación holandesa en este punto y declara que, conforme a ella, las cláusulas del acta incorporada son suficientes para

permitir la partición, sin que las demás cláusulas alteren lo inserto, lo cual prevalecerá, salvo que la Registradora, bajo su responsabilidad, disienta y manifieste conocer también ella el Derecho extranjero.

Resolución de 31 de mayo de 2011 (BOE n.º 224, 17 de septiembre de 2011, 14834)

Los causantes legaron los tercios de mejora y libre disposición a una hija, ordenando que a su fallecimiento fueran para sus hijos o descendientes y, en defecto de estos, para sus hermanos e hijos de hermanos difuntos. Los hermanos de la legataria renunciaron a su expectativa de derecho a cambio de una cantidad. Mediante acta de notoriedad, se acreditó que la legataria falleció sin descendientes. Ahora se pretende extinguido este fideicomiso.

Se trata de una sustitución fideicomisaria condicional, de modo que la existencia de hijos de la fiduciaria a su fallecimiento constituiría la condición de la que dependería el llamamiento a los hermanos-sobrinos. Al revés que en los fideicomisos a término (como, por ejemplo, los que dependen de la muerte del fiduciario), en los condicionales solo nace la delación a favor del fideicomisario cuando se cumpla la condición, y si este fallece antes, no transmite derecho alguno a sus herederos (art. 759 Cc). La renuncia del fideicomisario condicional es solo preventiva, por referirse a un derecho aún no incorporado a su patrimonio. Únicamente supondrá la extinción del fideicomiso si llega a producirse la efectiva delación a favor del renunciante. De no ser así, surgirá el derecho de los fideicomisarios llamados *por sustitución vulgar* (los hijos de hermanos difuntos), quienes no participaron en la renuncia. En el caso resuelto, la renuncia solo purificará el fideicomiso si se acredita que los renunciantes llegaron efectivamente a ser fideicomisarios por haber sobrevivido a la fiduciaria.

Resolución de 28 de julio de 2011 (BOE n.º 235, 29 de septiembre de 2011, 15315)

Reitera la doctrina de la Dirección sobre acreditación del Derecho extranjero. Igual que en el ámbito procesal, también debe ser objeto de prueba en los ámbitos notarial y registral, en cuanto a su contenido y vigencia. Las normas procesales son subsidiarias de las registrales en este tema, pero con especialidades: si no se le acredita al Registrador debidamente el Derecho extranjero, deberá suspender la inscripción, sin que quepa someter la validez del acto al Derecho español, como ocurre en el ámbito judicial. La acreditación se rige por el art. 36 RH (inicialmente previsto para la determinación de las normas aplicables sobre forma y capacidad, pero extensible a las normas sobre validez del acto). Los medios de prueba previstos en esta norma son, entre otros, informe o aseveración de Notario o Cónsul español, o de diplomático o funcionario del país en cuestión, a los que no se les exige necesariamente la legalización y traducción prevista para los documentos que hayan de ser inscritos. Notarios y registradores están obligados a determinar qué ley nacional resulta aplicable, mediante la correspondiente norma de conflicto, pero no están obligados a conocer el Derecho extranjero, si bien pueden realizar, bajo su responsabilidad, un juicio de suficiencia, si aseguran conocerlo.

En el caso resuelto, la Dirección rechaza la inscripción de una escritura de herencia por falta de acreditación suficiente del Derecho ruso. Se aporta un certificado de ley expedido por Notario ruso, que se limita a declarar como única heredera a la esposa, pero no consta que sea título sucesorio (en el sentido de título sobre el que funda inmediatamente su derecho quien pretende la inscripción, *ex* art. 14 LH), ni los eventuales derechos de los posibles legitimarios.

Tracto sucesivo

Resolución de 24 de junio de 2011 (BOE n.º 174, 21 de julio de 2011, 12606)

Deniega la inscripción de un auto judicial de reanudación de tracto interrumpido, en el que se declara justificado el dominio a favor del promotor, pero no se expresa el título material de adquisición. La competencia registral para calificar los documentos judiciales (art. 100 RH) comprende la comprobación de que concurren las circunstancias exigidas por los arts. 9 LH y 51 RH, una de las cuales es el título genérico de adquisición, del cual dependerán los efectos del derecho adquirido, que serán notablemente distintos si la adquisición fue onerosa o gratuita.

Resolución de 8 de julio de 2011 (BOE n.º 191, 10 de agosto de 2011, 13684)

Deniega la inscripción de un auto de homologación judicial (sin prejuzgar si, en general, los autos de homologación son título inscribible) de un convenio privado con efecto de transacción judicial, en el que las demandadas reconocen haber vendido y entregado con anterioridad una finca a los demandantes, puesto que del Registro resulta estar inscrita a nombre de la madre de las demandadas como presuntivamente ganancial en el matrimonio de esta con su segundo marido, que no era padre de las demandadas. Para conseguir la inscripción, lo procedente es destruir la presunción de ganancialidad u obtener la ratificación del convenio por los herederos del marido. Por todo ello, no resulta aplicable el criterio de la Dirección, que permite inscribir, sin necesidad de previa partición hereditaria, los actos dispositivos sobre bienes registrados a favor del causante otorgados por quienes acrediten ser todos los llamados a la herencia, y siempre que conste la aceptación expresa o derive esta legalmente del propio acto dispositivo (art. 20, párrafo 5.º, n.º 2 LH).

Resolución de 1 de julio de 2011 (BOE n.º 192, 11 de agosto de 2011, 13722)

Deniega la inscripción de un mandamiento judicial que rectifica en cuanto al dominio una inscripción, siendo así que la demanda se dirigió contra quienes, por sus apellidos, parecen ser hijos de los titulares registrales. La condición de heredero debe acreditarse mediante la aportación del título sucesorio, acompañado de los certificados de defunción y las últimas voluntades de los titulares (arts. 14 y 16 LH, y 76 RH).

Resolución de 14 de julio de 2011 (BOE n.º 228, 22 de septiembre de 2011, 15016)

Deniega la inscripción de una sentencia que declara nulas unas inscripciones y ordena su cancelación, por hallarse inscritas las fincas a nombre de tercero que no ha sido parte en el procedimiento, sin que se hubiese pedido en su momento anotación preventiva de demanda.

Rechaza el argumento basado en que la transmisión a tercero se hizo después de la sentencia y que la inscripción no convalida los actos nulos (art. 33 LH). Es cierto que, en nuestro sistema, la inscripción no convalida lo que es nulo, pero tal nulidad no afecta al tercero protegido por el art. 34.

Reseña de las principales resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Publicadas durante el tercer trimestre de 2011

Por Víctor Esquirol Jiménez. Notario de El Masnou

PROPIEDAD HORIZONTAL Y RESERVA DE DERECHO DE VUELO

La reserva de un derecho de vuelo sobre un edificio y de la facultad de otorgar el título constitutivo de la propiedad horizontal sobre el mismo no permite determinar, en relación con las plantas que ya figuraban inscritas, la superficie de los elementos privativos de dichas plantas

Resolución de 26 de mayo de 2011 (DOGC de 1 de julio de 2011)

Resumen: Se trata de un edificio formado por tres plantas que en el Registro de la Propiedad consta como una casa de una sola planta. La propietaria única de la finca, en escritura anterior a la que ahora se debate y que se inscribió en su día, había donado la planta baja (cuya superficie construida coincidía con la del solar: 135,80 m2) y el derecho de vuelo sobre la tercera planta, reservándose para sí el derecho de vuelo sobre la planta baja o primera para edificar las plantas segunda y tercera (que son las ya existentes) y la facultad de otorgar la correspondiente escritura de división horizontal, cuyas normas anticipa (no constan en la Resolución). A la muerte de la donante, sus herederas otorgan escritura de obra nueva de las plantas segunda y tercera (que ya existían cuando su causante se reservó el derecho de vuelo) y de división horizontal, pero modifican la descripción de la planta baja, ya que parte de ella (5,90 m2) la califican como elemento común, puesto que es el rellano de la escalera que conduce a las plantas superiores, por lo que la vivienda ve reducida ligeramente su superficie como elemento privativo (quedando en 129,90 m2 construidos), lo que acreditan con un certificado del Ayuntamiento. También acompaña a la escritura un informe técnico que propone unas obras de reforma en la planta baja que, al parecer (la Resolución no es muy clara en este aspecto), no modifican la superficie construida de la entidad privativa situada en la planta baja, pero sí su distribución interior. Finalmente, declaran ejercitado su derecho de vuelo y solicitan su cancelación del Registro.

Presentada esta última escritura (cuya fecha no consta en la Resolución) en el Registro de la Propiedad, la nota de calificación pone de manifiesto hasta cuatro defectos, de los cuales el Registrador, en su posterior informe, se desdice de tres, quedando la cuestión reducida a dilucidar si las otorgantes de la escritura de división horizontal pueden modificar la superficie de la planta baja respecto de la que constaba en el Registro de la Propiedad. El Registrador de la Propiedad considera que la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal causada por la modificación de la superficie de la planta baja requiere el consentimiento de su propietaria o una resolución judicial en procedimiento en que haya sido parte, y que un informe técnico no es suficiente para modificarla, sino que debe seguirse el procedimiento del art. 40 LH.

La DGDEJ confirma la nota de calificación. En primer lugar, comenta la reserva del derecho a sobreelevar nuevas plantas del art. 553-13 CCCat, que no autoriza a los titulares de dicho derecho para modificar la descripción de los elementos privativos de los otros titulares de la propiedad horizontal. Por otra parte, señala que la modificación de dicha descripción implica una modificación del título de constitución de la propiedad horizontal, otorgado por la propietaria única al constituir el derecho de vuelo, lo que requiere el consentimiento de la Junta conforme al art. 553-10. Tampoco la normativa reguladora del derecho de vuelo faculta a su titular para modificar los elementos que ya existían. Finalmente, si se considera que la superficie de la planta baja que consta en el Registro está equivocada, la rectificación exige también el consentimiento del titular del derecho inscrito (art. 214 LH).

Comentario: El planteamiento de la DGDEJ es bastante confuso. Después de varias lecturas, creo que la cuestión que se plantea es determinar si las herederas de la propietaria que donó una finca y se reservó el derecho de vuelo sobre la misma y la facultad de otorgar la escritura de división horizontal pueden, al formalizar esta escritura, modificar la descripción de la finca donada (que ya estaba registrada y que ahora figura como entidad privativa) para hacer constar qué parte de la superficie de la planta que ocupa dicha entidad está destinada a elementos comunes y qué parte a elementos privativos; al parecer, el Ayuntamiento certifica qué superficie corresponde a unos y a otros desde el año 1971.

Los Fundamentos de Derecho aumentan la confusión. Me explico:

El FD 1.º plantea la cuestión de si el derecho de vuelo de las herederas está o no agotado, aspecto del que no consta referencia alguna en la calificación registral. Como he dicho antes, parece que las herederas del derecho de vuelo sobre la planta baja se limitan a manifestar que tal derecho de vuelo ya ha sido ejercitado, por lo que solicitan que se cancele del Registro de la Propiedad. La DGDEJ resuelve esta cuestión diciendo que el art. 553-13 «en ningún sitio autoriza a los titulares del derecho constituido de sobreelevar las primeras plantas a dar por agotado el derecho, en perjuicio de quien no ostente ulterior derecho de vuelo, y, aún menos, a modificar la descripción de los elementos privativos de los otros cotitulares de propiedad horizontal». Sobre esta última coletilla ya volveremos más adelante. En cuanto a la cuestión de la extinción del derecho de vuelo, parece claro que este se agota por

su ejercicio y, si hay alguna parte que no ha sido ocupada por la construcción, nada obsta a que los titulares del derecho de vuelo puedan renunciar a su ejercicio. Pero repito que nada de esto se plantea en la nota del Registrador.

El FD 2.º aborda la cuestión, que tampoco nadie discute, de la normativa aplicable, que es, obviamente, el libro V CCCat, cuyas normas rigen los edificios «establecidos en régimen de propiedad horizontal antes de la entrada en vigor del Código». A todo esto, seguimos ignorando la fecha de la escritura calificada.

El FD 3.º, impropio de una institución como la DGDEJ, dice literalmente:

> *3.1. El artículo 553.10 del Código civil de Cataluña declara la nulidad de las estipulaciones del promotor que impidan la modificación futura del título de constitución, lo cual implica que los copropietarios pueden llegar a los acuerdos que tengan por convenientes.*
>
> *3.2. Pero la norma se refiere a acuerdos, no a decisiones unilaterales de una de las partes, sino que se entiende que lo tienen que decidir en reunión de la Junta de Propietarios.*

El FD 4.º examina el tema, que a nadie se le ha ocurrido poner en cuestión, de cuáles son los requisitos para constituir un derecho de vuelo, para llegar a la conclusión de que los titulares del derecho de vuelo no pueden modificar ni la descripción ni la realidad física de los departamentos, como si una cosa resultara de la otra.

Y el FD 5.º indica que para la rectificación de errores en los asientos del Registro es necesario el consentimiento del titular inscrito, como si todo se tratara de un error, cuando resulta de los antecedentes de hecho (según he podido ir deduciendo) que no hay error alguno, que de lo que se trata es de otorgar el título de constitución de la propiedad horizontal, lo que obliga a determinar las superficies de sus elementos privativos.

La DGDEJ no tiene claro en esta Resolución el concepto de *título constitutivo*. Para la DG, el título constitutivo de la propiedad horizontal es, en este supuesto, la escritura de reserva del derecho de vuelo otorgada por la propietaria única del edificio (FD 1.2). En cambio, el art. 553-9 CCCat exige que el título constitutivo reúna una serie de requisitos que no se cumplen en dicha escritura: básicamente, la descripción del edificio en su conjunto, la relación descriptiva de todos los elementos privativos, las cuotas de participación en la comunidad, etc. Ninguno de estos requisitos se cumple en la escritura que la DG califica como *título constitutivo* de la propiedad horizontal. En realidad, parece claro que la voluntad de la otorgante de dicha escritura no era otorgar dicho título constitutivo, pues ni siquiera declaró la ampliación de la obra a las plantas segunda y tercera, sino establecer las bases para el supuesto de un futuro otorgamiento del mismo.

De ahí que el verdadero título constitutivo de la propiedad horizontal sea la escritura cuya inscripción se discute en esta Resolución, que precisamente lleva por nombre «escritura de rectificación, declaración de obra nueva y *división en régimen de propiedad horizontal*». La consecuencia de ello es la aplicación a dicha escritura del art. 553-8.1, que exige que el título de constitución lo otorguen todos los propietarios del inmueble. Sin embargo, hay una excepción: el art. 467-5, cuya aplicación, como bien dice Joan MARSAL GUILLAMET (InDret 4/2011, *Resolucions...*, pág. 8), no ha tenido en cuenta la DG. Dice este precepto, en sede del derecho de vuelo:

> *3. El titular o la titular del derecho de vuelo hace suyos, con pleno dominio, los elementos privativos situados en las plantas o edificios que resultan del mismo, puede otorgar solo y a su cargo la declaración o ampliación de obra nueva, modificando la descripción del edificio preexistente, si es preciso, y, si se ha pactado, puede establecer el régimen de propiedad horizontal.*
>
> *4. Los titulares del inmueble preexistente sobre el que se constituyó el derecho de vuelo mantienen la propiedad de los elementos privativos situados en las plantas o edificios que ya existían al constituirse el derecho.*

Desconozco el motivo por el que la DGDEJ ha omitido cualquier referencia a este precepto, que parece dictado para regular supuestos como el que nos ocupa, en que los titulares del derecho de vuelo tienen la facultad de establecer el régimen de propiedad horizontal; si, además, pueden modificar la descripción del edificio preexistente, si es preciso (y preciso lo es para recoger la realidad de la existencia de elementos comunes), la única cuestión que resta es resolver cómo se acredita que la descripción contenida en la escritura de constitución de la propiedad horizontal se ajusta a la realidad y no perjudica los derechos de la propietaria de la planta baja. Llegados a este punto, la DGDEJ hubiera podido resolver si el certificado del Ayuntamiento era un elemento suficiente o no para acreditar tal descripción y estaríamos totalmente de acuerdo con ella en confirmar la nota de calificación, si lo que pretenden las otorgantes de la escritura es atribuir a los elementos comunes una superficie superior a la real. En mi opinión, en el presente caso, dado que el Ayuntamiento certifica la existencia desde 1971 de un pequeño rellano de 5,90 m2, del que sale la escalera hacia las plantas superiores, no me parece que ello atente contra el derecho de propiedad sobre la planta baja y creo que entra en el espíritu y en la letra del art. 567-5.

CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES

Puede calificarse como incongruente una resolución judicial dictada en procedimiento de declaración de herederos abintestato en la que se hace una aplicación errónea de las normas de derecho sustantivo

Resolución de 4 de julio de 2011 (DOGC de 28 de julio de 2011)

Resumen: Se otorga una escritura de aceptación de herencia de una persona que había fallecido en 2008, intestada, casada y sin hijos, en base a una Interlocutoria del Juez de Primera Instancia competente, que declaraba herederos a los hermanos del causante. El cónyuge del causante falleció una semana después de esta. El Registrador de la Propiedad suspende la inscripción en base a que, conforme al art. 333 CS, el heredero debe ser el cónyuge, en lugar de los hermanos del causante. Los interesados presentan recurso ante la DGRN fundándose en que, según el art. 100 RH, el Registrador no puede calificar la resolución judicial salvo por cuestión de competencia del Juzgado, por incongruencia del mandato con el procedimiento o por las formalidades extrínsecas del documento.

La DGDEJ confirma la nota de calificación, desarrollando la Resolución básicamente en tres cuestiones: la competencia de la propia DG, la extensión de la calificación registral en relación con la resolución judicial y la aplicación de la norma material.

1. La competencia de la DGDEJ frente a la DGRN resulta, según aquella, de una interpretación finalista de las normas sobre la materia, que se deriva de la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de Derecho Civil, con las consabidas excepciones del art. 149.1.8 (art. 129 EA 2006), la cual competencia conlleva que la Generalitat cuente con los mecanismos adecuados para garantizar la correcta aplicación del Derecho propio, de lo cual, a su vez, se infiere que la finalidad de la Ley 5/2009, de 28 de abril, que regula la competencia sobre los recursos a las calificaciones registrales, sea garantizar la aplicación del Derecho catalán. De ahí que el art. 1 de dicha Ley determine que regula «el régimen de los recursos [...] siempre que las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten [...] en normas del Derecho catalán o en su infracción». El caso presente entraría en dicho ámbito, ya que la calificación del Registrador se basa en una materia regulada por el Derecho Sucesorio catalán, aunque el recurso se centre solamente en la aplicación del art. 100 RH, que es calificado por la DG como un precepto reglamentario puramente adjetivo.

2. La calificación de la resolución judicial se admite en el presente supuesto por incongruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, conforme al art. 100 RH. La contradicción entre la interlocutoria designando como herederos a los hermanos de la causante y el art. 333 CS (que declara como heredero al cónyuge) es considerada por la DGDEJ como una incongruencia subsumible dentro del supuesto previsto como tal por el art. 100 RH. Y cita que así lo entendieron en supuestos similares el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Auto de 26 de julio de 1993), la propia DGDEJ (R. de 11 de julio de 2007) y la DGRN (R. de 5 de diciembre de 1945).

3 En cuanto a la cuestión de derecho material, los arts. 333 y 338 CS (al igual que los actuales arts. 442-3.2 y 442-9 CCCat) declaran como heredero al cónyuge de la causante, con preferencia a los colaterales. Habiendo sobrevivido el cónyuge al causante y fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia (lo que se presume, mientras no se demuestre lo contrario), se aplica el derecho de transmisión a favor de los herederos del cónyuge viudo en base a los arts. 29 y 327.III CS (actuales 461-13 y 441-6.3 CCCat, respectivamente).

Comentario: Para resolver con justicia este supuesto de hecho, en el que se observa claramente que la escritura no debe otorgarse a favor de unas personas que legalmente no son las herederas, la DGDEJ ha tenido que salvar una difícil dicotomía: defender su competencia para resolver el fondo del asunto, compaginada con el principio de que la calificación registral no puede alcanzar el fondo de la resolución judicial. Es decir, si se admite que el art. 100 RH es aplicable y que, por ello, se puede entrar en el examen de la calificación registral de la resolución judicial, ello podría conllevar la falta de competencia de la DGDEJ a favor de la DGRN.

Por una parte, la nota de calificación y la ley que regula la competencia para resolver los recursos (la Ley 5/2009, de 28 de abril) conducen a la preferencia del ámbito material o de fondo sobre el formal, ya que el art. 1 de dicha Ley atribuye la competencia a la DGDEJ, siempre que el recurso o la *calificación impugnada* se fundamenten en normas del Derecho catalán o en su infracción, y en el presente caso, el Registrador cita expresamente en su nota la infracción de los arts. 333 y 338 CS. Por lo tanto, el carácter expansivo de la competencia de la DGDEJ conduce con claridad a la competencia de la DGDEJ, dando preferencia a la norma sustantiva contenida en el CS en detrimento de la adjetiva del art. 100 RH.

Pero, por otra parte, una vez puesto el acento en las normas sustantivas o de fondo, nos encontramos con que la calificación registral no puede entrar en el fondo de las resoluciones judiciales, sino, solamente, por lo que aquí nos interesa, en la congruencia. El art. 218.1 LEC dispone que «las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y demás pretensiones de las partes»; por su parte, el art. 100 RH dice que la calificación registral de los documentos judiciales debe limitarse, entre otras materias, a «la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado». De estos preceptos puede inferirse que la congruencia es la concordancia entre la resolución judicial y la pretensión buscada por los interesados mediante un procedimiento judicial adecuado a satisfacer dicha pretensión. También puede hablarse, como GARCIA GARCIA (*Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, vol. III, Civitas, 2002, pág. 644), de una incongruencia a efectos procesales, limitada a las pretensiones de las partes, y de una incongruencia a efectos registrales, limitada al procedimiento seguido. El supuesto más habitual de incongruencia en el ámbito registral es el del expediente de dominio instado para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido, cuando, en realidad, no existe dicha interrupción, que ha motivado tantas resoluciones de la DGRN declarando la incongruencia del procedimiento judicial.

En el caso presente, nada indica a primera vista que haya discordancia alguna entre la pretensión de los interesados, el procedimiento seguido y la resolución dictada. Los interesados pretenden que se les declare herederos, el procedimiento seguido es el adecuado y la resolución dictada es congruente con ambas cosas. El único «fallo» es que la resolución judicial yerra en el fallo, declarando herederos a quien no debe. Obsérvese la diferencia con los supuestos de hecho de la RDGDEJ de 11 de julio de 2007, de la RDGRN de 5 de diciembre de 1945 y del APTSJC de 26 de julio de 1993 (citados en los Fundamentos de Derecho de la presente), en que, habiendo testamento válido, la resolución judicial acudía al procedimiento de declaración de herederos abintestato; en esos supuestos sí había incongruencia en el sentido del art. 100 RH, pues el procedimiento seguido no era adecuado. Pero, en el caso que estamos examinando, la DGDEJ no basa la declaración de incongruencia en la discordancia del proceso, sino en la doctrina utilizada en la resolución de anteriores recursos gubernativos y en que «la declaración judicial no produce excepción y los herederos del marido de Doña F. A. (la causante) no han sido citados en el procedimiento de jurisdicción voluntaria que corresponde». Sin embargo, este último argumento parece referirse a un defecto del procedimiento en el que no puede entrar la calificación del Registrador, y en la doctrina anterior tampoco se fija un criterio claro

conforme al cual pueda deducirse que en el caso que nos ocupa exista incongruencia, ya que todas las que he podido encontrar tratan de supuestos distintos (por ejemplo, la DGRN, en R. de 24 de febrero de 2006, facultó que la calificación registral alcanzara al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado en el procedimiento).

A pesar de todo lo anterior, creo que la DG ha resuelto acertadamente el caso, impidiendo que tenga acceso al Registro de la Propiedad una escritura en la que se ejecuta una resolución judicial claramente defectuosa, aunque para ello haya tenido que forzar un tanto el concepto de *incongruencia*, único recurso del que disponía con arreglo a la normativa actual. El día en que los notarios asumamos la competencia para todos los procedimientos de declaración de herederos abintestato, el problema dejará de existir, ya que los registradores podrán entrar en el fondo de dichas declaraciones; entre tanto, lo deseable sería permitir que los registradores pudieran calificar sin limitación alguna las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria (ya que en estos procedimientos no intervienen todos los posibles afectados por su resolución), para evitar una extensión del concepto de *incongruencia*, que podría revisarse por los propios tribunales.Finalmente, es clara la aplicación del derecho de transmisión, que en la sucesión intestada ofrece menos problemas que en la testada, ya que en esta suele plantearse la cuestión de si es preferente la sustitución vulgar ordenada por el causante. En la sucesión intestada, la claridad de los arts. 327.III CS y 441-6.3 CCCat no deja lugar a dudas. Evidentemente, el derecho de transmisión no será aplicable si el heredero hubiese aceptado o renunciado a la herencia, lo que deberá probarse con el correspondiente documento notarial o por vía judicial.

El Registrador no puede cuestionar la adecuada constitución de la posición de parte, ya que es una cuestión que está bajo control judicial

Resolución de 13 de julio de 2011 (DOGC de 17 de agosto de 2011)

Resumen: En 2011 se otorga una escritura pública en base a una resolución judicial que concedía a su otorgante el derecho a adjudicarse una vivienda y una plaza de garaje inscritas a nombre de una cooperativa de viviendas de la que era socio. Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad, el Registrador suspende la inscripción alegando tres defectos: 1) la falta de la cédula de habitabilidad, lo cual no se discute en el recurso; 2) la demanda judicial se dirigió contra la cooperativa, pero no contra todos los socios que la integran, lo que califica como *defecto insubsanable*; 3) no se acreditan la disolución y liquidación parcial de la cooperativa derivada de la transmisión.

La DGDEJ, centrándose en los dos últimos defectos, revoca la nota de calificación.

En relación con la necesidad de demandar a todos los socios de la cooperativa cuando esta es la única titular registral de las fincas, argumenta que ello iría en contra de los principios de legitimación y tracto sucesivo y que ningún precepto de la legislación catalana de cooperativas justifica dicha exigencia. Según el art. 6 de la Ley 18/2002, de 5 de julio, la cooperativa tiene personalidad jurídica propia, y de los arts. 107 y 109 se desprende que es la propietaria de las viviendas y que los socios solo ostentan derechos sobre ellas cuando la cooperativa se los adjudica y transmite. Por otro lado, el Registrador no puede entrar a calificar la correcta articulación de la relación procesal y la adecuada constitución de la posición de parte, cuestiones que son competencia del Juez y que están sujetas a control judicial. En todo caso, que el Registrador considere que los socios puedan estar en situación de indefensión no es cuestión que incumba defender al Registrador, sino a los propios socios, a través del correspondiente proceso judicial.

En cuanto al tercer defecto, la necesidad de acreditar la disolución parcial de la cooperativa con la intervención de todos los socios para proceder a la inscripción de los derechos transmitidos por aquella, para la DGDEJ se trata nuevamente de una cuestión relacionada con la misma legitimación procesal de la cooperativa como demandada y, por ello, sujeta a control judicial, que tendrá que decidirse en el momento de resolver sobre la admisión de la demanda a trámite. Si el Juez se pronuncia expresamente a favor de esta admisión, no procede un posterior control del Registrador sobre esta.

Comentario: Nada relevante que añadir en cuanto al primer defecto, que la DGDEJ resuelve magníficamente: la cooperativa tiene personalidad jurídica propia, según el art. 6 de su ley reguladora (Ley 18/2002, de 5 de julio), y figura en el Registro de la Propiedad como propietaria de las viviendas; quizás añadiría que corresponde al Consejo Rector de la cooperativa la representación de la misma (art. 39) y el otorgamiento de las escrituras de adjudicación de las viviendas a favor de los socios. Las sentencias del Tribunal Supremo y los arts. 106 y 107 de la Ley de Cooperativas citados por el Registrador no aportan argumento alguno a favor de su tesis. Por otra parte, nos encontramos nuevamente con la limitación de las calificaciones registrales derivada del art. 100 RH, que en el presente supuesto no ofrece duda alguna.

La misma objeción presenta con acierto la DGDEJ para rechazar el segundo defecto de la nota: si el Juez decreta la adjudicación de la vivienda a un socio sin mayores requisitos, no tiene por qué el Registrador exigirlos (máxime cuando la representación de la cooperativa compareció ante el Juez para manifestar su conformidad con la pretensión del demandante). Por otra parte, la disolución y liquidación de la cooperativa no son requisitos exigibles en caso de adjudicación de viviendas, ni siquiera en caso de mutuo acuerdo entre Consejo Rector y el cooperativista adjudicatario. Está claro que entre el socio adjudicatario y la cooperativa deberá tener lugar, a consecuencia de la transmisión, una liquidación en función de la aportación de dicho socio y el precio de la vivienda adjudicada, que conllevará, normalmente, la baja del adjudicatario como socio. Pero es evidente que dicha liquidación particular no afecta en absoluto a la propia existencia de la cooperativa, ni le obliga a reducir el capital social, ni siquiera a disolverse parcialmente, como demuestra el hecho de que los propios preceptos de la Ley de Cooperativas citados por el Registrador (en particular, el art. 13, sobre actos de inscripción obligatoria, y el art. 86, que regula las causas de disolución) no exigen que las bajas de socios se inscriban en el Registro de Cooperativas ni las prevén como causa de disolución de la cooperativa.

LA LEY
grupo Wolters Kluwer

Diccionario Jurídico en su dispositivo móvil

DONDE Y CUANDO QUIERA

Diccionario jurídico LA LEY

Inglés-Español • Español-Inglés

NUEVO

Descárguelo directamente desde su dispositivo móvil

Disponible para iPhone & iPad

Disponible en el App Store

LA LEY. Un paso por delante. Servicio de Atención al Cliente: 902 250 500 tel. • clientes@laley.es • www.laley.es

Celebrada en Sitges la tercera sesión del XI Congreso Notarial

Mesa inaugural de la tercera sesión del XI Congreso Notarial Español, celebrada en Sitges

Del 2 al 4 de septiembre tuvo lugar en Sitges la tercera sesión del XI Congreso Notarial Español, organizada por el Consejo General del Notariado para conmemorar el 150 Aniversario de la Ley del Notariado. Esta tercera sesión, precedida por las celebradas en Sevilla (6-8 de marzo) y en La Toja (5-7 de junio), se centró en «La autonomía de la voluntad en el Derecho Mercantil», reunió a más de dos cientos juristas y contó con la participación de notarios, catedráticos de Derecho Mercantil y magistrados, quienes debatieron acerca de aspectos como la configuración estatutaria de las sociedades de capital, la validez de los pactos parasociales, el arbitraje o el Derecho Concursal, entre otros. El Colegio de Cataluña contó con una destacada participación, siendo ponentes Ricardo Cabanas Trejo (quien coordinó la sesión junto a Rafael Bonardell), Emilio González Bou, M.ª Àngels Vallvé Ribera, Francisco Armas Omedes y Antonio Bosch Carrera.

En una muestra de la excelente relación del Notariado con la Administración autonómica, la inauguración corrió a cargo de la Consellera de Justicia de la Generalitat de Cataluña, Pilar Fernández Bozal, a quien acompañó el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Miguel Ángel Gimeno. El Gobierno central estuvo representado por la Directora General de Registros y del Notariado, M.ª Ángeles Alcalá, y por parte del Consejo General, tanto su Presidente, Manuel López Pardiñas, como su Vicepresidente y Decano del Colegio Notarial de Cataluña, Joan Carles Ollé, estuvieron presentes, en la que fue su primera aparición pública ante el Notariado tras su reciente nombramiento.

En el acto, la Consellera de Justicia quiso destacar muy especialmente «la colaboración que ofrecen los notarios en momentos de dificultad económica a los emprendedores para poder constituir telemáticamente y en veinticuatro horas su sociedad mercantil, hecho que demuestra su capacidad de adaptación a situaciones difíciles y confirma la imagen de confianza que prestigia la función notarial». Una función que, señaló, «permite adelantar, conocer y prever situaciones futuras, así como evitar costes y conflictos posteriores, convirtiendo al Notario en el garante de la seguridad del tráfico mercantil». La Consellera se mostró consciente del esfuerzo que está haciendo el Notariado frente a la crisis, recordando la rebaja del

La Directora General de los Registros y del Notariado, M.ª Ángeles Alcalá, recordó, una vez más, la constante y permanente colaboración del Notariado con la Administración

arancel, y se mostró sensible a la necesidad, expuesta ya con anterioridad a la Administración, de ajustar la demarcación notarial a los tiempos actuales. Finalmente, no dejó de hacer mención a «la reciente elección por mayoría absoluta del Presidente y el Vicepresidente del Consejo General del Notariado, que premia el esfuerzo de este Consejo por afrontar con la máxima unidad y consenso esta difícil etapa económica y social».

La Directora General de los Registros y del Notariado recordó, una vez más, la constante y permanente colaboración del Notariado con la Administración, de la que destacó los importantes frutos obtenidos y afirmó que «nadie discute hoy la función notarial: por su oportunidad y por su calidad. Los notarios han sabido adaptarse a los cambios y necesidades de la sociedad española defendiendo el servicio público que prestan como esencia clave de su actividad». La Directora General también señaló la importancia de que el Derecho se adapte a la realidad económica y de «revisar si nuestras normas societarias, de contratación y concursales responden hoy a esas demandas».

Por su parte, el Presidente del Consejo General del Notariado, Manuel López Pardiñas, afirmó que «el reto del Derecho es ser un medio que permita contribuir a superar la crisis económica, reto al que los notarios pueden ayudar por su función asesora y controladora de la legalidad y por su experiencia diaria en el ámbito mercantil». Mientras, su Vicepresidente, Joan Carles Ollé, destacó en su intervención que «es una responsabilidad de los gobiernos implementar las reformas necesarias para atraer las inversiones de empresas y particulares, pero haciéndolo sin merma de seguridad jurídica, pues el deterioro de esta pondría en serio peligro el correcto funcionamiento del mercado».

Pedro Solbes, ex Ministro de Economía, ex Vicepresidente Económico y Comisario Europeo, fue el ponente invitado. En su conferencia expuso el análisis económico del momento, los orígenes de la crisis financiera, su estado actual y sus perspectivas de futuro, tanto en el ámbito español como en el internacional. Así, destacó el papel clave del control de legalidad de los notarios en la seguridad de las operaciones económicas, asegurando que «el Notario es el supervisor de primera instancia de las normas de las economías de mercado», y remarcó el esfuerzo tecnológico realizado en pro de conseguir un mayor grado de transparencia, eficacia y agilidad en el tráfico mercantil. Solbes fue muy crítico a la hora de afirmar que «los problemas que ocasionaron la mayor turbulencia financiera y económica mundial desde el crac de 1929 siguen sin resolverse». Entre ellos, citó la falta de adaptación de las economías a los designios de una globalización en la que las nuevas tecnologías siguen teniendo un protagonismo preponderante; la necesidad de fortalecer, con reformas estructurales, la estabilidad de la zona euro, y los escasos avances en la transformación del sistema financiero internacional y en las indicaciones iniciales del G-20 a favor de una mayor regulación de los mercados, de control de las agencias de *rating* y de reforzamiento de las normas contables, que han «retardado los ajustes empresariales».

A su juicio, la salida de este escenario pasa por impulsar la productividad y, en consecuencia, ganar cuota de competitividad. Afirmó que en los años precedentes ha habido dos factores clave que han determinado la profundidad de la crisis española y que no se repetirán: por un lado, la entrada en el euro (que propició una política monetaria muy laxa, de bajos tipos de interés y elevada facilidad de crédito, que no se repetirá), y, por otro lado, un proceso de inmigración que ha hecho que España pasara de treinta y seis a cuarenta y tres millones de habitantes. En consecuencia, afirmó, «tampoco viviremos un período de trece años de crecimiento ininterrumpido como el que registramos entre 1995 y 2008». Para Solbes, la clave en nuestro país es continuar con las reformas estructurales enfocadas a modificar el actual modelo productivo, que no puede basar el dinamismo en la construcción y las infraestructuras, que llegaron a suponer el 20 % del PIB. «España debe explorar sectores competitivos y con capacidad para incentivar el empleo, como las nuevas tecnologías o el sector servicios, así como potenciar el sector exterior y el turismo, los dos componentes del PIB que han dado señales de vitalidad pero que precisan aún de "políticas modernizadoras"». Además, urgió a «actuar decididamente sobre el sistema de desempleo», un terreno cargado de «dificultades políticas y técnicas», además de considerar «imprescindible» dar salida al actual *stock* de viviendas. Finalmente, Solbes reclamó al Banco de España que concluya definitivamente el proceso de recapitalización de las cajas de ahorro y descartó que haya margen para nuevas políticas de estímulo fiscal y para que se restaure el crédito con actuaciones de los poderes públicos.

El Presidente del Consejo General del Notariado, Manuel López Pardiñas, destacó el «papel que juega el Notario en el control de la legalidad, pero también en el asesoramiento y la adecuación de los documentos a la voluntad de las partes»

Finalmente, en la clausura de la sesión, el Presidente del Consejo General del Notariado, Manuel López Pardiñas, destacó el «papel que juega el Notario en el control de la legalidad, pero también en el asesoramiento y la adecuación de los documentos a la voluntad de las partes». Una seguridad preventiva que tiene especial incidencia en el ámbito de los procedimientos concursales y los acuerdos de refinanciación, que, enfatizó, «pueden resultar esenciales para el mantenimiento de la empresa». Por su parte, el Vicepresidente de la institución, Joan Carles Ollé, tras resumir las cuestiones abordadas en la sesión, destacó que «el Notariado ha demostrado su validez permanente durante estos ciento cincuenta años, así como su capacidad de adaptación a los cambios económicos y sociales», asegurando que «la profesión notarial es útil, necesaria y beneficiosa para la sociedad española como garante de la seguridad jurídica».

El XI Congreso Notarial tiene como objetivo realizar un profundo estudio de nuestro Derecho Privado desde el punto de vista de la libertad personal. Tras la sesión de Sitges, se celebran sesiones en Benidorm, Murcia, Bilbao y Madrid.

Comparecencia del Decano en el Parlamento y las Cortes para hablar de las ejecuciones hipotecarias

El Notariado tiene una especial sensibilidad por la cuestión de las ejecuciones hipotecarias, un problema social que, por desgracia, ha aumentado un 400 % en los últimos tres años. En los últimos meses, el Decano del Colegio, Joan Carles Ollé, ha comparecido tanto en el Parlamento de Cataluña (el pasado 27 de julio) como en el Congreso de los Diputados (el 14 de septiembre) para informar sobre la postura del Notariado al respecto.

Pleno del Congreso de los Diputados

En líneas generales, su exposición se centró en proponer un paquete de medidas alternativas a la dación en pago, una medida que desaconsejó con efectos retroactivos, «dado que cambiar la legislación vigente supondría modificar el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor y tendría importantes consecuencias en otros ámbitos». Recordó que, aunque el actual sistema hipotecario «es muy garantista para la entidad financiera, pero ha permitido el acceso a la propiedad a una gran mayoría de españoles», se han hecho evidentes algunas disfunciones que «es necesario corregir para conseguir una mayor equidad».

Por otro lado, manifestó una serie de posibles medidas correctivas y optimizadoras para mejorar la posición del deudor. Así, destacó la necesidad de modificar la regulación del concurso de particulares; solicitó un tratamiento especial para la vivienda familiar; aconsejó promover la negociación con los bancos, y habló de la necesidad de aprobar una ley de sobreendeudamiento o

de segunda oportunidad para los supuestos de insolvencia sobrevenida. Otras medidas serían la revisión de los vigentes intereses de demora, «que son claramente excesivos»; una nueva revisión al alza del valor mínimo al que los bancos pueden adquirir un inmueble; mejorar la normativa de tasaciones, sobre todo en el punto relativo a la independencia de las compañías tasadoras respecto a las entidades financieras y promueve modificaciones legislativas en el procedimiento de ejecución notarial con la finalidad de corregir determinadas posibles interpretaciones.

Recepción de una representación del Notariado francés

Los representantes del Notariado francés profundizaron especialmente en el archivo histórico y en las salas nobles, además de visitar la sala de exposición permanente o el antiguo Decanato

El pasado 17 de septiembre, el Colegio acogió a una destacada representación del Conseil Supérieur du Notariat Français, el Consejo General francés. Esta institución nació en el año 1941, en substitución de l'Association Nationale des Notaires de France.

En el transcurso de la visita, Didier Froger, Director General Adjunto del Consejo, y Phillipe Caille, Director de Ética y Deontología de la misma institución, junto a diversos miembros de la Comisión de Ética y Estatutos del organismo francés, acompañados de diversos miembros de Junta del Colegio, recorrieron las instalaciones colegiales, profundizando muy especialmente en el archivo histórico, por un lado, y en las salas nobles, por otro, además de visitar la sala de exposición permanente o el antiguo Decanato.

También se pronunciaron unos breves parlamentos por parte de representantes del Colegio, en los cuales expusieron a los compañeros franceses la organización, competencias y funcionamiento del Notariado en nuestro país.

Diversos miembros del Colegio, con representantes del Conseil Supérieur du Notariat Français

LA LEY
grupo Wolters Kluwer

FONDO EDITORIAL
Derecho Civil

LA LEY Temas

NUEVO

Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 5.ª Edición

DISPONIBLE EN EDICIÓN ELECTRÓNICA

COORDINADOR:
Vicente Magro Servet

Páginas: 1.468
Encuadernación: Rústica
ISBN: 978-84-8126-403-6

Adaptada a las Leyes 4/2011, de 24 de marzo, de los procesos europeos monitorios y de escasa cuantía, y 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal

Guía unificadora de criterios orientativos en la aplicación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, actualizada tras la aprobación de las Leyes 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal y 4/2011, de 24 de marzo, de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía. **Más de 2.500 preguntas y respuestas con referencia de actualización jurisprudencial.**

Se ha procedido a una actualización de los formularios con base en la correspondiente de las propias reformas que se han llevado a cabo en la LEC y que muchas de ellas tienen una gran importancia en la presentación de las demandas que exigen de una actualización.

El lector dispone con esta obra de una herramienta absolutamente actualizada doctrinal, jurisprudencial y legislativamente que le permitirá aplicar la LEC con más tranquilidad y seguridad, ofreciendo la tan siempre anhelada unificación de criterios y las respuestas a las dudas que surgen de las reformas legislativas.

Novedades editoriales LA LEY

Adquiera hoy mismo su ejemplar.
Para ello, rellene este cupón y envíenoslo al **FAX: 902 420 012**

Empresa/Organismo _____ Dpto. _____ N.º de empleados _____

Apellidos /Nombre _____

NIF/CIF (imprescindible) _____ Profesión _____ Especialidad _____

Dirección _____ Ciudad _____

E-mail _____ C.P. _____ Teléfono _____ Fax _____

FORMA DE PAGO

❑ Domiciliación bancaria
❑ Contra reembolso

Muy Sres. míos: Ruego carguen el recibo que les presentará WOLTERS KLUWER ESPAÑA- LA LEY a mi nombre en la siguiente Cuenta Corriente o Libreta de Ahorros.

Código Cuenta Cliente

Entidad	Oficina	DC	Núm. de Cuenta

☑ Sí, deseo recibir ..... ejemplar/es del libro:

☐ Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 5.ª Edición

Precio: 78,85 € + 4% IVA
TOTAL: 82 €

Código de Producto: 2012140

Ref.: 12798-1

Fecha...../...../ 20.....

Firma y sello
(imprescindible)

Servicio de Atención al Cliente
902 250 500
clientes@laley.es
C/ Collado Mediano, 9
28230 Las Rozas. Madrid

Consígalo también en Internet
http://tienda.laley.es

Sus datos se almacenarán en un fichero de Wolters Kluwer España S.A. (WKE) y tratados para tramitar su solicitud y gestionar esta relación contractual. Adicionalmente Vd. consiente el tratamiento de sus datos para informarle, incluso por correo electrónico, de productos y servicios de WKE o de terceras empresas colaboradoras de: finanzas, banca, seguros, formación, editorial, publicaciones, ferias, eventos, software, servicios informáticos, telecomunicaciones, ocio, turismo, ONG´s, energía, agua, automoción, óptico, audiovisual y mensajería. La actividad de marketing podrá ser realizada por WKE, o por sus distribuidores (de software o hardware) homologados, a quien cederemos sus datos (consulte dist. autorizados http://www.a3software.com/distribuidoresautorizados.aspx y http://www.a3software.com/mia3equipo/contacto.html) Para oponerse a este tratamiento marque aquí ☐ Vd. podrá ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiéndose por escrito a: C/ Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid) o: lopd@wke.es

LA LEY. Un paso por delante

Reglas para la publicación de trabajos en *LA NOTARIA*

1. **CORRESPONDENCIA.** Los originales se remitirán, en todo caso, a: lanotaria@catalunya.notariado.org

   La primera página incluirá *necesariamente* el título, nombre completo del autor, datos de contacto, una dirección de correo electrónico, y, libremente otras circunstancias identificadoras en un máximo de tres medias líneas (pegadas al margen derecho).

2. **REMISIÓN y FORMATO.** El original deberá remitirse por correo electrónico y *necesariamente* en formato Word (excepcionalmente y previa autorización cabrá en formato convertible).

3. **EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS:** Los trabajos deberán ser *originales,* sin haberse publicado con anterioridad, ni en papel, ni en cualquier otro formato, entendiéndose revocada automáticamente la aceptación si se publicase en el ínterin, salvo excepcionalmente —y previa autorización— en idiomas que no sean los de trabajo de la revista o en formatos no habituales.

   — *Los artículos doctrinales* tendrán una extensión de unas 30 caras de folio (incluidas notas, conclusiones y bibliografía, e incluso anexos), en *Times New Roman 12*, espacio sencillo y con notas a pie de página en *Times New Roman* 10.

   — *Los artículos prácticos* no deberían sobrepasar las 10/15 caras de folio; y,

   — *Los comentarios de sentencias o resoluciones* unas 5 caras de folio, siempre con división en los correspondientes epígrafes y subepígrafes.

4. **ACEPTACIÓN.** La redacción de la revista dará acuse, vía e-mail, del recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará *a informe confidencial.* El resultado de los informes se comunicará a los interesados (en el tiempo más breve posible, de acuerdo con las normas habituales) y sólo podrá ser uno de los siguientes:

   — La aceptación del trabajo y número en que se publicará.

   — La aceptación condicionada a que se acomode la extensión del trabajo o su presentación.

   — La no aceptación del trabajo.

5. **PUBLICACIÓN.** De los trabajos aceptados se indicará el número de la revista en que se publicará, salvo que por circunstancias excepcionales tenga que posponerse, lo que con suficiente antelación se comunicará.

6. **NORMAS DE EDICIÓN.** Los *artículos doctrinales* necesariamente deberán remitirse en *catalán o castellano* (aceptando el autor la traducción al uno y al otro, dada la edición bilingüe de *La Notaria;* para otros idiomas se requerirá autorización al efecto) y, también, deberán llevar aparato bibliográfico, lo que no será necesario en los prácticos o comentarios de sentencias o resoluciones.

   — *No puede utilizarse negrita (*salvo en los epígrafes o subepígrafes), ni subrayado en ningún caso.

   — *Notas a pie de página.* Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente.

   — *Citas.* Las citas se sujetarán a las reglas habituales, según se trate de libro, artículo de revista, artículo en obra colectiva, Internet o revistas electrónicas, indicando los apellidos en mayúsculas y no siendo necesario el nombre salvo que pudiera haber confusión. Los posibles cambios o comentarios en las citas literales deberán indicarse encerrándolos entre corchetes.

www.colnotcat.es

Ya puedes consultar la revista **La Notaria** y el **Boletín mensual on line.**
Entra en www.colnotcat.es y accede a la sección **Publicaciones.**
Así de fácil, así de cómodo, así de rápido.

Recuerda que los notarios también pueden consultar ambas publicaciones desde la Intranet colegial.