

TENDENCIAS DEL DERECHO CIVIL

FRANCISCO JAVIER ARELLANO GÓMEZ
Profesor Titular (E.U.) de Derecho Civil
Universidad de Huelva

ÍNDICE: 1. Ley 36/2002, de 8 de Octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad. 2. Ley Orgánica 1/2002, de 22 de Marzo, reguladora del derecho de asociaciones. 3. Ley 50/2002, de 26 de Diciembre, de Fundaciones. 4. Ley 39/2002, de 28 de Octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios. 5. Ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: La reforma del art. 1.262 de Código Civil. 6. Ley 40/2002, de 14 de Noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos. 7. Ley Orgánica 9/2002, de 10 de Diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores.

INDEX: 1. Law 36/2.002, 8 th.October, of modification of Civil Code on the subject of nationality. 2. Organic Law 2002, 22 nd March which regulates the righ of Aassociations. 3. Law 50/2002, 26 th December, of Functions. 4. Law 39/2002, 28 th October, of transposition to the juridical Spanisch ordinance about general community directives on the subject of protection of the interests of consumers and users. 5. Law 34 /2002, 11 th July, of services of the society of information, and de electronic comerse : the Reforme of article 1.262 of Civil Code. 6. Law 40/2002, of 14 th November, which regulates the contract for vehicles parking. 7. Law Organic 9/2002 , 10 th of modification of the Organic Law 10 /1995 of 23 rd November, of the Penal Code and of the Civil Code about removal of minors.

PALABRAS CLAVE: nacionalidad • asociaciones • fundaciones • comercio electrónico • protección de consumidores • aparcamiento • menores.

KEY WORDS: nationality • associations • foundations • electronic comerse • consumers protection • parking • minors.

1. LEY 36/2002, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE NACIONALIDAD

Esta Ley de Reforma del Código Civil se publicó en el B.O.E el 9 de Octubre del 2002 y entró en vigor el 9 de enero del 2003. La Exposición de Motivos de la Ley cita como fundamento el art. 42 de la CE, que encomienda al Estado la obligación de velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientar su política hacia su retorno. En este sentido, la Exposición de Motivos dice textualmente que facilitar la conservación y transmisión de la nacionalidad española es, sin duda, una forma eficaz de cumplir este mandato.

Respecto a la adquisición derivativa de la nacionalidad española, la reforma introduce un nuevo supuesto de opción, concediendo esta posibilidad a aquellas personas cuyo padre



o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España: con ello se intenta facilitar la adquisición de la nacionalidad española a los hijos de emigrantes españoles residentes en el extranjero cuando sus padres hubieren perdido nuestra nacionalidad (ap. 1, b) art. 20 Código Civil). Constituye una novedad la inexistencia de plazo para el ejercicio de la opción en este caso (esto es, no está sujeto a límite alguno de edad).

La Ley 36/2002 introduce una pequeña modificación en la normativa anterior sobre adquisición de la nacionalidad española por residencia en España (art. 22 C.C.), al eliminar toda alusión al asilo y referirse exclusivamente a aquellos que hayan obtenido la condición de refugiado, al objeto de poderles ser concedida la nacionalidad española por residencia continuada en España durante 5 años (es probable que la eliminación obedezca a la reticencia que en la actualidad manifiestan los países de la Unión Europea para la concesión del asilo, siendo más proclives a la aceptación de la condición de refugiados).

Asimismo, la ley anotada introduce un nuevo supuesto de adquisición de la nacionalidad española por residencia en España durante 1 año, al nacido fuera de España cuyo abuelo o abuela hubieran sido originariamente españoles, con lo cual se trata de favorecer a los descendientes de emigrantes españoles que no hayan nacido en España.

En cuanto a la pérdida de la nacionalidad española, el art. 24 C.C. se refiere a la pérdida de ésta por residentes españoles en el extranjero, cuando adquieran voluntariamente otra nacionalidad o bien utilicen exclusivamente una nacionalidad extranjera atribuida antes de la emancipación, y establece que la pérdida se producirá transcurridos 3 años desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación. No obstante, introduce una importante salvedad pues se concede la posibilidad de conservar la nacionalidad española de origen si el interesado, antes de que transcurra el plazo indicado de 3 años, declara su voluntad de conservar la nacionalidad española al Encargado del Registro Civil (la medida trata de proteger y mejorar la situación de los emigrantes españoles que, por adquirir la nacionalidad del país de residencia, tradicionalmente han venido perdiendo la nacionalidad española de origen, de forma automática, al transcurrir el plazo establecido).

Interesa advertir que el art. 24, tras la reforma, mantiene una norma favorable, cuando la nacionalidad extranjera que se adquiera sea la propia de países iberoamericanos o países que hayan tenido una especial vinculación con España (Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, y Portugal), pues en estos casos se permite a los españoles de origen, sin perder su nacionalidad, adquirir la de algunos de estos países: de hecho, en estos casos, sólo se producirá la pérdida de la nacionalidad española si el interesado renunciare expresamente a la misma y reside habitualmente en el extranjero.

En cuanto a la pérdida de la nacionalidad española por sanción judicial o gubernativa de aquellos que la adquirieron de forma derivativa por opción, carta de naturaleza o residencia (el art 11.2 CE previene tajantemente que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad) debe citarse, como novedad más destacable, la supresión de uno de los supuestos de pérdida contemplados en el art. 25 C.C., concretamente el que recogía el apartado a), en virtud del cual, quedaba privado de la nacionalidad española el que, conforme a lo establecido en las leyes penales, fuese condenado a su pérdida, por sentencia firme como responsable de algunos delitos incluidos en el Título I, Libro II del Código Penal de 1973, relativo a los delitos contra la Seguridad Exterior del Estado; la intención

del legislador, según se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley 36/2002, de 8 de Octubre modificadora del Código Civil en materia de nacionalidad, no ha sido otra que adecuar la legislación civil al nuevo Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, pues aquélla sanción ya no se contempla en el vigente Código Penal.

Introduce la reforma, además, un nuevo caso de pérdida, como sanción gubernativa, para quien utilizare exclusivamente la nacionalidad a la que hubiere declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española.

Recuperación de la nacionalidad española por quien previamente la hubiere perdido. Las modificaciones más importantes estriban, por un lado, en la eliminación del requisito de la renuncia a la nacionalidad anterior, y por otro lado, en la supresión del antiguo ap. 2 b) del art. 26 C.C. que exigía la previa habilitación del Gobierno, cuando el interesado hubiere perdido la nacionalidad española sin haber cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria, estando obligado a ello, exceptuándose, sin embargo, de la necesidad de habilitación, la declaración de recuperación formulada por varón mayor de cuarenta años: en efecto, el mantenimiento del ap. 2 b) del art. 26 del C.C. carecía ya de sentido porque, desde que en el año 2001 se dictaron los Reales Decretos 247/2001 de 9 de marzo y 342/2001 de 4 de abril, ningún español está obligado al cumplimiento del servicio militar y la prestación social sustitutoria, respectivamente.

2. LEY ORGÁNICA 1/2002 DE 22 DE MARZO, REGULADORA DEL DERECHO DE ASOCIACIONES

Esta ley se publicó en el B.O.E. el 26 de Marzo del 2002 y entró en vigor el 26 de Mayo del 2002; contiene el desarrollo del art. 22 CE que reconoce el derecho de asociación, viniendo a sustituir, por fin, a la vieja y preconstitucional Ley de asociaciones de 1964, de inspiración muy concreta y diferente al régimen de libertades diseñado en la Constitución Española.

Concepto y fines: Se someten a dicha nueva Ley Orgánica las asociaciones que tengan por objeto la persecución de un fin común a los asociados, que no sea de lucro, lo que se identifica con la prohibición de que las ganancias obtenidas sean objeto de reparto entre los asociados o sus próximos allegados. Cumplida esa exigencia, los fines de la asociación pueden ser de interés general o particular, atendiendo a la relevancia social que tengan y al círculo de sus beneficiarios (arts. 1.2, 5.1 y 13.2 de la Ley Orgánica de Asociaciones); además, el fin perseguido debe ser lícito (es ilícita la asociación entre cuyos objetivos figuren fines tipificados como delito), posible y determinado.

Régimen jurídico. El régimen jurídico de las asociaciones en España es complejo: todo él pivota sobre la base del art. 22 CE, y se desarrolla en una pluralidad de normas, de distinto ámbito material y territorial de actuación.

Tipos de asociaciones: A) En razón del ámbito territorial de ejercicio de sus actividades pueden distinguirse las asociaciones de ámbito regional y de ámbito estatal: estas últimas, son aquellas que desarrollan sus actividades sin ceñirse al territorio de una Comunidad Autónoma singular, y se someten a la Ley Orgánica reguladora del derecho de asociaciones; las asociaciones de ámbito autonómico son aquellas que, por el contrario, desarrollan

principalmente sus actividades en territorio perteneciente a una sola Comunidad Autónoma, y se rigen por las leyes propias en materia de asociaciones así como por la Ley Orgánica en la materia.

B) Por el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del 2002, deben distinguirse, por una parte, las asociaciones de régimen común, en las cuales impera la libertad de asociación en todos sus extremos, y, por otra parte, las asociaciones que poseen régimen especial en razón de la singularidad de sus fines, que se someten a sus normas especiales y en lo no regulado en ellas, con carácter supletorio, a la Ley Orgánica reguladora del derecho de asociación y, si fuere el caso, a las leyes autonómicas pertinentes (expresamente se incluyen en esta última categoría los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, comunidades religiosas, federaciones deportivas y asociaciones de consumidores).

Constitución de la asociación. Pueden asociarse (art. 3 de la Ley Orgánica) las personas físicas y las jurídicas, ya sean públicas o privadas; en este último caso (el de las personas jurídicas) pueden asociarse tanto con personas físicas como con otras personas jurídicas.

La asociación se constituye mediante el acuerdo de tres o más personas que debe documentarse en el acta fundacional (conteniendo los datos identificativos de los fundadores, la voluntad de constituir la asociación, la denominación de ésta, la fecha y firma de los promotores, la designación de los órganos de gobierno provisional y los estatutos), ya sea en documento privado o en documento público.

La adquisición de la personalidad jurídica de las asociaciones se liga al otorgamiento del acta fundacional (art. 5.2 Ley Orgánica), no interviniendo para nada en esta cuestión el Registro de Asociaciones: Este dato, que ahora es regulado concreta y expresamente, había sido obviado hasta el presente por los textos legales sobre asociaciones, con lo cual es destacable la seguridad jurídica que es aportada por la existencia de una regulación que concrete la cuestión.

Los Estatutos de la asociación, contenidos en el acta fundacional, deben regular varios extremos (art. 7 de la Ley Orgánica): la denominación de la asociación, que ha de ser inequívoca, respetuosa de las leyes y de los derechos fundamentales y diferente de la de otras organizaciones, personas o marcas; domicilio y ámbito territorial de ejercicio de sus actividades; la duración, que puede ser indefinida; los fines perseguidos y las actividades que se propone desarrollar, descritos de forma precisa; régimen de los asociados, que comprende los procedimientos de admisión y baja; clases de asociados y sus derechos y obligaciones; régimen de funcionamiento y estructura de los órganos de la asociación; régimen patrimonial y de gestión; causas de disolución y destino del patrimonio asociativo.

El Registro de Asociaciones. El art.23.3 CE impone a las asociaciones el deber de inscribirse en un Registro a los solos efectos de publicidad, esto es, sin que la inscripción tenga eficacia constitutiva (lo reitera el art. 10.1 de la Ley Orgánica 1/2002 de 22 de Marzo): la inscripción de las asociaciones en el pertinente Registro no es requisito para la adquisición de personalidad jurídica, con lo cual se deriva que la Administración carece, al gestionar los Registros, de facultades que pudieran entrañar un control material de legalización o reconocimiento (apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica reseñada).

El sistema registral previsto es complejo: por un lado, existe un Registro Nacional de Asociaciones; por otro, existen los Registros Autonómicos de Asociaciones. En el primero deben inscribirse las asociaciones de ámbito nacional y aquéllas que desarrollen principalmente sus actividades en más de una Comunidad Autónoma, debiendo inscribirse, también, las asociaciones extranjeras que desarrollen actividades en España; en los Registros Autonómicos, por su parte, han de inscribirse las asociaciones que desarrollen principalmente su actividad en el ámbito territorial autonómico.

La inscripción ha de producirse en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud en tal sentido, transcurrido el cual sin respuesta se entiende estimada. Se distingue entre suspensión y denegación de inscripción; la suspensión puede tener lugar por la presencia subsanable de defectos formales o de documentación, mientras que procede la denegación cuando no sea una asociación en sentido estricto o incurra en ilicitud penal (art. 30 de la ley Orgánica)

Los Registros de Asociaciones, que son públicos, sirven también para el depósito de la documentación y constancia de las principales vicisitudes de la asociación. La publicidad e interés informativo de los Registros se harán efectivos mediante certificación del contenido de los asientos, por nota simple informativa o por copia de los asientos y de los documentos depositados, así como por medios telemáticos o informáticos (arts 28 y 29 de la Ley Orgánica).

Funcionamiento: A) Los asociados.- Expresamente se reconoce el derecho de los asociados de separarse voluntariamente de la asociación en cualquier momento (art. 23). En cuanto al ingreso, puede producirse por ser socio fundador o por incorporación posterior, sin que exista un derecho genérico a ser admitido en una determinada asociación por la simple circunstancia de reunir las circunstancias objetivas requeridas, salvo que así se reconozca en los Estatutos. Si una asociación utiliza criterios discriminatorios por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, etc., para la admisión de asociados, no debe obtener ningún tipo de ayuda pública (art. 4.5 de la Ley Orgánica).

Singular importancia para los socios tiene el derecho de concurrir a la formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del derecho de voto, que es admisible restringir mediante la implantación de sistemas de voto por cabezas, o por intereses, o por antigüedad, etc.

B) Los órganos.- Existe un órgano máximo de la asociación que es la Asamblea General, de la que forman parte todos los asociados, y que es la encargada de adoptar las decisiones más importantes de su funcionamiento. Al menos una vez al año debe celebrarse una sesión ordinaria para aprobación de cuentas y presupuestos, debiéndose celebrar sesión extraordinaria para modificar los Estatutos, acordar la disolución voluntaria y para lo que prevean los Estatutos (arts. 11.3, 14.3, 16, 17.a de la Ley Orgánica).

Normalmente existirá un órgano de gobierno, habitualmente denominado Junta Directiva, que ejercerá funciones de ejecución de los acuerdos de la Asamblea, funciones de administración ordinaria y de representación de la asociación; sólo pueden formar parte de él asociados con plena capacidad (art.11.4 Ley Orgánica), y los Estatutos deben fijar el régimen de ese órgano. El cargo normalmente es gratuito, pero puede ser remunerado si

así lo prevén los Estatutos (art. 11.5 Ley Orgánica) o lo acuerda la Asamblea por mayoría absoluta (art. 12-d Ley Orgánica).

Los directivos asumen responsabilidad ante la asociación, los asociados o los terceros por los daños causados por su proceder doloso o negligente. La responsabilidad se determina singularmente, y si deriva de acuerdos colegiados, atendiendo al sentido del voto y oposición expresa; si no se pudiere determinar la responsabilidad de modo singular, entonces asumirían los directivos la responsabilidad solidaria (art. 15 Ley Orgánica).

C) Los acuerdos.- La regla general para la adopción de acuerdos es la mayoría simple de los asociados presentes o representados, requiriéndose el voto favorable de más de la mitad de los asociados para las decisiones de mayor trascendencia. Los acuerdos deben documentarse en los correspondientes Libros de Actas.

Los acuerdos y actos ilegales de los órganos de la asociación son impugnables ante la jurisdicción civil por cualquier asociado o tercero con interés legítimo. Si son radicalmente nulos, la acción es imprescriptible; en otro caso, habrá de atenderse a la causa de nulidad invocada; y si son contrarios a los Estatutos, los asociados podrán impugnarlos en plazo de caducidad de cuarenta días (art. 40 de la Ley Orgánica).

D) Régimen económico.- Las asociaciones funcionarán normalmente en el plano económico por ejercicios anuales, debiéndose llevar la contabilidad pertinente. Pueden adquirir y poseer toda clase de bienes y por cualquier título (art. 38 Código Civil), gestionándolos para el cumplimiento de sus fines del modo que estimen oportuno conforme a los Estatutos, y requiriéndose acuerdo por mayoría absoluta de la asamblea para disponer o enajenar bienes, aunque hay que entender que, en este último caso, se refiere la ley a actos de trascendencia patrimonial grande. Los asociados habrán de contribuir al sostenimiento de los gastos de la asociación. En los Estatutos debe precisarse el patrimonio inicial de la asociación y los recursos de que podrá hacer uso.

Las asociaciones deben desarrollar las actividades necesarias para cumplir sus fines, lo cual puede incluir el ejercicio de actividades económicas rentables, si bien las eventuales ganancias que pudieran generarse con ellas no serán objeto de reparto entre los asociados o sus allegados próximos.

El patrimonio de la asociación responde de sus deudas (art. 15.1 Ley Orgánica): si la asociación no está inscrita, responde además el patrimonio de los asociados, y si está inscrita, sólo responde el patrimonio de la asociación.

Suspensión, disolución y liquidación.- La Constitución impide que la Administración pueda disolver o suspender a las asociaciones, exigiendo para ello resolución judicial motivada (art.22.4 CE, reiterado por el art. 38.1 de la Ley Orgánica). La suspensión en sentido propio sólo cabe como medida provisional en los casos en que concurra causa legal de disolución (art.30.3 Ley Orgánica).

Las causas de disolución pueden ser legales o voluntarias: son voluntarias las enunciadas en los Estatutos así como el acuerdo de disolución adoptado por la Asamblea General por mayoría absoluta, mientras que tienen la consideración de causas legales de disolución las previstas en el art. 39 del Código Civil (expiración del plazo de funcionamiento de la asociación, realización del fin de la asociación, o imposibilidad de alcanzar éste con los medios disponibles) y la que derive de resolución judicial decretando la disolución de la

asociación (lo cual pudiera obedecer a ilicitud tanto civil como penal de la asociación, a la concurrencia de causa de disolución legalmente prevista, y finalmente a la nulidad de la asociación).

La disolución abre el período de liquidación del patrimonio de la asociación, encaminado a concluir las operaciones pendientes, cobrar créditos y pagar deudas y aplicarse el remanente, o bienes resultantes de la liquidación, a los fines previstos en lo Estatutos, o en su defecto a las finalidades legalmente contempladas en el art. 39 del Código Civil (si nada se hubiere previsto sobre el particular en los Estatutos, se aplicará el remanente a la realización de fines análogos en interés de la región, provincia o municipio). Los administradores desempeñarán normalmente el cargo de liquidadores, salvo previsión contraria de los Estatutos, acuerdo de la Asamblea General o decisión judicial.

Asociaciones de utilidad pública.- Las Asociaciones pueden ser reconocidas o declaradas de utilidad pública si, conforme al art.32 de la Ley Orgánica de Asociaciones del 2002, concurren los siguientes requisitos: que sus fines tiendan a promover el interés general, que el círculo de sus beneficiarios no se restrinja a los asociados, que sus directivos no perciban remuneraciones con cargo a fondos públicos, que posean medios idóneos para alcanzar sus fines, que estén inscritas en el Registro de Asociaciones, que vengán funcionando efectivamente cumpliendo los requisitos anteriores durante dos años ininterrumpidos.

Las Asociaciones de utilidad pública, además de tener reservado el uso de tal mención, gozan de beneficios fiscales, ayudas públicas y asistencia jurídica gratuita (art. 33 Ley Orgánica).

3. LEY 50/2002, DE 26 DE DICIEMBRE, DE FUNDACIONES

Esta Ley se publicó en el B.O.E. el 27 de Diciembre del 2002 y entró en vigor el 1 de Enero del 2003, derogando expresamente el Título I y las Disposiciones Adicionales primera, segunda, tercera, octava, decimotercera, decimocuarta y decimoctava de la Ley 30/1994, de 24 de Noviembre de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. A diferencia de la regulación contenida en la Ley 30/1994, el legislador ha optado por separar las cuestiones sustantivas, de procedimiento y fiscales relativas a las Fundaciones: para las dos primeras cuestiones (sustantivas y de procedimiento) se aprueba la epigrafiada Ley 50/2002, mientras que para las cuestiones fiscales se aprueba la Ley 49/2002, de 23 de Diciembre que viene a sustituir las disposiciones del Título II de la Ley de 1994.

La necesidad de promulgar una Ley sobre Fundaciones viene requerida por nuestra CE, en cuyo art.34.1 se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley ; al tiempo que, por su parte, el art. 35.1º del Código Civil proclama la consideración de personas jurídicas, además de a las corporaciones y asociaciones, a las fundaciones de interés público reconocidas por las leyes. Además, también, nuestro Tribunal Constitucional ha apuntado que una de las notas características del Estado social de Derecho es que los intereses generales se definen a través de una interacción entre el Estado y los agentes sociales, y que esta interpenetración entre lo público y lo privado trasciende

también al campo organizativo, en donde, como es fácil entender, las fundaciones desempeñan un papel de primera magnitud.

Los objetivos de esta Ley 50/2002, de 26 de Diciembre, reformadora de la Ley de Fundaciones de 1994, se recogen en el apartado II de la Exposición de Motivos y, en sustancia, son: reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones (así, por ejemplo, se ha sustituido en la mayor parte de los casos la exigencia de autorización previa de actos y negocios jurídicos por parte del Protectorado, por la de simple comunicación al mismo del acto o negocio realizado); flexibilizar y simplificar los procedimientos de carácter económico y financiero y dinamizar y potenciar el fenómeno fundacional como cauce a cuyo través la sociedad civil cumple fines de interés general.

Materias de aplicación general o directa en todo el Estado de la Ley 50/2002, de 27 de Diciembre de 2002, de Fundaciones:

- condiciones básicas del ejercicio del derecho de fundación, en virtud del art. 149.1.1ª CE (concepto de fundación, fines y beneficiarios, personalidad jurídica, existencia, denominación y funciones del Patronato, existencia y funciones generales del Protectorado...).
- condiciones básicas del ejercicio del derecho de fundación y constituir legislación civil, al amparo de lo dispuesto en los arts. 149.1.1ª y 149.1.8ª CE (domicilio, fundaciones extranjeras...)
- materias que constituyen legislación civil, en virtud del art. 149.1.8ª, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente de la legislación civil especial o foral, allí donde exista (denominación, capacidad para fundar, escritura de constitución, estatutos, dotación, regulación de la fundación en proceso de formación, responsabilidad de los patronos, composición del patrimonio, modificación de estatutos, fusión, formas de extinción...)
- aspectos de índole procesal, en virtud del art. 149.1.6 CE (acciones de responsabilidad frente a patronos, impugnación de actos y acuerdos del Patronato y cese de patronos por el Protectorado, competencia en acciones y recursos jurisdiccionales...).

Clases de fundaciones: A) Se rigen por la Ley 50/2002: las fundaciones de competencia estatal (aquéllas que desarrollan su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma); las fundaciones vinculadas a los partidos políticos; delegaciones en España de fundaciones extranjeras que tengan como ámbito territorial el territorio del Estado o principalmente el de más de una Comunidad Autónoma; fundaciones del sector público estatal.

B) Se rigen supletoriamente por la Ley 50/2002: las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 15/1.987, de 25 de Abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

C) Se rigen por las normas de aplicación general de la Ley 50/2002 y por la normativa autonómica: las fundaciones de competencia autonómica, (aquéllas que desarrollan principalmente sus competencias en una Comunidad Autónoma); delegaciones en España de fundaciones extranjeras que tengan como ámbito territorial principalmente el de una Comunidad Autónoma.

D) No se rigen por la Ley 50/2000: las fundaciones del Patrimonio Nacional, que son reguladas por la Ley 23/1.982 y supletoriamente por la Ley del Patrimonio del Estado; fundaciones de entidades religiosas; fundaciones públicas sanitarias.

Disposiciones generales:

A) Concepto, fines y beneficiarios (arts. 2 y 3).

La ley define a las fundaciones como aquellas organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de los creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley.

Las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, ejemplificando a continuación algunos de ellos. La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas y, en ningún caso, podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.

B) Personalidad jurídica (art. 4).

Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones. La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la Ley.

C) Regulación específica, en contraste con la anterior Ley de Fundaciones 30/1994, de la denominación de las fundaciones(art. 5)

Básicamente se evita: coincidencias de denominaciones y aquéllas que induzcan a error o confusión; expresiones contrarias a las leyes; denominaciones abusivas.

D) Regulación más extensa de las fundaciones extranjeras(ar. 7).

Las delegaciones en España de fundaciones extranjeras quedarán sometidas al Protectorado que corresponda en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades, siéndoles de aplicación el régimen jurídico previsto para las fundaciones españolas (art. 7.4).

Constitución de la fundación:

A) Capacidad para fundar (art. 8).

Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas. Las personas físicas requerirán de capacidad para disponer gratuitamente de los bienes y derechos en que consista la dotación; las personas jurídicas privadas de índole asociativa requerirán el acuerdo expreso del órgano competente para disponer gratuitamente de sus bienes, con arreglo a sus Estatutos o a la legislación que les resulte aplicable.

Las personas jurídico-pública tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario.

B) Modalidades de constitución (art. 9).

Por actos "inter vivos" se realizará mediante escritura pública.

Por actos "mortis causa" se realizará testamentariamente.

Si en la constitución por actos "mortis causa" el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y de disponer los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contenga los demás requisitos exigidos por la ley se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios. A este último respecto, la Ley 50/2002 introduce una modificación circunscrita a que, en caso de

que éstos (albacea y, en su defecto, herederos testamentarios) no existieran, o incumplieran esta obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado, previa autorización judicial (art. 9.4).

A) Escritura pública de constitución y Estatutos (arts.10 y 11).

La escritura pública deberá contener, entre otros, los siguientes extremos: nombre, apellidos, edad, estado civil del fundador o fundadores, si son personas físicas, y su denominación o razón social, si son personas jurídicas, así como, en ambos casos, nacionalidad y domicilio; voluntad de constituir una fundación; dotación, valoración, y la forma y realidad de su aportación; los Estatutos; identificación de las personas que integran el Patronato.

En los Estatutos de la fundación se harán constar, entre otros: denominación de la entidad fines fundacionales; domicilio y ámbito territorial; reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios; composición del Patronato, reglas para la designación y sustitución de sus miembros, atribuciones y forma de deliberar y adoptar acuerdos

B) Dotación (art. 12).

Podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, y habrá de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales.

Como novedad se recoge la presunción de suficiencia igual o superior a 30.000 €, incluyéndose también otras previsiones específicas para cuando la dotación sea de inferior valor y para cuando haya una aportación no dineraria (si la aportación fuere dineraria se reproduce la literalidad de la Ley anterior de 1994, esto es, que el desembolso inicial será, al menos del 25 %, y el resto se deberá hacer efectivo en un plazo no superior a 5 años).

Se condiciona la aceptación como dotación del compromiso de aportaciones de terceros, a que conste en títulos de los que lleven aparejada ejecución..

C) Fundación en proceso de formación (art. 13)

Se introduce una modificación en este punto al decir, en su apartado 2, que transcurridos 6 meses desde el otorgamiento de la escritura fundacional sin que los patronos hubiesen instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, el Protectorado procederá a cesar a los patronos, quienes responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la no inscripción.

Gobierno de la fundación:

Del Patronato y los patronos (arts. 14 a 18).

En toda fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma, que adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en los Estatutos, correspondiéndole cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación.

El Patronato estará constituido por un mínimo de tres miembros, denominados patronos, y por la Ley 50/2002 se introduce la posibilidad de remunerar este cargo, a salvo la regla general de la gratuidad retomada de la legislación anterior, cuando preste a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones de patrono, previa autorización del Protectorado, y siempre que el fundador no hubiese dispuesto lo contrario (art. 15.4).

El ejercicio del cargo deberá ejercerse personalmente, pero admite la posibilidad de representación de un patrono por otro designado por él para actos concretos y con instrucciones por escrito (art. 15.5).

Si los estatutos no lo prohibieren, el Patronato podrá delegar sus facultades en uno o más de sus miembros; ahora bien, la nueva Ley de Fundaciones amplía los supuestos en los que no cabe la delegación: aprobación de cuentas y del plan de actuación, la modificación de los Estatutos, la fusión y liquidación de la fundación, y aquellos actos que requieran autorización del Protectorado (art. 16.1).

La Ley hace expresa referencia a la responsabilidad solidaria de los patronos frente a la fundación por los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo; además, redacta con mayor precisión y detalle los casos de exención de responsabilidad, añadiendo que, aparte quienes hayan votado en contra del acuerdo, también quedan exentos de responsabilidad quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia, así como aquéllos que, conociendo la existencia del acuerdo, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño ó, al menos, se opusieron expresamente a aquél (art. 17.2).

Se agrega, como causa de cese de los patronos, el transcurso del plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin haber instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones (art. 18.2 f).

Patrimonio de la fundación:

A) Composición (art. 19.1)

El patrimonio de la fundación está formado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integren la dotación, así como por aquéllos que adquiriera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación.

B) Titularidad y registro de bienes y derechos (art. 20)

La fundación debe figurar como titular de todos los bienes y derechos integrantes de su patrimonio, que deberán constar en su inventario anual, y a continuación, en el apartado siguiente, se establece expresamente la responsabilidad de los órganos de gobierno de la inscripción, a nombre de la fundación, de los bienes y derechos que integran el patrimonio de ésta en los registros públicos correspondientes.

C) Enajenación y gravamen (art. 21)

Requiere previa autorización del Protectorado la enajenación y gravamen de: bienes y derechos directamente vinculados a los fines fundacionales; bienes y derechos que formen parte de la dotación. Se entiende que los bienes y derechos están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación, o de la persona física o jurídica, pública o privada, que realice una aportación voluntaria respecto de los bienes y derechos aportados; cabe también que esa vinculación pueda realizarse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial.

Requieren comunicación del Patronato al Protectorado en el plazo de 30 días hábiles desde su realización, los actos de disposición de bienes fundacionales diferentes a los ante-

riores, incluida transacción y compromiso, sobre: bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural, bienes y derechos de importe superior al 20% del activo de la fundación.

Las enajenaciones o gravámenes se harán constar anualmente en el Registro de Fundaciones al término del ejercicio económico, eliminándose la obligación, que contenía la Ley de 1994, de hacer constar en el Registro las alteraciones superiores al 10% del activo.

D) Herencias y donaciones (art. 22)

La aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario, responsabilizándose a los patronos por la pérdida del beneficio de inventario por los actos a que se refiere el art. 1.024 del Código Civil (si a sabiendas dejare de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos o acciones de la herencia, o si antes de completar el pago de las deudas y legados enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados, o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización).

La legislación derogada de 1994 contenía una previsión, que ahora se regula así: se requiere comunicación del Patronato al Protectorado en los 10 días hábiles siguientes para la aceptación de legados con cargas onerosas o remuneratorias, y para la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas.

Funcionamiento y actividad de la fundación (arts. 23 y ss.):

La nueva Ley, tras insistir en los principios de actuación e imponer a la fundación una serie de obligaciones (art. 23), las habilita expresamente para el desarrollo de actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia (art. 24.1). Se reitera que podrán participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales; y trata con una mayor flexibilidad la situación de participación de la fundación en sociedades en las que se responda personalmente de las deudas sociales, en el sentido de exigir o bien la enajenación de esa participación, o bien que en el plazo de un año se produzca la transformación de esa sociedad en otra en que quede limitada la responsabilidad (art. 24.3).

Las fundaciones deberán llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad, para lo que llevarán necesariamente un Libro Diario y un Libro de Inventarios y Cuentas Anuales. Estas (las Cuentas Anuales) comprenden el balance, la cuenta de resultados y la memoria, que serán aprobadas por el Patronato de la fundación en el plazo máximo de 6 meses desde el cierre del ejercicio, y se presentarán al Protectorado dentro de los 10 días hábiles siguientes a su aprobación, quien, una vez examinadas, procederá a depositarlas en el Registro de Fundaciones. El Patronato elaborará y remitirá al Protectorado, en los últimos 3 meses de cada ejercicio, un plan de actuación (sustitutiva de la obligación del Patronato de presentar presupuesto y memoria explicativa, que recogía la Ley del 94), en el que queden reflejados los objetivos y las actividades que se prevea desarrollar durante el ejercicio siguiente (art. 25.8). Además, la Ley 50/2002 trata de la llevanza de la contabilidad, modelo de llevanza simplificada, cuentas anuales en modelos abreviados, y auditoría externa, dotando de un mayor contenido a la memoria de las Cuentas Anuales: para el funcionamiento y mecánica operativa de estos instrumentos la ley se remite con frecuencia, bien

al Código de Comercio, bien a la legislación de sociedades mercantiles, bien a un posterior desarrollo reglamentario.

En este apartado de la actividad y funcionamiento de la fundación, la Ley confirma la viabilidad de la obtención de ingresos por sus actividades, siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de los posibles beneficiarios, pormenorizando asimismo a continuación el destino y cómputo de las rentas e ingresos (arts. 26 y 27).

Por último regula con especificidad, rigor y concisión la figura de la autocontratación, autorizando a los patronos para contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado, que se extenderá al supuesto en que se contrate con personas físicas representantes de los patronos (art. 28), lo que es índice de los recelos que comúnmente despierta esa categoría jurídica.

Modificación de los Estatutos (art. 29):

A diferencia de la Ley de 1994, la ley del 2002 no contempla la posibilidad de modificación si el fundador lo prohibió (y, por tanto, sin posible sustitución mediante autorización del Protectorado).

Si el Patronato no modifica los Estatutos, cuando las circunstancias de constitución hayan variado de forma que la fundación no puede actuar satisfactoriamente de acuerdo con los Estatutos, siempre que el fundador no haya previsto este supuesto como causa de extinción, el Protectorado requerirá al Patronato que lo haga, y si no lo hace solicitará a la autoridad judicial que resuelva (interesante e importante añadido garantista que introduce la Ley 50/2002) sobre la procedencia de modificación. Esta, o la nueva redacción de los Estatutos, acordada por el Patronato se comunicará al Protectorado, que sólo podrá oponerse por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado en el plazo máximo de 3 meses.

La modificación o nueva redacción habrá de ser formalizada en escritura pública e inscrita en el Registro de Fundaciones.

Para finalizar este punto, es destacable resaltar que las Disposiciones Transitorias Primera y Tercera de la Ley de Fundaciones 50/2002 prevén un plazo de 2 años, a partir de la entrada en vigor de la ley, para que se adapten los Estatutos de fundaciones ya constituidas.

Fusión (art. 30):

El legislador elabora matizadamente, con mayor cuidado, detalle y ductilidad que la ley derogada de 1994, este aspecto regulador en el devenir de las fundaciones: éstas, siempre que no lo haya prohibido el fundador, podrán fusionarse previo acuerdo de los respectivos Patronatos, que se comunicará al Protectorado, quien podrá oponerse por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, en el plazo máximo de 3 meses.

Cuando una fundación resulte incapaz de alcanzar sus fines, el Protectorado podrá requerirla, si no lo hubiese prohibido el fundador, para que se fusione con otra de análogos fines que haya manifestado ante el Protectorado su voluntad favorable a dicha fusión; si aquélla se opusiera, el Protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que ordene la fusión.

La fusión requerirá el otorgamiento de escritura pública, que contendrá los Estatutos de la fundación resultante, y la inscripción en el Registro de Fundaciones.

Extinción, formas y liquidación: remisión arts. 31, 32, 33 Ley 50/2002, de Fundaciones, que no aportan nada nuevo al articulado de la legislación anterior.

La fundación se extingue de pleno derecho, cuando expire el plazo por el que fue constituida; cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional, o fuere imposible su realización (salvo la posibilidad de modificación o fusión), o concurriera cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos, la extinción requerirá acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado (si no fuere así, la extinción requerirá resolución judicial motivada); para cualquier otra causa establecida en las leyes, se requerirá resolución judicial motivada. Cabe también la extinción fundacional cuando así resulte de la fusión a que hemos aludido en el párrafo anterior.

Una vez producida la extinción, salvo que lo sea por fusión, la fundación entra en un proceso de liquidación, cuyos criterios reguladores se establecerán reglamentariamente, y que se realizará por el Patronato bajo el control del Protectorado. El destino de los bienes y derechos resultante de la liquidación puede preverse en los Estatutos o negocio fundacional, pero a favor de las fundaciones o entidades no lucrativas privadas de interés general que allí se designen. En su defecto, este destino a favor de las mismas entidades mencionada será decidido por el Patronato, siempre que tenga reconocida esta facultad por el fundador y, a falta de esta facultad, por el Protectorado. También se permite que en los Estatutos o negocio de fundación se ordene el destino a favor de entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general

El Protectorado (arts. 34 y 35):

Es el órgano de la Administración del Estado que vela por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones.

El art. 35 enuncia las funciones que habrá de cumplir esta institución: entre ellas se encuentran las ya contempladas en la legislación anterior de 1994 (por ejem., asesorar a las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución; asesorar a las fundaciones ya inscritas sobre su régimen jurídico, económico-financiero y contable, así como sobre cualquier cuestión relativa a las actividades por ellas desarrolladas en el cumplimiento de sus fines; verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales, pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria; tiene legitimación para ejercer la acción de responsabilidad contra los patronos por su actuación dañosa a la fundación; tiene también legitimación para cesar a los patronos si no desempeñan el cargo con la diligencia debida, así como para impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios).

Otras nuevas funciones se introducen: informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones, sobre la idoneidad de los fines y sobre la suficiencia dotacional; designar nuevos patronos de las fundaciones en período de constitución cuando los patronos inicialmente designados no hubieran promovido su inscripción registral en los 6 meses desde el otorgamiento de la escritura fundacional; cuando el Protectorado encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de una fundación, dictará resolución motivada, dando traslado al Ministerio Fiscal o al órgano judicial competente.

También el Protectorado tiene acción para instar la intervención judicial temporal de la fundación, durante el cual ejercerá las funciones legales y estatutarias que correspondan al Patronato. Tal intervención sólo puede producirse en caso de grave irregularidad en la gestión económica de la fundación, o desvío grave de los fines fundacionales, y siempre que el Patronato no adopte las medidas que el Protectorado estime pertinentes. Como novedad, se prevé expresamente la posible prórroga de esta medida mediante nueva resolución judicial (art. 42 de la Ley 50/2002, de 26 de Diciembre, de Fundaciones).

El Registro de fundaciones de competencia estatal (arts. 36 y 37):

Dependerá del Ministerio de Justicia, y en él se inscribirán los actos relativos a las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma.

Dentro del Registro se crea una sección de denominaciones, en la que se integrarán las de las fundaciones ya inscritas en los Registros estatal y autonómicos, y las denominaciones sobre cuya utilización exista reserva temporal.

Se establece coordinación de las Comunidades Autónomas con el Registro estatal, al precisar que las CC.AA., una vez realizada la inscripción de la constitución e la fundación ó, en su caso, de la extinción de la misma, darán traslado de estas circunstancias al Registro de Fundaciones de competencia estatal.

Los Registros de Fundaciones serán públicos. La publicidad se hará efectiva mediante certificación del contenido de los asientos, por nota simple informativa, o por copia de los asientos y de los documentos depositados en los Registros, o por medios telemáticos o informáticos. Consecuencia de la publicidad del Registro es que los actos sujetos a inscripción que no lo sean no perjudicarán a tercero de buena fe, presumiéndose ésta.

El Consejo Superior de Fundaciones (arts. 38 a 40):

Se crea con carácter consultivo este órgano, cuyas funciones están delimitadas en el art. 39 de la Ley 50/2002, de Fundaciones (fundamentalmente, asesorar e informar sobre cualquier disposición legal o reglamentaria de carácter estatal que afecte directamente a las fundaciones, así como formular propuestas en ese ámbito, e igualmente informar sobre tales asuntos cuando le sea elevada consulta por los Consejos de Gobierno de las CC.AA.), remitiéndose para la regulación de su régimen jurídico a las normas que reglamentariamente se establezcan sobre estructura y composición.

4. LEY 39/2002 (TRANSPOSICIÓN DIRECTIVAS SOBRE PROTECCIÓN CONSUMIDORES Y USUARIOS)

Esta Ley se publicó en el B.O.E. el 29 de Octubre del 2002, y una “vacatio legis” que ha de entenderse de 20 días puesto que nada expresa la norma sobre su entrada en vigor.

Uno de los factores que más han influido en la transformación moderna de la concepción del contrato ha sido, sin duda, el progreso técnico que aboca a una producción en masa de cosas y servicios homogéneos y destinados para su utilización o consumo a un gran número de personas. Ello significa que los productores tienen que establecer una serie indefinida de relaciones contractuales, que por razones de eficiencia económica no pueden

ser negociadas una a una, y que, en consecuencia, se tienen que presentar en forma de contratos-tipo.

Por consiguiente, a la producción en masa corresponden relaciones contractuales en masa; y éstas se consagran en fórmulas contractuales con contenido siempre idéntico, y que se plantean al destinatario de la oferta para su pura adhesión, sin capacidad de negociación. Nace así la llamada estandarización del contrato, detrás de la cual no sólo está la necesidad de racionalización y eficiencia económica, sino también la imposición de posiciones de hegemonía en el mercado de los grandes operadores económicos, con frecuencia, monopolísticos u oligopolísticos (contratantes fuertes) sobre pequeños y medianos empresarios y consumidores (contratantes débiles).

En este contexto, cuando las cláusulas no negociadas individualmente son redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, a celebrar por quien las ha impuesto o predispuesto (aprovechándose de una posición económica de supremacía sobre la que ostenta el consumidor y usuario), hablamos de contratación de adhesión, pero instrumentalizada a través de las condiciones generales de contratación, y cuyo contenido (contractual) en ambos casos se halla predispuesto.

Este esquema contractual ha sido contemplado recientemente por la Ley 7/1998, de 13 de Abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que ha tenido por objeto efectuar la transposición del Directiva comunitaria 93/13/CEE, de 5 de Abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como regular de modo global las condiciones generales de la contratación.

Pues bien, en este marco expositivo se encuadra la ley 39/2002, de 28 de Octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios. En el apartado I de su Exposición de Motivos destaca cómo en los últimos años la Comunidad Europea ha impulsado una ambiciosa política de protección de los intereses de consumidores y usuarios. La construcción efectiva, continúa la Exposición de Motivos, del mercado interior, así como su buen funcionamiento, requiere normas comunes de protección de los consumidores en un espacio europeo sin fronteras interiores.

Por ello, se han aprobado numerosas Directivas referidas a dos ámbitos normativos que, siendo distintos en varios aspectos, tienen como elemento en común su directa conexión con los derechos de los consumidores y usuarios: por una parte, el ámbito de los contratos de adhesión (que es en el que nos vamos a centrar), y por otra parte, el ámbito de la actividad publicitaria. Sin embargo, la Comunidad ha considerado que los mecanismos actualmente existentes para garantizar el cumplimiento de estas Directivas, no siempre permiten poner fin a su debido tiempo a las infracciones perjudiciales para los intereses colectivos de consumidores y usuarios.

Así el Parlamento Europeo y el Consejo han aprobado la Directiva 98/27/CE, de 19 de Mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección efectiva de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, Directiva que la Ley epigrafiada transpone al ordenamiento jurídico español, para lo cual tienen que modificarse la Ley de Enjuiciamiento Civil, las leyes sustantivas que regulan los ámbitos sectoriales (nosotros únicamente nos vamos a ceñir, por sus directas implicaciones en la rama del Derecho Civil,

a la Ley de Condiciones Generales de Contratación de 13 de Abril de 1998, y a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de Julio de 1.984) en los que la Directiva 98/27/CE demanda la introducción del instrumento efectivo de la acción colectiva de cesación para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, regulándose además la cuestión de las entidades españolas habilitadas en otros Estados miembros de la Comunidad Europea para el ejercicio de la acción de cesación.

Antes de continuar, recordemos que se entienden por intereses difusos aquéllos en los que se tutela un interés que no es susceptible de disfrute individual, sino común a todos los miembros de la comunidad, y que personas o grupos de personas de esa colectividad puedan reaccionar frente a las lesiones colectivas que se produzcan, aunque no les toquen exclusivamente a ellos.

La acción judicial de cesación es aquella que se puede ejercitar contra la utilización de cláusulas abusivas, que lesionen intereses colectivos e intereses difusos de los consumidores y usuarios (adicción a la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de un nuevo art. 10 ter, ap.1 por la Ley 39/2002, de 28 de Octubre).

Esta acción de cesación persigue un doble efecto: el de la condena judicial a cesar en el comportamiento lesivo, y el de la prohibición judicial de reiteración futura de ese comportamiento, pudiéndose ejercitar asimismo cuando la conducta ya haya finalizado, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración (nuevo art. 10 ter ap. 2 de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, introducido por la Ley 39/2002, de 28 de Octubre).

Los legitimados para el ejercicio de esta acción serán, con carácter general, las siguientes entidades: las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros; las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación; las asociaciones de consumidores y usuarios; el Instituto Nacional de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores; los colegios profesionales legalmente constituidos; el Ministerio Fiscal; las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Todas las entidades citadas podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno, para la defensa de los intereses que representan (redacción dada por la Ley 39/2002, de 28 de Octubre al art. 16 de la Ley 7/1998, de 13 de Abril, de Condiciones Generales de la Contratación, que se vuelve a reproducir también en la inclusión novedosa del art. 10 ter ap. 3 de la Ley 26/1984, de 19 de Julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Las acciones colectivas de cesación y retractación son, con carácter general, imprescriptibles; no obstante, si las condiciones generales se hubieran depositado en el Registro General de Condiciones Generales de la Contratación, dichas acciones prescribirán a los 5 años, computados a partir del día en que se hubiera practicado dicho depósito. Tales acciones podrán ser ejercitadas en todo caso durante los 5 años siguientes a la declaración

judicial firme de nulidad o no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia de la acción individual (redacción dada por la Ley 39/2002, de 28 de Octubre a los ap. 1, 2 y 3 del art. 19 de la Ley 7/1998, de 13 de Abril, de Condiciones Generales de la Contratación).

En lo referente a las entidades habilitadas españolas en otros Estados miembros de la Comunidad Europea para el ejercicio de la acción de cesación, se establece una doble regulación (introducida en el novedoso art. 10 quater de la Ley 26/1.984, de 19 de Julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, por la Ley 39/2002, de 28 de Octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios):

A) Toda entidad pública competente en materia de consumo que desee estar habilitada ante la Comisión Europea para el ejercicio de dichas acciones mediante su inclusión en la lista a tal fin publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas así lo hará saber, a través del Instituto Nacional de Consumo, al Ministerio de Justicia, que lo notificará a la Comisión.

B) La asociaciones de consumidores y usuarios, además de la solicitud expresa en el sentido citado en el apartado A), se les exige que estén presentes en el Consejo de Consumidores Usuarios. El Ministerio de Justicia, cumplidos estos requisitos y a instancia del Instituto Nacional de Consumo, efectuará la preceptiva notificación a la Comisión Europea.

5. LEY 34/2002, DE 11 DE JULIO (REFORMA DEL ART. 1.262 DE CÓDIGO CIVIL)

Esta Ley se publicó en el B.O.E. el 12 de Julio del 2002, y con una “vacatio legis” de tres meses, entró en vigor el 12 de Octubre del mismo año.

El desarrollo de las nuevas tecnologías vinculadas a la llamada “sociedad de la información” ha permitido el nacimiento de un nuevo mercado, el mercado electrónico, que incide de manera directa, junto con otros factores, en la transformación moderna del significado del contrato, tal como venía entendiéndose tradicionalmente.

El mercado electrónico se caracteriza, entre otros muchos factores, por una reducción de sus costes, por la facilidad que supone para las partes contratantes, por su celeridad y por la eliminación de las distancias espaciales. Pero también ese mercado suscita cierta desconfianza por la falta de seguridad, que se traduce en problemas acerca de la autoría, el contenido, la confidencialidad o la propia existencia del mensaje electrónico.

Algunos de estos problemas no pueden resolverse con los mecanismos jurídicos tradicionales y se hace necesario colmar las principales lagunas que propicia la contratación electrónica: en el ámbito interno contamos con el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre sobre firma electrónica, el Real Decreto 1.906/1999, de 17 de Diciembre, por el que se aprueba la contratación telefónica o electrónica con Condiciones Generales, aparte de la ley 34/2002, de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

En el plano comunitario, destaca la Directiva 2000/31 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

Con la aprobación de la Ley 34/2002 de 11 de Julio se pretende dar respuesta a algunas cuestiones específicas que se plantean en el ámbito de Internet, de forma que se proporcione la necesaria seguridad jurídica tanto a los consumidores o destinatarios de los servicios de la sociedad de la información como a los prestadores de los mismos, al tiempo que se pretende también fomentar la confianza necesaria para el desarrollo del comercio electrónico

La Ley de Contratación Electrónica viene a regular temas tan polémicos como la presencia de una empresa u organización en Internet, desde aspectos sencillos, como puede ser una simple comunicación comercial, hasta cuestiones más o menos problemáticas que inciden incluso en múltiples relaciones mercantiles, como, por ejemplo, la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por vía telemática o, por no seguir enumerando todos y cada uno de los servicios de la sociedad de la información, el ofrecimiento de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos y transmisión de información a través de una red de telecomunicaciones.

De todos estos aspectos, nosotros únicamente vamos a reseñar, por su directa incidencia en los estudios de la asignatura de Derecho Civil, la admisibilidad del contrato electrónico, la prueba y documentación de estos contratos, momento y lugar de perfección del contrato en la contratación electrónica, momento y lugar de celebración de los contratos celebrados sin la presencia física simultánea de las partes.

Admisibilidad del contrato electrónico: El desarrollo de las transacciones comerciales a través de las redes de comunicaciones electrónicas, y en especial de Internet, sin la presencia física simultánea de las partes, ha supuesto la desaparición en este entorno del soporte documental, dando paso a la cuestión de la admisibilidad de los contratos electrónicos o contratos celebrados por vía electrónica. Por tal entiende la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información (Anexo de definiciones, apartado h)) que se trata de todo contrato realizado mediante una red de telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas, en el que la oferta y la necesaria aceptación se transmiten mediante equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos conectados a dicha red. Parece, a tenor de la definición, que por contrato electrónico deberá entenderse el que se celebra a través de ordenador, mediante correo electrónico.

La regulación de los contratos electrónicos, siguiendo el principio general de nuestro Ordenamiento Jurídico de libertad de forma, supone declarar su admisibilidad, cumpliendo así con el mandato de la Directiva 2000/31/CE de aceptar los contratos celebrados a través de redes de comunicaciones electrónicas. Sin embargo, la ley establece una prohibición relativa a los contratos de Derecho de familia y sucesiones; y también somete a las disposiciones que establezcan su normativa específica a aquellos contratos, negocios o actos jurídicos en los que sea necesaria una forma documental pública o la intervención de una autoridad pública, tales como un órgano jurisdiccional o un fedatario público, para que aquéllos produzcan efectos en el tráfico jurídico (por consiguiente, esta remisión viene a

significar que el contrato celebrado por vía electrónica carece del valor de documento público).

La clave en materia de contratación electrónica, y por tanto para su admisibilidad, debe situarse en la identidad del sujeto con el que se contrata, que es quien dice ser, en la integridad e invariabilidad del mensaje, que no ha sido modificado en su contenido, y en la confidencialidad del mismo. Ello obliga a crear unos mecanismos de seguridad que permitan confiar en el sistema y ofrecer un comercio electrónico seguro. Pues bien, estos mecanismos dirigidos a conseguir una seguridad y una fiabilidad mínimamente imprescindibles, se articulan a través de la firma electrónica, con la que se consigue confirmar la identidad de la persona que firma electrónicamente (la Directiva y el Real Decreto – Ley sobre firma electrónica distinguen, por un lado, la firma electrónica avanzada, que es aquella que permite inequívocamente la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, debiendo estar siempre basada en un certificado reconocido, lo que asegura, pues, su identificación y la vinculación a los datos a los que se refiere, posibilitando, en consecuencia, que cualquier modificación posterior de los mismos sea detectable; mientras que, por su parte, la firma electrónica simple no cumple estos requisitos, y se define como el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o autores del documento que la recoge).

Dice la Ley que la celebración de contratos por vía electrónica será válida y surtirá efecto, sin necesidad del previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos (art. 23.2), añadiendo el número 3 del mismo art. que se entenderá satisfecha la exigencia legal de forma escrita, cuando el contrato se recoja en soporte electrónico, aunque el núm 4 del propio art. 23, se apresta a advertir, tal y como observamos antes, que el contrato celebrado por vía electrónica carece del valor de documento público.

Prueba de los contratos celebrados por vía electrónica: En cuanto a la prueba de los contratos electrónicos, tanto la celebración del contrato como el cumplimiento de las obligaciones que se imponen al prestador del servicio quedan sujetas a lo que dispongan las normas del ordenamiento jurídico que resulten de aplicación y, en particular, a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica (art. 24.1 de la Ley 34/2002 de 11 de Julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico).

En este sentido, interesa destacar que el art. 3 del Real Decreto-Ley 14/1999 sobre firma electrónica concede a la firma electrónica avanzada el mismo valor jurídico que la firma manuscrita, resultando obligatoria su admisión en juicio como prueba; para ello, se exige como requisito que el certificado reconocido en el que se basa la firma electrónica, haya sido expedido por un prestador de servicios de certificación acreditado y el dispositivo seguro de creación de firma con el que ésta se produzca se encuentre certificado. Tratándose de firma electrónica simple, que no cumple los requisitos anteriores, no se le negarán efectos ni será excluida como prueba en juicio, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica, tal y como se mantiene en el párrafo 2º del mismo art. 3. Confirmando lo que se acaba de exponer, el párr. 2º del art. 24 de la Ley 34/2002, de 11 de Julio establece que el soporte electrónico en el que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental (en idéntico sentido se pronuncian la Ley 1/2000,

de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, y la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Momento y lugar de perfección de los contratos celebrados a distancia: La cuestión se resuelve en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 34/2002, de 11 de Julio (cuya solución es aplicable a los contratos electrónicos, en la medida en que este tipo de contratos se incordian en aquéllos que se celebran entre personas ausentes o situadas en lugares distantes).

Nueva formulación del art. 1.262 del Código Civil dada por la Disposición Adicional Cuarta de la Ley de referencia:

El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

Como se observa, el art. 1.262 distingue dos tipos de contratos: A) de formación instantánea, a los que se refiere el párr.1º del artículo, en los que el intercambio de la oferta y de la aceptación se produce de manera automática, esto es, aquéllos en los que los contratantes se encuentran en comunicación inmediata cuando el acuerdo se produce, y B) los contratos de formación sucesiva, en los que la aceptación se produce en un momento cronológico posterior a la oferta, y en donde, además, hay un alejamiento físico entre los contratantes que impide el conocimiento inmediato de la aceptación de la oferta. Es precisamente a éstos últimos a los que se refiere el párr. 2º del art. 1.262 del C.C., que ha resultado modificado por la Ley 34/2002 (es de subrayar el acierto de la ausencia absoluta de referencia a la contratación por carta, a diferencia de la anterior redacción del art. 1.262 del C.C., con lo que no hay duda que la solución aportada por la reforma es igualmente aplicable a los demás sistemas de contratación sucesiva, en los que la oferta y la aceptación se producen en lugar y en tiempos distintos: por lo tanto, no sólo a la contratación producida por correspondencia, sino también a la que tiene lugar por telégrafo (telegrama), télex, telefax, o por correo electrónico).

Tras la reforma, pues, el contrato se entiende perfeccionado cuando la aceptación llega a conocimiento del oferente ó, al menos, a su ámbito o círculo de intereses, de forma que con una diligencia media hubiera podido conocerla. Así es que la ley en la actualidad, en cuanto al momento de perfección del contrato, se decanta por la llamada teoría de la recepción, en consonancia con la doctrina mayoritariamente aceptada y con la línea jurisprudencial reciente (efectivamente, la teoría de la recepción sitúa la perfección del contrato en el ámbito del oferente, al defender que la misma se produce cuando es recibida en su esfera de influencia, sin necesidad de que llegue a su conocimiento efectivo, pudiendo, por ejemplo, ser recibida en su domicilio por un familiar, o recogida en la empresa por un empleado).

Conforme con este sistema, el art. 28 de la Ley 34/2002, refiriéndose a la contratación electrónica, establece en su apartado 2º que se entenderá recibida la aceptación cuando la parte a que se dirija pueda tener constancia de ello, a cuyo fin el párr. 1º del mismo art. 28 obliga al oferente a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo, con el objeto de que éste tenga ya constancia de la perfección del contrato; asimismo, señala el 2º párr., que si la recepción de la aceptación se confirma mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones.

Lugar de celebración del contrato: no hay modificación, o sea, que tanto antes de la reforma como ahora, en los casos de contratación sucesiva, el contrato se presume celebrado en el lugar en el que se hizo la oferta. Excepcionalmente, y para el caso en que la contratación tenga lugar por vía electrónica, es de aplicación el art. 29 de la Ley 34/2002, según el cual, cuando intervenga como parte un consumidor, se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Si el contrato electrónico se celebra entre empresarios o profesionales, el párr. 2º del mismo art. dice que, en defecto de pacto entre las partes, se presumirá celebrado en el lugar en que este establecido el prestador de servicios.

Finalmente, la Ley de que se trata introduce “ ex novo” el último párrafo del actual art. 1.262 del Código Civil, en el que se establece que: En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación. Comprende aquellos casos en que el contrato se celebra entre el consumidor y una máquina (por ejemplo, una que expendía bebidas), programada para ejecutar la prestación desde el momento en que se produce la aceptación. El mecanismo es similar al que se utiliza para la contratación entre presentes: en consecuencia, el contrato se perfecciona desde que la

aceptación se produce (el mero hecho de pulsar la tecla de la máquina por el consumidor), pues en ese mismo momento es recibida y conocida (la aceptación) por el oferente (la máquina expendedora).

6. LEY 40/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE (CONTRATO DE APARCAMIENTO DE VEHÍCULOS)

Esta ley fue publicada en el B.O.E. el 15 de Noviembre del 2002, y entró en vigor al día siguiente, esto es, el 16 de Noviembre.

Se trata de un contrato de nuevo cuño, antes inexistente, que la práctica y la jurisprudencia reclamaban con insistencia. Considerables han sido los inconvenientes que ha venido originando este tipo de contrato hasta ahora atípico, por el que una persona introduce su vehículo en un garaje a cambio de un precio y durante un tiempo determinado. Esta ley trata de ofrecer una respuesta a algunos de los problemas que se habían suscitado con anterioridad, tales como los robos de vehículos u objetos habidos dentro de él.

Concepto: El art. 1 de la Ley, relativo al ámbito de aplicación, determina que en virtud de este contrato una persona cede, como actividad mercantil, un espacio en un local o recinto del que es titular, para el estacionamiento de vehículos de motor, con los deberes

de vigilancia y custodia durante el tiempo de ocupación, a cambio de un precio determinado en función del tiempo de estacionamiento.

Nuestros Tribunales, con anterioridad a la Ley, se habían pronunciado en algunas ocasiones sobre la distinción entre ese contrato y el de garaje, entendiendo por contrato de garaje aquél en virtud del cual el dueño del parking se obliga a la guarda del vehículo, con o sin fijación de plaza concreta de aparcamiento, y con entrega o no de las llaves, junto con otra obligación de custodia, vigilancia y actividades complementarias de limpieza, conservación del local, etc. por el tiempo pactado y con libre entrada y salida del vehículo durante éste, a cambio del pago del precio estipulado; mientras que, por el contrario, el contrato de estacionamiento, o de parking, es aquél en el que se cede una plaza indeterminada pero exclusiva a cada vehículo y en el que, salvo determinados lapsos temporales, por ejemplo limpieza, no va acompañado de la obligación de guarda y custodia, caracterizándose por la no disponibilidad durante su vigencia ni por el titular del vehículo (al salir debe contratar nuevamente para volver a estacionar) ni por la empresa con fin de maniobras, así como por la retribución proporcional al tiempo de estacionamiento según baremo preestablecido, tarifado o no por la Administración, y por su vigilancia.

En la actualidad, parece innecesaria la distinción, toda vez que este contrato de aparcamiento lleva aparejado, según la Ley 40/2002, de 14 de Noviembre, unos deberes de vigilancia y custodia.

Quedan excluidos del contrato de aparcamiento (art. 2 de la Ley 40/2002):

A) aquellos aparcamientos cuyo precio queda determinado en función del tiempo durante el cual el usuario puede estacionar su vehículo, esto es, por semanas, meses, etc: en estos contratos, el titular cede el goce de un espacio por tiempo determinado y precio cierto para estacionar un vehículo y, durante la vigencia del contrato, el usuario puede salir y entrar libremente del aparcamiento. Sin embargo, en la Ley de aparcamiento, el titular tiene unos deberes de guarda y custodia durante el tiempo que el vehículo permanezca en el local o recinto y debe restituir al portador del justificante el vehículo “en el estado en que fue entregado”, lo que sólo puede ocurrir en el caso de que el vehículo no haya salido durante la vigencia del contrato de la dependencia del empresario, por cuya razón estimamos que aunque el art. 2 no los excluya expresamente ése, sin embargo es el espíritu del legislador.

B) los estacionamientos en las denominadas zonas de estacionamiento regulado o en la vía pública, tanto si existe el pago de tasas como si éstas no se devengan; esto es, parece que la exclusión afecta a aquellos estacionamientos que se englobarían dentro de la llamada O.R.A., los aparcamientos controlados de superficie o “zona azul”.

C) los estacionamientos que se realicen en locales o recintos dependientes o accesorios de otras instalaciones, o que sean gratuitos; parece que pueden incluirse aquí a aquellos estacionamientos que se realicen en talleres para la reparación de vehículos, en hoteles, grandes superficies, o en aquellos que tengan por finalidad una prestación distinta de la mera custodia del vehículo, sean recintos de acceso libre y abiertos o sean cerrados y vallados.

D) cualesquiera otros estacionamientos o aparcamientos que no reúnan los requisitos señalados en el art. 1 de la ley.

Naturaleza jurídica: Una primera y acelerada aproximación al tenor de la primera frase (ó inciso) del art. 1 de la Ley (“una persona cede, como actividad mercantil, un espacio en un local o recinto del que es titular...”), nos induce a pensar que estamos en presencia de un caso particular de arrendamiento de cosa; sin embargo, del espíritu de la ley se desprende la importancia de los deberes de guarda, custodia, y restitución del vehículo de motor, como ocurre con el depósito, quedando en un segundo plano la cesión del espacio: por consiguiente, la voluntad integradora del legislador es que el titular del local o recinto proporcione un espacio o emplazamiento para la guarda del vehículo, para que durante un período de tiempo el vehículo se encuentre convenientemente preservado de desgastes y deterioros y a resguardo de pérdidas y sustracciones, y, por tanto, bajo custodia (“...para el estacionamiento de un vehículo de motor, con los deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo de ocupación, a cambio de un precio determinado...” art. 1).

Lo que antecede implica, pues, que el depositario deberá proporcionar no sólo un emplazamiento físico adecuado, sino también una labor de atención y vigilancia sobre ese emplazamiento: así es que el contrato en cuestión tiende a acercarse a la figura del depósito: en este caso un depósito legalmente retribuido realizado entre un profesional o empresario y un usuario.

Obligaciones de las partes: por un lado, la ley exige al titular del aparcamiento, aparte de los deberes principales de guarda y restitución a los que en seguida aludiremos, que entregue al usuario un justificante o resguardo del aparcamiento en el que conste necesariamente una serie de extremos que se recogen en el art. 3.1 b) de la Ley, concretamente la identificación del vehículo, si se hace o no entrega de las llaves del mismo y expresión del día y hora de la entrega en el caso de que sea preciso para determinar el precio; correlativamente, por su lado, al usuario corresponderá, antes de retirar el vehículo del aparcamiento, exhibir el resguardo o justificante y pagar el precio fijado (art. 4 a)).

Obligación que tiene el titular del aparcamiento de guarda del vehículo:

El titular del aparcamiento tiene la obligación de guarda que incumbe al depositario en sus dos aspectos: A) debe mantener la cosa en un lugar seguro a fin de impedir la pérdida o sustracción del vehículo (custodia), y B) debe mantener la cosa depositada en el estado en que se recibió (conservación), puesto que deberá restituir el vehículo en el estado en que fue entregado..

Ello se traduce en que el titular del aparcamiento debe proporcionar al usuario un lugar seguro para alojar el vehículo objeto del contrato porque, como se sostiene para el depósito, la guarda exige del depositario una prestación de hacer consistente en crear un ámbito de protección alrededor de la cosa, de modo que ésta se halle preservada de cualesquiera agentes externos, naturales o no, que puedan ocasionar su pérdida, sustracción, deterioro, menoscabo o depreciación. No obstante, el usuario tiene el deber de colaborar para que el titular pueda cumplir con su obligación de custodia (art. 4 d) de la Ley reguladora del contrato de aparcamiento): por ejemplo, deberá dejar el vehículo cerrado, conectar, en su caso, la alarma, no dejar los objetos a la vista de terceros, etc. De ahí deriva, también, que, del mismo modo que en el depósito, el titular del aparcamiento no pueda servirse del vehículo, salvo que (mediante la entrega de las llaves) sea autorizado por el usuario para que pueda abrir el vehículo ante cualquier emergencia que pudiera surgir, e incluso su desplazamiento

si fuera necesario para cumplir con la obligación de custodia que tiene asignado el titular del aparcamiento.

En materia de responsabilidad del titular del aparcamiento (depositario), el art. 7 de la Ley 40/2002, de la ley del aparcamiento, remite, respetando lo dispuesto en esta Ley, a la autonomía de la voluntad dentro de los límites del art. 1.255 del Código Civil, y, en su defecto, a las disposiciones relativas a las obligaciones y contratos, y es de esta manera que el art. 5, de la referida Ley del contrato de aparcamiento, hace responsable al titular de éste de los daños y perjuicios que se ocasionen al usuario ante el incumplimiento total o parcial de sus obligaciones, debiendo aquél (el titular del aparcamiento), por regla general, custodiar el vehículo con la diligencia de un buen padre de familia (arts. 1.094 y 1.104 del Código Civil), salvo que por voluntad de las partes se le haya exigido una diligencia superior. En caso de intervenir culpa o negligencia (como sería, por ejem. el supuesto de no disponer de cámaras de vigilancia en el interior del aparcamiento, ni tampoco a la entrada y salida, o no tener contratado ningún servicio de vigilancia interior ni disponer de ningún empleado que ejerza tales funciones), el titular del aparcamiento (depositario) responderá por la pérdida de la cosa depositada, excluyéndose la responsabilidad cuando se acredite que sucedió por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1.105 del C.C.), presumiéndose en todo caso que la pérdida ocurrió por su culpa, salvo que se pruebe lo contrario (art. 1.183 C.C.).

Obligación que tiene el titular del aparcamiento de restituir el vehículo:

Al titular del aparcamiento le incumbe, igual que al depositario, restituir el vehículo (art. 3.1 c)). Esta obligación es consecuencia de la facultad que asiste al usuario depositante para reclamar el vehículo cuando quiera (art. 3.1b); y, a su vez, al titular del aparcamiento se le faculta para paralizar la restitución (y así ejercitar el derecho de retención) hasta que el usuario le abone el precio (art. 5.3). Este entramado de facultades y deberes es la razón que justifica la obligación que tiene el titular del aparcamiento de identificar el vehículo en el resguardo que debe emitir y entregar al usuario (art. 3.1b).

La ley 40/2002 clarifica el objeto de la restitución: "... al portador del justificante, en el estado en que fue entregado, el vehículo y los componentes y accesorios que se hallen incorporados funcionalmente —de manera fija e inseparable— a aquél y sean habituales y ordinarios, por su naturaleza o valor, en el tipo de vehículo que se trate." (art. 3 c). Por tanto, la Ley excluye, por regla general, de responsabilidad al titular del aparcamiento por la sustracción de enseres y accesorios no fijos y extraíbles (como radiocasetes y teléfonos móviles, en una enumeración meramente ejemplificativa que lleva a cabo la ley, con lo que, en principio, podrían entenderse incluidos otros objetos ajenos al vehículo como libros, compras, etc.) que se encuentren dentro del vehículo, salvo pacto en contrario (art. 3 c): en este punto es preciso matizar en que los titulares de aparcamientos que cuenten con un servicio especial para ello, podrán aceptar y responsabilizarse también de la restitución de otros accesorios distintos de los señalados en el primer párrafo del apartado 1 c) del artículo 3, así como de los efectos, objetos o enseres introducidos por el usuario en su vehículo en determinadas circunstancias, a cambio de otros precios distintos o complementarios para la guarda y custodia de esos efectos que acepte (art. 3.2, art.3.3).

Por consiguiente, y retomando el objeto de la obligación de restituir que incumbe al propietario del aparcamiento (el vehículo y los componentes y accesorios que se hallen

incorporados funcionalmente —de manera fija e inseparable— a aquél y sean habituales y ordinarios, por su naturaleza o valor, en el tipo de vehículo de que se trate) si, por ejemplo, el propietario del vehículo ha instalado un mueble – bar, podría habitualmente considerarse dicho accesorio como elemento de lujo, pero no lo sería probablemente si se instala en un vehículo fabricado por encargo, o también si, por ejemplo, imagináramos que la tapiaría interior se adorna con incrustaciones de oro o piedras preciosas, es evidente que, en principio, tal equipamiento se sale de lo ordinario y habitual, pero podría llegar a serlo según la categoría social del propietario.

7. LEY ORGÁNICA 9/2002, DE 10 DE DICIEMBRE (SUSTRACCIÓN DE MENORES)

Esta Ley fue publicada en el B.O.E. el 11 de Diciembre del 2002, y entró en vigor al día siguiente de su publicación.

En su Exposición de Motivos se deja patente la voluntad y objetivo perseguidos por el legislador al expresar que la protección de los intereses del menor ha definido una línea de actuación primordial a la hora de legislar en España desde nuestra Constitución. Ello ha sido especialmente así en aquellas cuestiones relacionadas con supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores.

El Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuere menor de edad o incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores.

Consecuentemente, el art. 5 de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de Diciembre adiciona un párrafo nuevo en la medida 1ª del art. 103 del Código Civil, que trata sobre las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio:

Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1º. Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.

Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

- A) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- B) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- C) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

Igualmente, y con idéntico propósito, el art. 6 de la Ley 9/2002, de 10 de Diciembre incorpora al nº 3 del art. 158 del Código Civil otra redacción en los siguientes términos:

El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

3º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

Por último, es de reseñar, a modo de graduación legislativa, que la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de Diciembre, otorga el carácter de Ley Ordinaria a estas modificaciones operadas en el Código Civil.

RESUMEN: Durante el año 2002 han dado a luz, en el campo del Derecho Civil, un conjunto de leyes que suponen una importante actualización normativa ante determinadas necesidades presentadas por la dinámica realidad socio-económica de España, en un contexto de acelerada tecnificación, creciente vitalidad y fluidez de tejido social, y de progresiva armonización legislativa con los países de nuestro entorno.

Para este informe de Derecho Civil hemos preferido seguir, por razón de mejor carácter sistemático, una ordenación por materias en vez de cronológica, de manera que tratamos de las principales novedades legislativas surgidas, en primer lugar en el Derecho de personas (tanto físicas como jurídicas), a continuación en el Derecho contractual, y por último en el Derecho de familia (protección de menores).

ABSTRACT: During the year 2002, in the Civil law, field a group of Laws have come out which are an important standard modernization faced with certain needs presented by a dynamic social-economic Spanish society, in a context of accelerated technification, increasing vitality and fluency of social weave, and in progressive legislative harmonization with the countries around us.

For this Civil Law report we have preferred to follow, as a better reason of systematic condition, an arrangement of subjects not chronologically, but in a way that we treat the main Legislative news appeared, first the Persons Law (physical as well as juridical), then the Contractual Law, and finally in the Family (minors protection).

