

***“Sellos, árboles y animales en todo caso”, o sobre el dispendio de cortar bosques para hacer papel en el que se escriben leyes.***

Angel Carrasco Perera  
*Director del Centro de Estudios de Consumo,  
Universidad de Castilla-La Mancha.*

## **El Proyecto**

Lectores. El Consejo de ministros acaba de presentar a las Cortes un Proyecto de Ley (BOCG CD 27.4.2007) que va de lo que sigue. Si usted decide comprar un paquete de sellos, una docena de algarrobos, un cuadro, o “animales en todo caso”, y el vendedor le ha prometido que los cuidará y gestionará su reventa revalorizados con lucro, usted estará protegido de las aviesas intenciones del vendedor por una serie de saludables remedios, que podrá conocer si sigue leyendo este artículo.

## **A toro pasado de los sellos**

Hay mala conciencia con la historia de los damnificados por las inversiones en sellos. Y como el elogiado ministro Solbes se negó con buen criterio a que los impuestos de los españoles pagaran el fiasco, los políticos han decidido que, a falta de pan, buenas son leyes. ¿Y para qué hacer leyes a toro pasado, cuando seguramente todo el sector de las inversiones en bienes tangibles ha quedado arrasado por la experiencia de *Forum* y *Afinsa*? Esta ley huele a simple expediente de tranquilizar conciencias y a señuelo para que, si ocurre otro desastre similar mañana, no se vaya a decir que nada se ha hecho. ¿Pero qué se hace? El Estado legisla a coste cero y deja el muerto de la gestión a las Comunidades Autónomas, que no están técnicamente preparadas – y seguramente no tienen interés- para controlar una actividad financiera en la que los particulares pueden invertir sus ahorros en activos que prometen un futuro retorno con plusvalía. Pues- y ésta es la primera crítica que merece el Proyecto- se niega lo evidente: que se trata de una actividad financiera de gestión de *inversiones colectivas*, y no una simple cuestión de articulación contractual de determinados contratos con consumidores.

A un legislador prudente no debería ocuparle el tiempo que un porquero me vendiera un cerdo por primavera y me prometiera entregarme la carne sacada, o su dinero, cuando lo matara por San Antón. Sólo debería preocuparle que un porquero promoviera la captación de ahorro colectivo en el trajín de comprar y matar cerdos a gran escala asegurando que el jamón es un activo floreciente y que tiene cerdos para todos. No es el contrato de compraventa del cerdo lo que

importa, sino la captación del ahorro colectivo. Que no es un problema contractual, sino financiero. El trasunto no es el cerdo, sino la pira como fondo de inversión colectiva.

Más aún, si de lo que se trata es de afrontar el asunto como un problema contractual, entonces ni el Derecho autonómico de consumo (que es un derecho de inspección y de sanción) es el instrumento adecuado ni el Proyecto ha acertado en la articulación de las garantías contractuales oportunas. Pues el problema de *Forum y Afinsa* no ha sido (principalmente) un problema de defectuosa articulación de las reglas contractuales, sino un episodio propio de una insolvencia que afecta masivamente a los ahorros de mucha gente. Y para el riesgo de insolvencia nada puede proveer el Derecho administrativo autonómico, sino el *Derecho estatal de quiebras* o el control prudencial por parte de las agencias estatales encargadas de ordenar el mercado financiero. ¿Por qué no se ha reparado en que el modelo a seguir hubiera sido el de los inversores en valores anotados en cuenta – para los que provee algún remedio la Ley del Mercado de Valores- o el de los inversores en títulos hipotecarios- para los que también la Ley del Mercado Hipotecario acude con algún amparo?

### **¿Cuáles son los riesgos del inversor en bienes tangibles?**

Riesgo significa siempre exposición a la frustración eventual de un interés depositado en un curso de acción. Hay que preguntarse, en consecuencia, cuál es el interés o intereses perseguidos por un consumidor que invierte sus ahorros en bienes tangibles con la esperanza de una revalorización y lucro futuro. Por orden de importancia, son dos. El primero es el interés financiero en una inversión especulativa. Al comprador “inversor” de sellos, de cuadros, de animales, de árboles, no le interesan en sustancia ni unos ni otros. No tiene un interés prioritario como dueño. No le importa que los bienes se confundan, se mezclen, se deterioren, se embarguen, se repongan o sustituyan, den o no fruto, *con tal que su inversión dé el fruto apetecido*. No tiene un prioritario interés dominical, ni en el valor de uso (obviamente) ni en el valor en cambio. Si la norma en cuestión pudiera blindarle suficientemente frente al riesgo de perder su inversión, al comprador no le importaría nada más: que sus sellos fueran suyos o de un tercero, que hubiera sello, que el árbol éste o aquél sea el adquirido, etc.

Pero como en este tipo de negocio no se puede (ni se debe) garantizar por ley una inmunidad siquiera parcial frente al riesgo financiero, el adquirente desemboca por necesidad en su *segunda mejor opción*: el interés como propietario en los activos comprados. Es un interés instrumental. No es que le preocupe al comprador sustancialmente la conservación de su dominio,

sino que le interesa (o debe interesarle) la posibilidad de retener este dominio en caso de un escenario adverso en el que se halle expuesto a perder su inversión. Porque si existe un derecho de propiedad identificado sobre determinados sellos o determinados árboles, *al menos* se puede evitar la ruina total de la especulación financiera sacando estos bienes del embargo o del concurso del vendedor, y negociarlos por otra vía, o realizar su valor en cambio por propia cuenta.

El Proyecto no se ha percatado de ninguno de estos riesgos: el financiero, porque el legislador niega contra toda razón que éste sea un negocio financiero; el dominical, porque no ha aprendido siquiera la lección de *Forum* y *Afinsa*. Al legislador ni se le ha pasado por la cabeza que el comprador pueda ser propietario de lo que compra, y que este derecho de dominio es algo que merece la pena ser salvaguardado, al menos si uno se decide a producir una ley como ésta.

### **El supuesto de la norma**

Si prescindimos del negocio de los sellos- para el que no es precisa ninguna legislación, pues se halla definitivamente liquidado- resulta que la norma elige un supuesto de hecho que (i) o no se da nunca en la práctica, (ii) o el empresario afectado por la regulación puede hacer fácilmente que no se de, manipulando los términos de la transacción. Se trata, entonces, de una norma pretendidamente protectora de intereses del terceros cuyo ámbito de aplicación queda a la discreción de quienes tendrían que sentirse obligados por ella.

#### *“Ejercicio de actividad no financiera”*

No están sujetos a la norma los que comercialmente desempeñen una actividad *financiera*. Ahora bien, como ya hemos dicho, si algo singular tiene el supuesto para merecer una regulación es que se trata de una actividad financiera: se captan fondos empresarialmente con carácter colectivo con la promesa más o menos articulada de un lucro en la restitución soportado en determinados activos.

El art. 2.1 se configura como una norma violentadora del lenguaje. El vendedor de sellos o gorriones o cuadros fauvistas debe evitar inducir a error al consumidor sobre la naturaleza no financiera de la actividad. Para ello debe evitar expresiones tales como “inversión, ahorro, rentabilidad o equivalente”. ¿Y por qué ha de evitarlo? Supongamos que un sujeto vende a otro una casa en construcción en la playa, y conserva su posesión como comisionista de venta. ¿Por qué no ha de poder decirle que con este

contrato está haciendo una “inversión”? Otra cosa es que no la esté haciendo, y todo sea un camelo. Pero no es éste un problema de la palabra elegida, sino de la sustancia de la operación o de la solvencia del promotor. El porquero que ve vende un cochinito, y lo conserva y cría, a cambio de una comisión, tiene todo el derecho del mundo a decirme que los jamones futuros me darán alta “rentabilidad”. Es absurdo que se le impida decir tal cosa, si es verdad. Y si es mentira, la mentira no vendrá de que me haya hecho creer que estoy metido en una actividad financiera, sino de que los jamones no son una inversión ni resultan rentables. O de que se muere el cerdo de triquinosis, lo que pasaría igual tanto si se me afirma como si se me niega que el negocio es una actividad financiera. Puesto así, ¿qué podrá decir el vendedor de árboles en bosques naturales cuando promociona su negocio? Promete al inversor que cobrará a los veinte años por la madera un 15% del valor de la compra. ¿Por qué no va a decir que eso es “rentable”, que es una buena manera de colocar los “ahorros”? Es verdad que ambas cosas son ciertas. Tan ciertas como que “invierte sus ahorros” el que compra en bolsa, y, sin embargo, puede perderlo todo. Es absurdo que los bancos puedan anunciar en los periódicos “fondos de alta rentabilidad”, y que no pueda hacerlo el vendedor de cerdos convertibles en jamones.

Una vez más: el comprador no resulta engañado porque se le diga que está realizando una actividad financiera de inversión, sino porque se le diga, sin fundamento, que está realizando un buen negocio lucrativo.

Lo sensato que cabe esperar del legislador es que ponga los medios posibles para minimizar los riesgos de que la inversión no sea “rentable”, pero no que le prohíba al vendedor de madera natural que afirme que la inversión en madera es “rentable”. Cuando a alguien le engañan, no es por haberle hecho creer que el asunto no representaba una actividad financiera, sino por haberle hecho creer que tenía garantizada la rentabilidad

#### *“Oferta de restitución posterior del precio pagado”*

En ninguno de los sectores que me son conocidos de la inversión colectiva *especuladora* en bienes tangibles he encontrado contratos en los que el empresario “vendedor” se comprometa a restituir posteriormente el precio pagado por la “compra” hecha por el consumidor o/y que le prometa que el bien se revalorizará, que es, precisamente, el supuesto que considera la norma. Si algo caracteriza el mercado de la inversión en bienes tangibles es que el vendedor asegura al comprador que le transmite la propiedad de un activo tangible y que éste activo se viene revalorizando en los años pasados y en el presente. No he visto contratos de depósito de dinero restituido con

interés, ni contratos donde el vendedor se reserve un derecho de retracto convencional.

“En particular”, añade el art. 1 II a), se encuentran en el ámbito de aplicación de la norma, aquellos negocios de compra (o que “permitan instrumentalizar una actividad análoga”;) en los que el vendedor se compromete a revender los bienes por cuenta del consumidor, o a entregarle una cantidad para el caso de que no se halle comprador. Mas de nuevo la norma se refiere a un mundo irreal. Aunque en un principio pudieron verse contratos de esta clase, los captadores de fondos se han cuidado después de excluir de los contratos cualquier compromiso de enajenación o de pago. Es decir, han huido de considerar que pueda suponerseles sujetos a una especie de contrato estimatorio por el que “vendes o pagas”. No sólo por los riesgos que una operación de esta clase comporta para los vendedores, sino porque todo el mundo comprende que un contrato de esta clase convierte el negocio de cambio en una pura empresa de inversión colectiva, en un depósito garantizado de fondos, en una actividad financiera, para la que es preciso contar con la autorización y someterse al régimen de la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva. En consecuencia, si se diera el supuesto que presume la norma que no se da-, la actividad en cuestión sería financiera, el negocio sería un negocio de inversión colectiva, y, por ello, justamente exento de la ley, que sólo se aplica a negocios no financieros.

El art. 1 pretende distinguir entre dos supuestos, sin conseguirlo. De acuerdo con la letra a), se someten a la norma los contratos de compra en los que el vendedor se compromete a enajenarlos por cuenta del comprador o a pagarle una cantidad para el supuesto de que no venda. La letra b) se refiere a los contratos de la misma clase en los que hay “ofrecimiento” (no “promesa”) de revalorización “o en su caso” (¿) una garantía de restitución del precio de adquisición o cualquier otro importe. Es manifiesto que se trata de supuestos idénticos, pues no se entiende el negocio si en los dos casos (supuesto que haya dos casos) el empresario no ha “comunicado” al comprador la esperanza cierta (no promesa) de revalorización. Que el art. 4.3 limite a los casos de la letra b) la obligación de suministrar una garantía de pago revela la artificiosidad y falta de sentido del Proyecto.

Los contratos al uso son mucho más sutiles, y *precisamente porque no prometen nada de lo que teme o supone la norma*, es por lo que son peligrosos para los consumidores. La redacción de las cláusulas es farragosa y oscura, pero resulta claramente (quizá, menos para el consumidor) que la obligación de gestionar la reventa es una simple obligación de medios, y que el “compromiso” de devolución del importe pagado como precio es, en el mejor de los casos, una opción de empresario captador de fondos. No he visto ningún contrato en que se “prometa” una

revalorización. Si prometieran eso que la norma dice que prometen, la posición del consumidor sería contractualmente más segura, y su protección tendría que venir dada por la aplicación del régimen estatal de actividades de inversión colectiva.

El verdadero problema “consumerista” de estos contratos es que el fárrago de cláusulas pueden contener y contienen información engañosa o confusa sobre los compromisos que de hecho adquiere la empresa frente al consumidor. Pero para atajar este peligro ya existe una buena masa de normativa relativa a la publicidad y a las cláusulas contractuales engañosas y oscuras, sin necesidad de una nueva ley, que, por lo demás, tampoco añade nada nuevo en este particular.

Imaginemos que existen, con todo, contratos en este sector en los que el vendedor prometa la gestión de venta o, en su defecto, la recompra, la revalorización, o, simplemente, la restitución de una cantidad en concepto de devolución de la inversión. ¿Qué se consigue con la presente norma? Claramente, que el vendedor renuncie a incluir estos compromisos en el contrato, asegurándose de esta forma que se sitúa fuera del ámbito de aplicación de la norma. Mas en tal caso la norma viene a crear un incentivo perverso, ya que para el consumidor, *ceteris paribus*, es mejor que le prometan un compromiso de recompra a que no se lo ofrezcan. Se reargüira entonces que, si es así, el consumidor no invertirá en tangibles. Y tampoco veo en qué puede ser bueno que el legislador cree directa o indirectamente contraestímulos para que la gente no realice este tipo de inversiones. Además, es contrafáctico. La experiencia de los contratos que existen prueba que en muchos de ellos no se ofrecen compromisos de recompra, y no puede afirmarse que esta omisión haya sido decisiva en las decisiones de inversión en sellos o en árboles. Es decir, que la gente invertiría en estos bienes aproximadamente igual (una vez descontado el efecto depresivo *Forum-Afinsa*).

Reconozco que el argumento contrario también es plausible: es mejor que no se ofrezca compromiso de readquisición y que el consumidor no se ilusione con esta promesa. Pues hemos de suponer que empresas que se dedican a este negocio no existirían ya o no serían solventes cuando al cabo de los años (*muchos* años, a veces) se vieran en la tesitura de tener que honrar sus compromisos.

*“Sellos, obras de arte, antigüedades, árboles, bosques naturales, animales en todo caso”*

La enumeración es bizarra. Y por si algo se quedaba en el tintero, también “otros bienes susceptibles de ser objeto de la actividad descrita en el apartado anterior”. En consecuencia, todo tipo de bien, mueble o inmueble, corporal o incorporeal. Naturalmente, la norma deviene absurda, porque

pretende delimitar el supuesto sin hacerlo. ¿Por qué no también “bosques artificiales” o “sellos en todo caso”? ¿Por qué los “animales en todo caso” y no los otros activos en todo caso? ¿Qué tienen los animales que los hacen especialmente peligrosos o singulares en este tráfico? Por no decir, ni se exige que se trate de bienes tangibles. Porque si la venta del árbol está incluida, también, se supone, la venta de un derecho de copropiedad sobre el bosque. Y, ya puestos, la venta de una acción nominativa en una sociedad anónima titular del bosque. O la venta de un título representativo negociable del fondo dominical colectivo en una piara de cerdos.

### **Escritura Pública.**

Produce sonrojo que sean los notarios los únicos que parece vayan a ganar algo con esta Ley. Es chocante, ciertamente, que ésta sea la única norma relativa a contratos entre consumidores (salvo la relativa a derechos de aprovechamiento inmobiliario por turno, y por razones explicables) que impone la escritura pública como requisito de validez del contrato. Así resulta de la combinación de los arts. 4.2 y 5 del Proyecto. ¿Pero para qué escritura pública?

La única razón aceptable para esta peregrina novedad sería que con esta exigencia se quisiera retrasar la realización de pagos por el consumidor, hasta el momento en que el notario interviniera el contrato. La situación vendría a equivaler a la de un derecho de desistimiento fáctico, toda vez que al consumidor le bastaría con no presentarse a la firma de la escritura. Mas no hay nada de eso, pues el Proyecto no prohíbe que se pacten y se realicen pagos previos a la escritura. Si el consumidor no se presenta a la firma, con toda seguridad existirá de su parte un incumplimiento contractual (art. 1279 CC), que llevará asociado las penalizaciones que el vendedor haya querido incluir en el contrato privado. Según el art. 4.2 II in fine, el consumidor dispondrá de cinco días para consultar la escritura; pero no dispone de estos cinco días para desistir del contrato privado eventualmente celebrado.

Establece el art. 5 que los contratos celebrados contraviniendo alguna disposición de esta ley (incluida, se supone, la exigencia de forma), serán nulos, estando legitimado el consumidor para el ejercicio de dicha acción de nulidad. Pero esto no reza con la hipótesis que ahora planteamos. Si el consumidor no acude al otorgamiento de la escritura, y existe un contrato privado previo, éste contrato es vinculante, y genera obligaciones. Igual que los contratos de hipoteca incorporados en documento privado. Pues se puede jugar uno el cuello que el legislador no ha sido tan sutil como para imponer el requisito de escritura pública como un mecanismo de provisión

de un fáctico derecho de desistimiento, que permitiera al consumidor desvincularse simplemente de los acuerdos y de los pagos hechos en el contrato privado anterior, y pretender que este contrato no es vinculante en modo alguno si no se ratifica o se eleva a público.

### **Firma de escritura y derecho de desistimiento**

Porque en el Proyecto no existe derecho de desistimiento, lo que es sorprendente a estas alturas de la regulación jurídica de los contratos de consumo. Y no puede existir, de cierto, precisamente porque se impone la formalización notarial. No tiene sentido que se otorgue al comprador el derecho de desistir después de que el contrato se haya elevado a escritura pública y se hayan cargado en la cuenta del consumidor los correspondientes gastos y aranceles del fedatario.

El art. 3.2 no contiene ningún derecho de desistimiento, sino un plazo de duración de la oferta como irrevocable, durante el cual el consumidor no puede aceptar ni pagar. Podría pensarse que es lo mismo, y satisface la misma necesidad que el derecho de desistimiento. Mas no es así. Una cosa es contar el plazo relevante desde que el comprador firma el contrato, y otra muy distinta contarlo desde que se recibe la oferta contractual. Porque la recepción de la oferta no tiene que ocurrir en un tiempo preciso, si ésta puede, como puede, hallarse a disposición general de los potenciales compradores en un soporte cualquiera de naturaleza duradera. Mas no sólo es decisiva la labilidad y manipulabilidad de la fecha en que se realiza la oferta, sino que es muy distinta la presión psicológica que una oferta sin firmar ejerce sobre el consumidor. Cierto, el consumidor puede “clicar” cuando accede a la oferta en la web, y dispone de dos semanas para pensárselo. Pero el consumidor *sólo se pensará seriamente la oportunidad* de la operación cuando la realice. Si se conceden quince días para pensar una oferta- que, por lo demás, está siempre disponible-, el consumidor no tiene ningún incentivo especial para reflexionar sobre ella, para meditarla. Pues no está conducido por la compulsión de la firma. Equiparar aquí la oferta *ad incertam personam* con la firma singularizada del contrato, es como pretender que el pecador toma seriamente en cuestión arrepentirse de su pecado antes de haberlo cometido.

Dado que la escritura no sirve para proveer al consumidor de un respiro temporal para arrepentirse de la compra, no se aprecia qué otro valor puede tener. Es evidente que la inclusión de los extremos a que se refiere el art. 4.2 es inocua y no aporta protección suplementaria a la que resulta de cualquier documento notarial. Según el art. 4.2 III, el notario “deberá dar fe de los requisitos de validez del contrato”. Exigencia impertinente, pues no

entra en ningún caso en el ámbito de la fe pública notarial que el contrato que se celebra es válido. Es también absurdo que se pretenda que el notario de fe de que ocurrió un hecho de pasado que no tuvo lugar en su presencia, como es que el vendedor tuvo unas determinadas condiciones contractuales informativas a disposición del consumidor en una fecha pasada.

La escritura no otorga privilegio alguno al consumidor, ni prioriza su crédito (que no es dinerario). Sólo consigue obtener el comprador (y yo no sé para qué puede servirle) fehaciencia de la fecha. Por no servir, ni tan siquiera sirve para identificar el activo mobiliario comprado (los sellos, los árboles, los animales, el cuadro), con lo importante que ello podría resultar cuando se desencadene el conflicto y el comprador pretenda sacar el bien del embargo o del concurso del vendedor que lo posee. Es curioso que al legislador no se le pase por la cabeza siquiera que el comprador ha de tener algún interés como propietario en la cosa que compra, que no repare en que, si algún remedio le queda al comprador cuando el vendedor devenga insolvente, es sólo el que pueda corresponderle como propietario del activo comprador, si éste existe y puede ser identificado, ya que su interés como inversor habrá quedado definitivamente destruido.

Es inconsistente, finalmente, que se haya optado por entregar la competencia ejecutiva enteramente a las Comunidades Autónomas, y no se haya considerado pertinente sustituir el gravoso procedimiento de escrituración notarial por el simple visado del contrato en la respectiva agencia administrativa de la Comunidad Autónoma, como ocurre con los contratos de compraventa VPO.

### **Las garantías**

Si el contrato adopta la forma descrita en el art 1 b) (¿y por qué no también la que realiza el art. 1 a), pues se trata de descripciones idénticas?), la empresa comercializadora debe prestar una garantía personal que asegure al consumidor el importe garantizado (art. 4.3). En la escritura de compra debe incorporarse testimonio de constitución de esta garantía, y al adquirente deberá entregarse copia de la póliza o resguardo de la garantía. Estas garantías deberán mantenerse durante toda la vigencia del contrato.

Una vez más asistimos a una inconsistencia provocada por la ignorancia de lo que se quiere regular. Veamos.

Sólo ha de prestarse garantía personal (aval, seguro de caución), si el vendedor se comprometió a readquirir o (más neutralmente) a pagar un importe en concepto de restitución o (es dudoso, dada la torpeza de la

redacción de los arts. 1 y 4) el importe de la revalorización “ofrecida”. En consecuencia, como ya se ha explicado antes, el vendedor no ofrecerá un compromiso de esta clase, evitándose constituir la garantía. Con lo cual, como también dijimos, el consumidor estará peor, *ceteris paribus*, que en la situación en la que se hallaría de no existir esta norma, porque ahora todos los contratos se realizarán sin garantía de recobro.

Segundo. Se dice que el seguro ha de estar vigente durante todo el contrato. Mucho es, si imaginamos que los contratos de “inversión” en maderas nobles duran hasta veinte años. ¿Quién ha de pagar la prima durante este tiempo? ¿No hubiera sido mejor imponer un seguro de prima única? ¿Podrá excepcionar el asegurador que no se ha pagado una prima, conforme al art. 15 LCS? Sin duda que podrá. Y como el empresario que se encuentra en dificultades financieras para cumplir con sus clientes, dejará de pagar la prima como primera medida, es de temer que el seguro no existirá al tiempo en que se realice el siniestro. ¿Podrá el avalista o asegurador oponer al comprador las excepciones que el garante tenga contra el vendedor tomador del seguro o de la garantía? Compárese con la articulación de una garantía equivalente como la regulada en el art. 19 de la Ley de Ordenación de la Edificación, y se comprobarán todas las carencias de la presente norma.

Si el Proyecto se empeña- contra la realidad de los hechos- en desterrar del contrato toda idea financiera, entonces es que se supone que el interés del comprador es adquirir bienes en propiedad, para especular más tarde con ellos. Mas si es así- y en una gran medida lo es- lo que debe garantizar la norma en todo caso es el *interés dominical* del adquirente. Esto es lo más urgente, como prueba la experiencia del negocio de sellos, con millares de inversores que no puede *identificar* ni trazar sus (hipotéticos) activos en el concurso de las entidades gestoras, y no los pueden reivindicar. Que la reivindicación de estos activos sea posible es *la segunda mejor opción* del legislador, pues la primera es garantizar, en la medida de lo posible, el recobro dinerario de la inversión, al margen de la propiedad de los sellos o los árboles.

No existe en el Proyecto ninguna garantía del interés dominical del adquirente. Y el riesgo de este interés es tan alto que cuesta pensar que no se haya reparado en ello. Veamos algunas ilustraciones. Hay riesgo dominical cuando el activo comprado es altamente fungible, dificultando su identificación específica. ¿Por qué no haber previsto entonces una especie de condominio por cuotas sobre la masa de activos no identificados, como prevé para las hipótesis de conmixción el art. 381 CC? Hay riesgo dominical cuando el árbol se planta en finca del vendedor ¿Cuáles son los

efectos de la accesión inmobiliaria? ¿Cómo poner a salvo a los adquirentes de árboles frente a los embargos y concursos de la empresa propietaria del suelo, cuando ni tan siquiera existe una posibilidad razonable de proveer una publicidad registral de este dominio sobre partes integrantes del suelo ajeno? Incluso si se admitiera que los compradores disponen de un derecho de retirada de estos árboles, ¿qué iban a hacer con sus árboles “desterrados” y sin suelo, quién y dónde los iba a cuidar, a replantar? Hay riesgo dominical cuando el bosque se quema o un lobo diezma el rebaño de corderos. ¿Quién sufre el riesgo del árbol o del cordero? ¿Se quema el árbol o se quema el bosque?, ¿de quién son los despojos, quién se lleva la ventaja de la parte del bosque que no se quema o del resto del rebaño que no es devorado por el lobo?

Para riesgos de esta clase de nada sirve la garantía prestada en forma de aval o de seguro de caución, que son garantías de cumplimiento subsidiario de un cumplimiento debido por el deudor principal. Pero estamos ante casos en que no se puede hablar propiamente de incumplimiento. Todavía más. Supongamos las obligaciones que el vendedor asume como gestor de los bienes vendidos y retenidos por él. Tiene obligación de cuidar los activos, de hacerlos prosperar, de gestionar su reventa. Todas estas obligaciones son ilíquidas y no se puede garantizar su pago con una garantía de cumplimiento subsidiario. A menos que se prestara aval o seguro de caución para garantizar la restitución con intereses de la cantidad recibida, en caso de que el comprador optase por resolver el contrato. Y no es para este suceso para el que el Proyecto impone la obligatoriedad del seguro.

Un seguro del interés dominical del comprador *al margen de toda idea de culpa* es el seguro de daños, pagado por el vendedor como propietario inicial, y con prima única. Un seguro del interés *contractual* del comprador frente al incumplimiento de los deberes de gestión diligente por parte del vendedor es un seguro de responsabilidad civil por la indemnización debida por daños que resultan del incumplimiento contractual, o un aval o seguro de caución en garantía de la restitución del precio pagado, cuando el comprador resuelve. El Proyecto no impone ninguno de estos seguros, sino el de caución, para garantizar una contingencia que nunca va a existir.

## **Nulidades**

Los contratos celebrados “contraviniendo cualquiera de las disposiciones de esta ley” están sujetos a la sanción de nulidad relativa, con legitimación exclusiva del consumidor adquirente. Aquí hay un batiburrillo difuso. Pues hay “contravenciones” a la ley que sólo pueden traducirse patológicamente

en casos de anulabilidad por error o dolo. La no formalización notarial de la escritura no puede ser propiamente un caso de nulidad radical por defecto de forma, pues las partes pueden recíprocamente compelerse a elevar a público el contrato privado.

¿A quién sirve la nulidad? La nulidad sólo sirve al comprador si la pretensión de restitución del art. 1303 CC está garantizada por ley o por un tercero. Por ley no está garantizada, pues ninguna norma procura al adquirente un remedio frente a la insolvencia del vendedor (Un vendedor que anda trampeando con el cumplimiento de la ley es o será con seguridad un vendedor insolvente). Y puestos ante un vendedor de esta clase, es preferible que se cumpla el contrato, si el comprador puede instar frente al concurso un interés dominical, a que se anule, y el comprador no tenga otro recurso que insinuarse en el concurso como un acreedor más por el importe de la restitución. Pero tampoco está garantizada por el aval o seguro del art. 4.3, que no cubre las contingencias de restitución derivadas de una nulidad o resolución contractual. En consecuencia, de los dos riesgos que típicamente afronta un adquirente de esta clase (el riesgo de insolvencia del que tiene que gestionar la reventa y el pago, y el riesgo dominical de que los activos se malbaraten, se confundan o se pierdan), ni la nulidad contractual es un remedio mínimamente eficaz, ni la garantía personal diseñada por la ley presta cobertura alguna. La nulidad no es nunca un remedio si el riesgo *económico de la prestación* debida en virtud del contrato, riesgo que la sanción de nulidad trató de neutralizar, se reproduce con el mismo alcance como riesgo *económico de la restitución* de lo que se entregó por el contrato que se anula. Siendo ambas cantidades de dinero, el riesgo es equivalente, y la sanción de nulidad inútil.